

**REVISTA**  
**TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**

**TJMS**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Ano 37 - n. 201  
Julho a setembro de 2016



**Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul**

# Revista Trimestral de Jurisprudência

---

Ano 37 - n. 201 - Julho-Setembro de 2016

## EXPEDIENTE

**REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

*Ano 37, n. 201*

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. 201 (2016)- . - Campo Grande:  
Tribunal de Justiça, 2016 - .

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. João Maria Lós

Vice-Presidente - Des. Paschoal Carmello Leandro

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Julizar Barbosa Trindade

## **Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)**

Des. Claudionor Miguel Abs Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des<sup>a</sup>. 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

Des<sup>a</sup> 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

Dr. Jairo Roberto de Quadros (Juiz designado)

# SUMÁRIO

## **Doutrina**

A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 Gilberto Ferreira Marchetti Filho e Miriam Fecchio Chueiri .....	007
O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA: O PRÊMIO E A MORAL Mikeline Bueno de Menezes .....	024
<b>Jurisprudência Cível</b> .....	039
<b>Jurisprudência Criminal</b> .....	596
<b>Noticiário</b> .....	828
<b>Índice Onomástico</b> .....	880
<b>Índice de Assuntos</b> .....	886

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# DOCTRINA



## A garantia da segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015

*La garantía de la seguridad jurídica en el Código de Procedimiento Civil 2015*

*Gilberto Ferreira Marchetti Filho<sup>1</sup>*

*Miriam Fecchio Chueiri<sup>2</sup>*

**Resumo:** A garantia da segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015. O novo Código, vigente desde 18 de março de 2016, promoveu a ressystematização do processo civil e teve como pilar, dentre outros, a efetivação da garantia da segurança jurídica, princípio esse que existe no seio da sociedade desde sua origem e que está presente no texto da Constituição Federal de 1988. Tendo em vista essa circunstância, importante analisar os avanços da nova lei na busca pela institucionalização da segurança jurídica no sistema processual brasileiro.

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil de 2015; ressystematização processual; segurança jurídica.

**Resumen:** La garantía de la seguridad jurídica en el Código de Procedimiento Civil 2015. El nuevo Código, vigente desde marzo 18, 2016, promovió la ressystematización del procedimiento civil y tuvo como pilar, entre otros, la ejecución de la garantía de la seguridad jurídica, este principio que existe en la sociedad desde sus inicios y esta presente en el texto de la Constitución de 1988. Teniendo en cuenta esta circunstancia, importante analizar el progreso de la nueva ley en la búsqueda de la institucionalización de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico brasileño.

**Palabras clave:** Código de Procedimiento Civil de 2015; ressystematización de procedimientos; seguridad jurídica.

## INTRODUÇÃO

Em 18 de março de 2016, após um ano de *vacatio*, entrou em vigência a Lei Federal n. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, fato de extrema importância para o mundo jurídico brasileiro.

Deveras, a Lei vem carregada de alterações, algumas substanciais, e traz consigo uma série de expectativas na comunidade jurídica em geral. Uma delas é exatamente a ressystematização do processo civil, com fundamento na garantia da segurança jurídica.

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. Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados – MS. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. gilbertomarchetti@gmail.com.

2 Graduada em Letras Anglo Portuguesa com habilitação em Português e Literatura pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama (1981). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama (1984). Graduada em Licenciatura nas Disciplinas Profissionais do 2º grau (Hab Dto usual-leg apl) pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama (1985). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1999). Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Professora Titular da Universidade Paranaense - UNIPAR no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. danicne@gmail.com

Por tal motivo, imperiosa a necessidade de um estudo acerca do tema, que deve iniciar-se com uma noção geral e notícia histórica, para depois se estabelecer um contato com a segurança jurídica na Constituição Federal de 1988.

Estabelecido esse parâmetro, deve-se analisar a sistemática anterior e a necessidade de reforma do Código de 1973, para, enfim, fazer uma análise da segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015, destacando seus principais pontos de avanço.

## 1 NOÇÕES GERAIS E ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Iniciar o estudo de um instituto com sua história, bem como com sua significação mostra-se relevante para que o receptor compreenda o lugar da fala e do que se fala.

Seguindo essa premissa, a ideia de segurança jurídica vincula-se à própria existência do homem. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, o homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito<sup>3</sup>.

Surgiu, portanto, da necessidade humana de alguma certeza, sem oscilações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social, tornando-a mais equilibrada e contínua.

“Pelo fato de o homem não ser auto-suficiente no plano material e espiritual, ele não se sente totalmente seguro. Necessita, ao mesmo tempo, da natureza, que lhe fornece meios de sobrevivência e comanda sua vida biológica, e do meio social, que é o ambiente propício ao seu desenvolvimento moral. O seu estado de permanente dependência proporciona-lhe a inquietude. A certeza das coisas e a garantia de proteção são a eterna procura do homem.”<sup>4</sup>

Obter segurança, conseguir transformar o ideal de “estar seguro” em uma realidade fática mais palpável, distanciando os imprevistos e consolidando a continuidade na sociedade faz com que as próprias relações humanas se tornem mais harmoniosas e duradouras.

Em consonância com tal entendimento, a segurança jurídica decorre diretamente do Estado Constitucional de Direito<sup>5</sup>. Tanto é que de imediato percebe-se a clara referência ao princípio da segurança jurídica na Constituição Federal de 1988, onde o poder constituinte originário lapidou no artigo 5º, inciso XXXVI a seguinte redação: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Por esse prisma, segurança jurídica é garantia legal que se dá ao direito, de forma que “possa o respectivo titular valer-se dos remédios jurídicos postos ao seu alcance quando se consumam violações à sua pessoa ou ao seu patrimônio”<sup>6</sup>. Logo, garante-se ao titular de um direito o seu uso e gozo, estabelecendo-se um preceito legal, “do qual decorre todo o poder necessário para defender o direito e livrá-lo de qualquer violação ou esbulho”<sup>7</sup>.

Para Miguel Reale, quando se fala em segurança, deve-se vislumbrar a existência de “algo de subjetivo, um sentimento, a atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

4 NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 141.

5 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 758.

6 PAUPERIO, A. Machado. Segurança Jurídica. In: FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 67, p. 291.

7 Idem.

como expressão genérica e objetiva da segurança mesma”<sup>8</sup>. Para ele, a segurança e a certeza formam uma dupla inseparável, porquanto “se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida”, o que resultaria na “revolta e insegurança”<sup>9</sup>.

Hans Kelsen, a propósito, já tratava do tema em seu livro “Teoria Pura do Direito”. Para ele, existiam dois sistemas jurídicos, ou seja, o da livre descoberta do direito e o da descoberta do direito vinculada à lei. Naquele, se dá de forma livre, sem se vincular a um órgão legislativo central que estabeleça normas. Neste, um órgão legislativo centraliza a produção das normas e aos tribunais compete aplicar tais normas. O que diferencia um e outro é o grau de centralização da produção legislativa. Para Kelsen, quanto maior a centralização da criação do direito, maior a segurança jurídica que ele traz à sociedade.<sup>10</sup>

Nesse sentido, a doutrina preconizada por Chiovenda externa o predomínio do valor segurança em detrimento dos ideais de justiça do caso concreto<sup>11</sup>.

Traçado esse delineamento geral, historicamente, vislumbram-se os primeiros traços de segurança jurídica ainda com o Digesto, sob o título de *ordo praetorum*, acompanhado do posicionamento do grande jurista romano Ulpiano<sup>12</sup>, o qual narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor de Roma<sup>13</sup>.

Já a Constituição Inglesa de 1215, de João Sem Terra, prevê a segurança jurídica a partir da garantia da propriedade privada, em decorrência do devido processo legal<sup>14</sup>.

Mas somente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa, a segurança jurídica ganha *status* de direito fundamental. O artigo 2º prevê que a finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão<sup>15</sup>.

Posteriormente, no preâmbulo da Constituição Francesa de 1793, desenhou-se um conceito mais preciso de segurança jurídica. Nela, “a segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade”. Analisando-se superficialmente a definição, percebe-se que a compreensão da segurança física – relacionada à integridade pessoal e à manutenção da propriedade – ainda não está totalmente separada da concepção da segurança jurídica, embora já se possa notar que sua existência, bem como sua proteção, adquiriu destaque neste íterim.

8 REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

9 Ibidem. p. 87.

10 A propósito, ao justificar essa regra, Kelsen afirma: “O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo consequente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio da segurança jurídica. Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação.” (In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 279-280).

11 Para ele, o “objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação” (In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 71).

12 SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abr./mai./jun. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>. Acesso em 5 abr. 2016. p. 5.

13 “O exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Digesto, sob o título «de ordo praetorum» (D1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. Indaga Ulpiano: «Que diremos do escravo que, conquanto ocultando essa condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?». E responde pela afirmativa.” (In: Idem.)

14 ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. **Delimitação Histórica do Princípio da Segurança Jurídica nas Constituições Brasileiras e suas Dimensões**. In: CONPEDI. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. Anais. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3529.pdf>. Acesso em 4 abr. 2016.

15 **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em [http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em 4 abr. 2016.

Especificando o histórico, agora para a segurança jurídica nas Constituições brasileiras, verifica-se que desde a Constituição do Império, outorgada em 1824, tem-se a previsão da segurança jurídica.

A Carta do Império, apesar de não contar com a mínima representatividade, esboçou a irretroatividade e a proteção do direito adquirido, evidenciando a clara tendência da sociedade da época em afeiçoar-se ao princípio da legalidade<sup>16</sup>.

Já na Constituição de 1891, as leis retroativas foram vedadas como forma de proteção. E a redação original da Constituição de 1934 se perpetua até os dias atuais, com a Constituição Cidadã. Sendo que seu texto contempla as três grandes formas de proteção da segurança jurídica abordadas no ordenamento brasileiro, ou seja, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Seguindo a linha histórica, há um hiato na Constituição de 1937, por não manter em seu texto a perspectiva da segurança jurídica. Trata-se de um período cujo viés totalitário de Getúlio Vargas interferiu na sua manutenção, resgatado pela Constituição de 1946, após o fim de sua ditadura e o restabelecimento da democracia. Esse ideal permaneceu na Ditadura Militar, ao menos no texto do art. 150, § 3º da chamada Constituição de 1967, embora na prática os diversos atos institucionais suspendessem as garantias constitucionais.

A Constituição cidadã, promulgada em 1988, elencou entre os direitos e garantias fundamentais a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, sendo a forma atual de proteção em nível constitucional da segurança jurídica, como se verá logo mais.

Neste contexto histórico das Constituições brasileiras, promulgadas ou outorgadas, resta claro a intenção de se manter um nível de segurança jurídica, com o intuito de proteger o direito dos particulares ou do próprio interesse público.

Contudo, Recaséns Siches entende que a segurança jurídica em termos absolutos é um ideal inatingível. As mudanças jurídicas, que decorrem do interesse do aperfeiçoamento do Direito, criam um coeficiente natural de insegurança.<sup>17</sup>

A justiça e segurança devem andar sempre lado a lado, havendo uma idiossincrasia, a fim de que a sociedade usufrua de seus benefícios, mantendo-se as duas unidas, a sociedade goza de civilidade.

No entanto, em caso de colisão, diz Paulo Nader que prevaleça a segurança, pois, a predominar o idealismo da justiça, a ordem jurídica ficaria seriamente comprometida e se criaria uma perturbação na vida social.<sup>18</sup>

Sócrates deu o maior exemplo de prevalência da segurança jurídica sob a justiça que o mundo já vislumbrou. Em 399 a.C foi preso injustamente, e quando instado por seus discípulos para fugir de uma execução injusta, o filósofo grego disse-lhes que era necessário que homens bons cumprissem leis más, para que homens maus cumprissem as leis boas.<sup>19</sup>

16 Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

[...]

XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fôrma das Leis.

17 SICHES, Luis Rexaséns. *Nueva filosofía de La interpretación Del Derecho*. 2. ed. Mexico: Porrúa S.A., 1973. p. 294.

18 NADER, Paulo. Op. cit. p. 142.

19 Idem.

## 2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Seguindo essa linha de raciocínio, todos os indivíduos que compõem a sociedade de qualquer Estado desejam um ambiente seguro ao seu desenvolvimento, seja econômico, físico ou jurídico. Para tanto, legitimam a figura Estatal, nas mais diversas estruturas, para que este, dotado de poder transcendido em soberania, garanta o convívio harmônico e pacífico dos cidadãos.<sup>20</sup>

Bem por isso, a visualização da segurança jurídica ganha importância salutar na modernização do Estado, seja pelo conjunto normativo preciso e aceito pela população, bem como pelas instituições devidamente estruturadas.

“No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos.”<sup>21</sup>

Conseqüentemente, estudar o princípio da segurança jurídica consiste em um estudo aprofundado de elementos de constituição do Estado na medida em que “a segurança jurídica representa uma das ideias mais caras ao Estado de Direito, pois é elemento constitutivo do mesmo, além de integrar o gênero principiológico constitucional de primeira ordem que integra o núcleo ético irreduzível”<sup>22</sup>.

À vista disso, a Constituição Federal de 1988, como verdadeiro monumento das garantias fundamentais do cidadão, traz nas suas linhas e entrelinhas a segurança jurídica como um pilar da república democrática brasileira.

Com efeito, desde seu preâmbulo, a Carta de Outubro trata da segurança jurídica, valor esse que se reforça pelo desdobramento em vários princípios nela presentes. Dentre eles, citam-se os mais próximos: princípio da legalidade; da igualdade; e limitações a retroatividade, ou seja, proteção ao direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito.

Como primeiro ponto de desdobramento, o princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nessa linha de visada, a legalidade protege a concretização dos direitos fundamentais de todos os tutelados, na medida em que impõe ao Estado, na pessoa de seus agentes, a atuação de forma impessoal, de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais.<sup>23</sup>

20 Ideal esse preconizado por John Locke. Para ele, os membros de uma sociedade política constituem uma administração central e delegam a ela o poder com o fim de garantir os direitos individuais, como a segurança jurídica e a propriedade privada, como uma forma de abdicação do seu estado natural de liberdade para fortalecê-lo. O contrato social para Locke é fundado na confiança e consentimento e se o governante quebra essa relação, não garantindo aos membros os direitos individuais, pode o povo questioná-lo e, em revolta, destituir-lo do poder, em contraposição com o pensamento de Thomas Hobbes.

21 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 38.

22 MANTOVANI, Alexandre. **A segurança jurídica e a motivação das decisões judiciais**. 2012. 101 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Paranaense, Umuarama, 2012. p. 71.

23 “Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social garantir que a atuação do Executivo nada mais seja se não a concretização desta vontade geral. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos.” (In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100.)

Mais do que isso, é a defesa do cidadão individual e/ou coletivamente em face de qualquer ato oriundo do Estado eivado de ilegalidade. Outrossim, ao afirmar que a “ordem jurídica não reconhece eficácia ao dispositivo que, visando regulamentar uma lei, modifica ou a contraria, pois seria negar eficácia à própria lei originadora”<sup>24</sup>. Também não tolera atos administrativos que ignorem os direitos do indivíduo.

Tanto importante quanto o enfoque público da legalidade, é o seu lado particular, na medida em que as relações entre pessoas devem observar a normatização legal aplicável a sua conduta, de forma que não viole a esfera de direitos de outrem, evitando assim conflitos.<sup>25</sup>

Dessa forma, se por um lado autoriza determinadas condutas, de outro as regulamenta, bem como coíbe outras tendo como objetivo manter coesão social e convívio harmônico entre as pessoas e concretizando-se então a segurança jurídica.

Em segundo, tem-se o princípio da igualdade. Nesse campo, “o alcance do princípio não se restringiria a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não poderia ser editada em desconformidade com a isonomia”<sup>26</sup>.

Veda-se, pois, “as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça.”<sup>27</sup>

Por fim, buscando o equilíbrio da sociedade e a estabilização judicial, a regra da vedação à retroatividade da lei é pilar existente na norma constitucional brasileira desde sua origem, proibindo-se a lei nova contra direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.<sup>28</sup>

Direito adquirido “é aquele que já se incorporou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma nem fato posterior possam alterar situação jurídica sob sua égide.”<sup>29</sup> Deveras, “a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.”<sup>30</sup>

Por sua vez, ato jurídico perfeito é o que já “se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha”<sup>31</sup> e coisa julgada é “imperativo de estabilidade previsto em lei, visa a pacificação social mediante o encerramento da lide e a impossibilidade de discussão de uma nova ação com os mesmos elementos.”<sup>32</sup>

Nessa ordem de ideias, o legislador constitucional buscou a proteção do indivíduo, garantindo que não lhe será imposto obrigação, senão em virtude de lei que: a) de maneira geral, deverá respeitar a igualdade de tratamento, na medida de suas desigualdades; b) não poderá cercear direitos conquistados, nem afetar atos jurídicos perfeitos, muito menos modificar questões já decididas pelo judiciário sob manto da coisa julgada.

24 DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo e segurança jurídica**. In: GERMANOS, Paulo André (org). **Segurança Jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 3.

25 “No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. (In: LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1078.)

26 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 9.

27 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35. Traduz, pois, as duas definições de igualdade, *i.e.*, a formal e material respectivamente.

28 A irretroatividade da norma está também prevista no art. 6º, da LINDB.

29 BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 485.

30 BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

31 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 228.

32 SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy. **A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais**: revisando o tema com casos concretos. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004. p. 16.

### 3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NO CPC DE 1973

O Código de Processo Civil de 1973, de autoria do processualista Alfredo Buzaid, foi um grande marco no direito processual brasileiro, tendo em vista ser uma ruptura com a linha adotada pelo diploma processual de 1939.

Trouxe maior cientificidade de preceitos, com origens na ciência processualista, especialmente italiana. Através do novo estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma da legislação. Operou-se uma grande atualização, criando, realmente, um código novo, no qual se assinalou uma nova etapa na evolução do direito processual.<sup>33</sup>

Estruturalmente falando, o Código de Buzaid traz três espécies de processo - conhecimento, execução e cautelar -, que bastariam na concepção de Buzaid, para a organização de um diploma processual civil, codificado de forma científica, mantendo-se conceitos nitidamente processuais, impermeáveis ao direito material.<sup>34</sup>

Dito isso, convém notar a busca pela segurança jurídica por meio do procedimento no Código de 1973, isto é, a sistematização do processo de conhecimento e executivo, como fases distintas; na primeira debatia-se o direito, na segunda, não se discutia mais a lide, apenas a efetivação da tutela jurisdicional, satisfazendo a parte vencedora na fase de cognição.

Portanto, com a coordenação do processo de conhecimento, de execução e cautelar, o Código Buzaid propiciou às partes um procedimento padrão para tutela do direito material, independentemente da sua natureza.

Perceptível, dessarte, o cientificismo e abstração buscados no direito processual pelo Código de Buzaid, de forma a adequar qualquer demanda a um procedimento padrão. Deveras, buscava a segurança jurídica pela padronização procedimental para efetivar a justa e adequada prestação jurisdicional.

### 4 AS REFORMAS DO CÓDIGO DE 1973 E A NECESSIDADE DE REMODELAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

A função de qualquer codificação na atualidade, dentro de um sistema jurídico, é o da centralidade. “Vale dizer, consistir em eixo a partir do qual articulam os vários institutos de determinado ramo do Direito, dando-lhes um sentido comum mínimo”<sup>35</sup>.

Nesse prisma, a Constituição de 1988 manteve a ordem e a unidade do direito processual no Estado Brasileiro, muito especialmente pelas garantias fundamentais que introduzem diversos princípios norteadores do “modelo de processo justo”<sup>36</sup>. Daí o porquê da busca pela unidade no sistema processual civil brasileiro.

Por essa trilha, um Código de Processo Civil, sob a óptica do Estado Constitucional, deve se inspirar no modelo proposto pela Constituição, no dever de promover a adequada tutela dos direitos. Assim, o código deve se garantir e se orientar no sistema constitucional. “Assume aí a condição de centro normativo infraconstitucional do processo civil.”<sup>37</sup>

33 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 14.

34 MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código de Buzaid. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 183, maio/2010. p. 177.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p. 51.

36 Idem.

37 Idem.

Tecidas essas considerandas iniciais, é bem sabido que o Código de Processo Civil de Buzaid passou por diversas reformas<sup>38</sup>, principalmente nos anos de 2005 e 2006, seja no procedimento de execução com o cumprimento de sentença<sup>39</sup>, ou no indeferimento liminar da inicial, dentre outros pontos.

Entretanto, é consenso que tais reformas trouxeram uma assistematização do processo civil brasileiro. Ou seja, não apresentava mais a unidade e ordem necessárias para o sistema constitucional vigente.

Por isso, havia a necessidade do legislador infraconstitucional ressystematizar o processo civil, adequando-o ao necessário para o Estado Constitucional. Aliás, este foi um dos objetivos declarados pela comissão elaboradora do projeto na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015<sup>40</sup>:

“O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.”

E continua:

“Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”<sup>41</sup>

Fica claro então que as diversas reformas promovidas no Código de 1973, desde a década de 90 e mais fortemente nos anos de 2005 e 2006, desvirtuaram o sistema processual proposto por Buzaid, tornando-o assistemático e não mais atendendo à sua finalidade.

38 Alguns chegaram a falar que o Código Buzaid passou a ser Código Reformado.

39 Instalação do sincretismo das formas no processo civil, unificando o processo de conhecimento e de execução.

40 Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 11-12.

41 Ibidem. p. 14. Sem grifo no original.

A imprescindibilidade da reforma do sistema processual como um todo, para retomar sua sistematização e simetria, à luz da Carta de Outubro era evidente.

Contudo, “alguns juristas, com muita propriedade, indagaram sobre a real necessidade de se editar um Novo Código de Processo Civil”<sup>42</sup>. Isso porque, a noção de nova codificação imprime significado de ruptura<sup>43</sup>. Tal discussão, entretanto, perde importância, dada a aprovação e atual vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, o novo Código, criado sem ruptura com o passado, evoluiu, mantendo os institutos de resultados positivos e incluindo outros para trazer alto grau de eficiência.

“Os avanços incorporados ao sistema processual preexistente que deveriam, foram conservados, organizados e conjugados ao necessário, identificando a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil bem mais célere e justo.”<sup>44</sup>

De conseguinte, além de manter institutos e atualizar outros, trouxe uma série de inovações, com interferência no princípio da segurança jurídica, inclusive.

## 5 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta três importantes bases: “(i) garantia da segurança jurídica, (ii) busca da celeridade processual e da efetiva resolução dos conflitos e (iii) valorização e reconhecimento da advocacia como função essencial à Justiça”<sup>45</sup>. Veja-se, pois, que um dos objetivos do novo Código foi a “garantia da segurança jurídica”.

Posto este paradigma como norte, cinco pontos são relevantes acerca das inovações sobre a segurança jurídica no Código de 2015: 1. Enunciação de Súmulas pelos Tribunais, como exigência de estabilidade, integridade e coerência na formação da jurisprudência; 2. Incidente de resolução de demandas repetitivas; 3. Positivização do princípio da não surpresa; 4. Nova visão da coisa julgada formal; 5. A vinculação aos precedentes, com exigência de exposição dos fundamentos determinantes da sua adequação ao caso em análise.

Trazidos esses cinco pontos básicos de atuação do princípio da segurança jurídica no Código de Formas Cíveis de 2015, passa-se à análise de cada um deles.

### 5.1 A enunciação de Súmulas pelos Tribunais

Em primeiro lugar, tem-se a enunciação de Súmulas pelos Tribunais, como exigência de estabilidade, integridade e coerência na formação da jurisprudência.

De fato o Código expressamente exige dos tribunais a uniformização da sua jurisprudência. Pelo art. 926, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

42 MELO, Carlos Magno Siqueira. **Ensaio sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil frente às políticas públicas e à responsabilidade social**. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos Rodrigues (coord.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 115.

43 Segundo Marinoni, o novo Código de Processo não traz a ruptura com o sistema processual anterior, como aconteceu entre o Código de 1939 e o Código Buzaid que buscou revolucionar o sistema processual como que se tinha de mais moderno na época, notadamente na Itália. Pelo contrário, repete *ipsis literis* muitos dos seus artigos e institutos, apenas adequando-os a nova sistemática para trazer a buscada unidade.

44 DOMINGUES FILHO, José. **Roteiro das audiências cíveis**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016. p. 9.

45 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Os avanços do novo CPC: Celeridade, segurança jurídica e valorização da advocacia. **Revista Justiça e Cidadania**. n. 183. Rio de Janeiro: Editora JC, 2015.

Observa-se, portanto, que “o novo CPC inovou com a exigência de estabilidade, integridade e coerência na formação da jurisprudência brasileira, prevendo a enunciação de súmulas pelos tribunais, correspondentes à sua jurisprudência dominante”<sup>46</sup>. E o mecanismo próprio dessa uniformização é a edição de súmulas, que nada mais são do que a consolidação ou “a materialização objetiva da jurisprudência”<sup>47</sup>.

Para o Código, uma vez reconhecido pelo tribunal que se formou um entendimento dominante acerca de um tema, “tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, dando notícia de forma objetiva de qual é a jurisprudência presente naquele tribunal a respeito da matéria”<sup>48</sup>. É o que exige o § 1º do sobrecitado art. 926.

Mas veja-se que não basta a edição da súmula. Primeiro, porque sua fixação deve atender “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”<sup>49</sup>. De salutar relevância esse fato, porquanto “com eficácia vinculante que as súmulas passaram a ter, os tribunais devem tomar especial cuidado com a identidade ou ao menos similaridade fática dos precedentes que fundamentam sua edição”<sup>50</sup>.

Ao depois, porque é também dever dos tribunais mantê-la coerente com a ordem posta, isto é, atualizar suas súmulas de acordo com a evolução do sistema jurídico vigente.<sup>51</sup>

Entretantes, essa atualização, seja por modificação de entendimento ou para simples revogação, deve seguir todo um procedimento estabelecido nos §§ 2º a 4º, do art. 927, visando a ampla discussão e análise, com audiências públicas e participação de *amicus curiae*.

Portanto, a segurança jurídica atua tanto na formação da súmula, no sentido de promover uma integração das decisões e evitar contradições, quanto na manutenção de seu entendimento, ao estabelecer procedimentos para sua alteração ou revogação.<sup>52</sup>

## 5.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas

Outro aspecto de interesse é o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulado nos arts. 976 a 987. Esse instituto é um dos mais demonstrativos da preocupação do CPC/15 com a “manutenção da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência.”<sup>53</sup>

Trata-se de incidente processual instaurado para garantir, em julgamento único e com efeito vinculante, uma solução isonômica à questão jurídica posta em demandas consideradas repetitivas e que buscam a tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos.<sup>54</sup>

Com efeito, “o escopo do IRDR<sup>55</sup> é a tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos e seu advento traduz o reconhecimento do legislador de que a chamada ‘litigiosidade em massa’ atingiu patamares insuportáveis.”<sup>56</sup>

46 Idem.

47 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1486.

48 Idem.

49 CPC/15, art. 926, § 2º.

50 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1486.

51 Segundo Neves, “a maior preocupação diz respeito à revogação de súmulas com entendimento já superado por superveniência legal ou mesmo por mudança de posicionamento do próprio tribunal que a editou. Não são poucos, infelizmente, os exemplos de verdadeiras ‘súmulas zumbis’, que continuam entre nós como verdadeiras mortas vivas, há muito já não aplicadas, inclusive e em especial pelos tribunais que as editaram. E assim procedendo, os tribunais violam o art. 926, *caput*, do Novo CPC, esfacelando a exigência de que sua jurisprudência seja estável, íntegra e coerente.” (In: Idem.)

52 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Mara Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1463.

53 ALVIM, Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 2 abr. 2016.

54 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 2278.

55 Incidente de resolução de demandas repetitivas.

56 DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Op. cit. p. 2277.

“Esse instrumento propõe o julgamento conjunto das causas que possuam questões de direito idênticas e que tenham sido postuladas individualmente em grande número. Na exposição de motivos do projeto, fala-se basicamente no propósito de evitar a “dispersão excessiva da jurisprudência”, “atenuar o asoeramento de trabalho no Poder Judiciário” e promover o andamento mais “célere” dos processos.”<sup>57</sup>

Para tanto, a Processual Civil traz dois requisitos necessários para seu cabimento<sup>58</sup>: a) “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; b) “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

É digno de nota que o Código “exige apenas que exista um risco de que as decisões nesses processos sejam ofensivas à isonomia e à segurança jurídica.”<sup>59</sup>

“Rigorosamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui na essência incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante (art. 985), possibilidade de suspensão de casos análogos (arts. 982, I), de participação da sociedade civil em geral no seu julgamento (art. 983) e de reclamação para a inobservância da autoridade do precedente firmado (art. 985, § 1º). Sua previsão foi uma das razões pelas quais o Projeto propôs a suspensão do incidente de uniformização de jurisprudência.”<sup>60</sup>

Observa-se de todo o contexto que a intenção do legislador é dar ampla publicidade e facilitar a identificação do caso objeto do incidente, ao exigir a “indicação dos fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos relacionados (art. 979, § 2º)”<sup>61</sup>, o que revela mais uma vez a presença da segurança jurídica no instituto.

### 5.3 A positivação do princípio da não surpresa

Importante também a positivação do princípio da não surpresa nos arts. 9º e 10:

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

[...]

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 efeito, “sob a perspectiva da segurança jurídica, dentre outras medidas, procura-se estabelecer uma intensa necessidade de contraditório, à luz, evidentemente, de uma visão que deflui da Constituição Federal.”<sup>62</sup>

“Não há dúvida que o Projeto consagrou nestes casos o direito ao contraditório como dever de consulta ou de diálogo judicial. A novidade está em que, ao contrário do que sucedia anteriormente, o contraditório atualmente também tem como destinatário o órgão

57 OLIVEIRA, Diego Bianchi; SANTELLI, Igor Henrique da Silva. **Acesso à justiça e o incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (orgs.). **O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2014. v. 1, p. 15.

58 CPC/15, art. 976.

59 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1595.

60 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 177-178.

61 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Op. cit.

62 ALVIM, Arruda. Op. cit.

jurisdicional. O contraditório não é tão somente entre as partes. É também entre o juiz e as partes. O juiz passa a figurar igualmente como um sujeito do contraditório.”<sup>63</sup>

Nessa linha, é vedado ao juiz, por exemplo, decidir, de ofício, com base em fundamento não arguido pelas partes nem sobre ele oportunizada a manifestação delas.

“Não se trata, em absoluto, de revogação do princípio do *iura novit curia*, que permite ao juiz decidir com base em fundamentos jurídicos não invocados pelas partes; trata-se, simplesmente, de facultar às partes interessadas oportunidade de se manifestarem e influenciarem a convicção judicial a respeito da aplicabilidade daquele fundamento jurídico ou fático não invocado ou não debatido nos autos. Evita-se, dessa forma, que as partes sejam surpreendidas, no momento da decisão judicial, com um argumento ou alegação de que não cogitaram, e cuja incidência ao caso poderia ser afastada ou modificada, se a matéria tivesse sido previamente debatida.”<sup>64</sup>

Trilhando nesse enfoque, a segurança jurídica traz a imprescindibilidade do amplo contraditório, tanto entre as partes quanto entre elas e o juiz, em qualquer situação do processo, excetuadas as hipóteses previstas nos parágrafos únicos dos arts. 9º e 487.

#### 5.4 A nova visão da coisa julgada formal

Outro aspecto da segurança jurídica é a nova visão da coisa julgada formal.

Deveras, o Código de Processo Civil desligou-se da tese das sentenças puramente terminativas. Por ele, “no caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.”<sup>65</sup>

“Ora, proibição de repetição da ação, com o mesmo vício que foi declarado em processo anterior, decorre, sem sombra de dúvida, da autoridade da coisa julgada formal. É imperativo concluir que, após a entrada em vigor do novo CPC, ficarão imutabilizadas pela coisa julgada formal as sentenças terminativas que tenham por conteúdo: a) o indeferimento da petição inicial; b) a falta dos pressupostos processuais; c) a legitimidade e o interesse processual; ou d) o acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.”<sup>66</sup>

Trata-se, pois, de mais uma inovação do Código, firmando entendimento que já era adotado no STJ. As hipóteses abrangem situações onde se tem vícios sanáveis, diferente do que acontece nos incisos excluídos (II, III e V, do art. 485).

#### 5.5 A vinculação aos precedentes judiciais

Por fim e como um dos pontos mais relevantes do Código, tem-se a vinculação aos precedentes judiciais. Em sentido amplo, precedente nada mais é do que “decisão judicial que serve de paradigma para outros casos de natureza igual ou semelhante.”<sup>67</sup>

63 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 75. Grifo no original.

64 ALVIM, Arruda. Op. cit.

65 CPC/15, art. 486, § 1º.

66 DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Novo CPC aumenta segurança jurídica ao mudar regras da coisa julgada formal**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/cpc-aumenta-seguranca-juridica-mudar-regras-coisa-julgada>. Acesso em 7 mar. 2016.

67 PRECEDENTE. In: NETO, José Cretella. **Dicionário de Processo Civil**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 455.

Mais especificamente, “consiste o precedente na decisão jurisdicional, tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo é capaz de servir como diretriz para a resolução de demandas semelhantes.”<sup>68</sup>

A título de parêntese, interessante notar que Hans Kelsen, em 1934, já trabalhava a ideia vinculativa do precedente em sua teoria. Segundo ele,

“só com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. A formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos “iguais”.<sup>69</sup>

Para Kelsen, “a função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes”<sup>70</sup>.

Fechado o parêntese e tornando ao mote, para ser considerado um precedente, o caso deve conter dois requisitos: a) as circunstâncias fáticas que fundamentam a controvérsia; b) a *ratio decidendi*.

*Ratio decidendi* “consiste nos fundamentos jurídicos que embasam a decisão”<sup>71</sup>, ou seja, a tese jurídica assentada na motivação, diante de uma operação interpretativa, ou na subsunção, tendo em conta as premissas maiores e sua coligação com o caso concreto.

Esse é o elemento obrigatório do precedente, de efeito vinculante ou persuasivo para o julgamento de casos posteriores. “Vale como precedente, não a resolução do caso concreto para adquirir força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.”<sup>72</sup>

“Como resultam de interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, têm sempre força vinculante. Não têm a função de ilustração do direito e não têm a função de persuasão judicial a respeito da bondade da solução nele encerrada.”<sup>73</sup>

Decorrem, pois, da justificação das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores para solucionar casos concretos e que vinculam o comportamento das demais instâncias, bem como orientar a conduta da sociedade.

Anteriormente, o Código Reformado considerava como precedente a súmula que consistia na uniformização de jurisprudência firmada no “julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal”<sup>74</sup>. Tudo sem olvidar ainda da súmula vinculante do STF, instituída pela reforma do judiciário<sup>75</sup>.

Já na Processual Civil de 2015, ao que se extrai dos arts. 311, 332 e 927, para fins de precedentes vinculantes, consideram-se: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de

68 REDONDO, Bruno Garcia. **Precedentes**: teoria geral e seus reflexos no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos Rodrigues (coord.). Op. cit. p. 319.

69 KELSEN, Hans. Op. cit. p. 278.

70 Ibidem. p. 279.

71 REDONDO, Bruno Garcia Op. cit. p. 320.

72 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 611.

73 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016. p. 104.

74 CPC/73, art. 479.

75 EC n. 45/2004.

constitucionalidade; b) súmula vinculante do STF; c) julgamento de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; d) julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e) súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; f) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Há, porém, quem diga que não são apenas essas hipóteses que se consideram precedentes, pois se trata de rol meramente exemplificativo, eis que “é qualitativa e funcionalmente incompleto”<sup>76</sup>.

“Não só os precedentes retratados em súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou oriundos do julgamento de recursos repetitivos que geram a possibilidade de improcedência liminar do pedido. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, retratados ou não em súmulas, decorrentes ou não de julgamento de casos repetitivos, autorizam a improcedência liminar do pedido. Se a improcedência liminar constitui forma de abreviação procedimental ligada à necessidade de promoção da tempestividade da tutela jurisdicional (arts. 5º, LXXVIII, CF, e 4º, do CPC) e fundada na percepção de que é inútil prosseguir com o processo, dada a imediata percepção judicial de ausência de razão pelo autor, então não há por que limitá-la a precedentes sumulados ou a casos repetidos.”<sup>77</sup>

Seguindo, então, esse entendimento, todas as decisões emanadas da Corte Constitucional ou da Corte Superior de Justiça, sumuladas ou não, de causas repetitivas ou não, são considerados precedentes para, v.g., aplicação dos arts. 311, II e 332, do CPC/2015.

Veja-se, entretanto, nesse aspecto que a segurança jurídica está presente. A partir do momento em que há um entendimento superior fixado dentro dos padrões mencionados, o magistrado passa a ter sua livre convicção motivada, pelo sistema da persuasão racional, limitada e vinculada aos precedentes, o que evita decisões conflitantes e contraditórias sobre determinado caso concreto, nas várias regiões do Brasil, e, às vezes, até dentro da mesma comarca.

Mas não é só. A segurança jurídica se avulta em outro ponto nesse tema, *i.e.*, na fundamentação para aplicação do precedente. Isso porque a decisão judicial não será considerada fundamentada se “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”<sup>78</sup>.

Significa dizer que o juiz, ao invocar um precedente, deve “justificar sua aplicabilidade ao caso concreto, por meio de demonstração da correlação entre os fundamentos do entendimento consagrado e as circunstâncias do caso *sub judice*”<sup>79</sup>.

Em outro falar, o magistrado deve usar o precedente como premissa maior e fazer o trabalho subsuntivo de sua aplicação ao litígio em julgamento, ou seja, a ligação da *ratio decidendi* do precedente com o caso que está julgando. Do contrário, a decisão será tida por não fundamentada e, conseqüentemente, será nula.<sup>80</sup>

## Considerações Finais

O princípio da segurança jurídica decorre da própria natureza humana e, por isso, está presente na sociedade desde sua origem. Deveras, o homem necessita de segurança para seguir sua vida com certeza,

76 MITIDIÉRO, Daniel. Op. cit. p. 108.

77 Ibidem. p. 112.

78 CPC/15, art. 489, § 1º, V.

79 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 811.

80 Daí a importância da “identificação do caso” no relatório da sentença, como elemento essencial, previsto no art. 489, I, do CPC/15. Essa identificação do caso é o primeiro passo para a aplicação do precedente, pois mostra de início o que será julgado.

sem variações, inconstâncias ou mudanças, tornando-a mais equilibrada e contínua. Essa é a razão da segurança jurídica e da proteção da confiança serem pilares do Estado de Direito Constitucional.

Por esse motivo, a segurança jurídica está prevista em praticamente todas as constituições brasileiras, notadamente na Carta de 1988, pelos princípios da legalidade, igualdade e irretroatividade da norma, esta representada pela proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Seguindo a ordem do Estado Constitucional implementada pela Constituição de 1988 e repensando a sistematização do processo civil brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015, sem romper com o sistema processual anterior, teve como preceito base, dentre outros, a garantia da segurança jurídica.

Para tanto, trouxe uma série de inovações, das quais se destacou as cinco que se consideram mais relevantes, pela importância que representam, com mudança textual e confirmação de entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Isso se verifica na enunciação de Súmulas, como exigência de estabilidade, integridade e coerência na formação da jurisprudência; no incidente de resolução de demandas repetitivas; na positivação do princípio da não surpresa; na nova coisa julgada formal; e na vinculação aos precedentes.

Descerrado esse horizonte, percebe-se a preocupação do legislador com a ressystematização do processo civil, que por si só restabelece a segurança da ordem processual, além de firmar institutos que asseguram efetivamente essa garantia do Estado Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 2 abr. 2016.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. **Delimitação Histórica do Princípio da Segurança Jurídica nas Constituições Brasileiras e suas Dimensões**. In: CONPEDI. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. Anais. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3529.pdf>. Acesso em 4 abr. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.
- Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Os avanços do novo CPC: Celeridade, segurança jurídica e valorização da advocacia. **Revista Justiça e Cidadania**. n. 183. Rio de Janeiro: Editora JC, 2015.
- CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2008.
- DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em 4 abr. 2016.
- DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Novo CPC aumenta segurança jurídica ao mudar regras da coisa julgada formal**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/cpc-aumenta-seguranca-juridica-mudar-regras-coisa-julgada>. Acesso em 7 mar. 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DOMINGUES FILHO, José. **Roteiro das audiências cíveis**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.
- FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 67.
- GERMANOS, Paulo André (org). **Segurança Jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- IOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (orgs.). **O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2014. v. 1.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MALACARNE, Wiliam Lucini. A vinculatividade do precedente judicial no ordenamento brasileiro. **Anais do I Encontro Científico do Congresso de Direito Público da Grande Dourados**. Dourados, maio 2010. p. 67-88.
- MANTOVANI, Alexandre. **A segurança jurídica e a motivação das decisões judiciais**. 2012. 101 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Paranaense, Umuarama, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código de Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 183, maio/2010.

- \_\_\_\_\_. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** São Paulo: RT, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado.** Salvador: Jus Podivm, 2016.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REIS, Palhares Moreira. **A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Consulex, 2009.
- SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. **Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro.** Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2.
- SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy. **A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais: revisando o tema com casos concretos.** Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004.
- SICHES, Luis Rexaséns. **Nueva filosofía de La interpretación Del Derecho.** 2. ed. México: Porrúa S.A., 1973.
- SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado.** Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abr./mai./jun. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>. Acesso em 5 abr. 2016.
- SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos Rodrigues (coord.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Mara Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

## O Instituto da Delação Premiada: o Prêmio e a Moral

*Mikeline Bueno de Menezes<sup>1</sup>*

**Resumo:** Demonstra-se neste ensaio o instituto da delação premiada no Direito Brasileiro, tendo sua aplicação como uma forma de política-crime do Estado para obtenção de provas na fase de investigação criminal e processo penal, ao combate à criminalidade organizada. Outrossim, o tema foi tratado com maior riqueza pela Lei 12.850/2013, quando o investigado ou acusado colabora com as autoridades delatando seus comparsas e revelando a existência de infrações penais. À vista disso, acaloradas discussões são traçadas objetivando a análise da possibilidade de aplicação deste instituto ser considerado um prêmio, recebendo o delator uma sanção menos grave (perdão judicial, diminuição de pena, abrandamento de regime prisional, aplicação de pena restritiva de direitos), e de outro modo, sob a perspectiva da ética, ser um instrumento de ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, além de uma fonte de estímulo antiético e imoral, aquiescido pelo Estado. Versando sobre o broquel dos prêmios legais, a legislação penal especial traz em seu bojo, benesses ao delator, com a finalidade de incentivá-lo a colaborar com a administração da justiça, levando ao conhecimento de fatos que ajudem na elucidação de crimes. Nessa senda, mister reconhecer que falar em ética de criminosos é um enorme contrassenso, visto que à satisfação da pretensão punitiva deve-se sobrepor ao silêncio do criminoso e eventuais críticas aos valores da sociedade. Dito isto, e ante a realidade jurídico-social enfrentada pelo instituto, o Estado não deve ficar adstrito aos conceitos de controle social como moral e ética, e sobrepujar ou barganhar a criminalidade.

**Palavras-Chave:** Delação Premiada. Legislação penal especial. Prêmios legais. Ética. Moral.

**Abstract:** It is shown in this test the whistleblower Institute awarded the Brazilian law, and its application as a form of state-crime policy for obtaining evidence in criminal investigation stage and criminal proceedings, the fight against organized crime. However, the subject was treated with greater wealth by Law 12.850 / 2013, when investigated or charged with collaborating with the authorities denouncing his cronies and revealing the existence of criminal offenses. In view of this, heated discussions are drawn aiming to examine the possibility of applying this institute be considered a premium, getting the snitch a less severe penalty (judicial pardon, reduction of sentence, the prison system slowdown, restrictive application of penalty rights) and otherwise, from the perspective of ethics, be an instrument of hurting proportionality in the application of the penalty, as well as a source of unethical and immoral stimulus, acquiesced by the state. Dealing on the buckler of cool prizes, the special criminal law brings me its core, largesse to snitch, in order to encourage it to cooperate with the administration of justice, leading to knowledge of facts that help to elucidate crimes. In this path, must be recognized to speak on ethical criminals is a huge nonsense, as the satisfaction of the punitive pretension should overlap the silence of the criminal and any criticism of the values of society. That said, and before the legal and social reality faced by the institute, the state should not be attached to the concepts of social control, moral and ethical, and overcome or bargain crime.

**Keywords:** Plea bargaining. Special criminal law. Cool prizes. Ethic. Moral.

<sup>1</sup> Licenciatura em Química pela UEMS. Bacharel em Direito pela Universidade do Paraná – Unipar. Pós-graduada *lato sensu* em Administração Escolar, Supervisão e Orientação pela EAD Uniasselvi. 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-MS. Secretária Executiva da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da delação premiada tem ganhado repercussão nacional face os recentes crimes praticados por organizações criminosas na estrutura política e econômica do país. Nessa senda, o caráter do instituto mostra-se como forma de política-criminal do Estado para obtenção de provas na fase de investigação e persecução criminal, ao combate à criminalidade organizada.

Destarte, o instituto da delação premiada no sistema jurídico brasileiro é tratado com maior riqueza pela Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), que, de forma geral, consiste em ato do investigado ou acusado que colabora com as autoridades delatando seus comparsas que também praticaram infrações penais. Trata-se de fornecimento de informações relevantes e eficazes que favoreçam na elucidação de delitos, sendo um instrumento auxiliar para o direito processual penal.

Outrossim, o bom argumento que seduz ao interesse pelo presente ensaio é o atual cenário jurídico e político do país, na qual referido instituto enfrenta uma verdadeira celeuma doutrinária em seu *status*, ora recebendo o tratamento de prêmio/bônus ao delator ao exprimir os fatos para obtenção de provas, ora recebendo o *status* de “favor legal antiético”, porquanto considerado uma conduta antiética e imoral de comportamento social do delator, tendo o Estado como principal motivador à traição.

*A contrario sensu*, a delação premiada para seus defensores pondera interesses do Estado Democrático de Direito de inegável relevância jurídica ao Direito Processual Penal, tratando-se de um benefício legalmente instituído, pois, de acordo com a Lei n. 12.850/2013, a delação ocorreria quanto àqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar coautores e partícipes, podendo ser considerada como um “prêmio”, e, portanto, uma forma indispensável ao combate da criminalidade organizada.

Ademais, insta registrar a concessão de benesses ao delator, que estão previstas na legislação penal especial, cuja finalidade primordial é facilitar o desmantelamento da estrutura da organização criminosa; em contrapartida referidos delatores receberão benefícios legais, que irão desde a diminuição da pena até o perdão judicial.

Por corolário, todas essas achegas jurídicas são de imenso valor, pois, apesar do instituto da delação premiada apresentar várias controvérsias no mundo jurídico, tem o seu reconhecimento e aplicação no âmbito judicial; desta feita, faz-se necessário lançar sobre este instrumento um olhar sobejamente reflexivo, repensando-o de modo a inseri-lo na realidade jurídica e social.

## 2 O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

### 2.1 Origem

De proêmio, vejamos a previsão embrionária do instituto da delação premiada, que se encontra firmada na história da Bíblia Sagrada, em que Judas Escariotes revelou a localização de Jesus em troca de 30 moedas de prata<sup>2</sup>. Ainda, segundo Renato Brasileiro de Lima, aborda esse assunto em seu livro Curso de Processo Penal:

“Desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou os brasileiros,

<sup>2</sup> BÍBLIA. Mateus, 26:14-15.

entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos, e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa colaboração. Daí a importância do estudo da colaboração premiada”. (LIMA, 2014, p.512).

Por conseguinte, ela foi instituída no século 19, pelo jus filósofo Rudolf Von Ihering (*apud* Cerqueira, 2005, p. 25), como instrumento para se desvendar crimes para os quais o Estado, em razão da modernidade desses delitos, se mostrava impotente para tanto. Em 1853, o jurista alemão escreveu:

“Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo no interesse superior da coletividade.”

Nesse caminho histórico, percebemos que o ordenamento jurídico albergou a premiação dessas “traições”, reconhecendo o que chamamos hoje de delação premiada.

Em solo brasileiro, referido instituto surgiu nos primórdios do Brasil-Colônia, contida nas Ordenações Filipinas, iniciada em 11 de janeiro de 1603, sob o reinado de Felipe II da Espanha, Felipe I de Portugal. (GOMES, 2015).

Aduz, Gomes (2015), que com esses atos serviu de base do direito português (e brasileiro) até à promulgação das sucessivas Constituições e Códigos, que foram acontecendo até o século XX (Constituição de 1824, Código Penal de 1830, Código de Processo Penal de 1832, Código Civil de 1916 etc.). As citadas Ordenações previam, no crime de lesa majestade, ou seja, traição contra o rei ou contra o Estado real, a possibilidade de perdão para o traidor, desde que não fosse o líder do grupo e delatasse (dedurasse) todos os participantes do delito.

Em sequência, apesar desses registros históricos, temos segundo o jurista Luiz Flávio Gomes (2015), que a delação premiada, no direito contemporâneo (e, mais precisamente, depois da redemocratização), aparece em 1990, por força da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), que no seu art. 8º, parágrafo único, prevê a redução da pena para o “participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha”. Essa lei também acrescentou o § 4º, ao art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), estendendo o mesmo benefício ao coautor do crime (desde que houvesse a recuperação da pessoa sequestrada).

Continuando a sistemática cronológica das legislações, temos que o instituto da delação premiada, veio posteriormente com a das organizações criminosas (Lei nº 9.034/95), mas já foi revogada pela nova Lei de Crime Organizado n. 12.850/2013, que trabalhou com maior amplitude o instituto da delação premiada. A Lei de Lavagem de Capitais nº 9.613/98 (alterada pela Lei n. 12.683/2012), juntamente com a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas n. 9.807/99, trouxeram mais benefícios aos colaboradores. Em seguida, temos a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica, n. 10.149/2000, que prevê a celebração do acordo de leniência pelo agente colaborador, bem como verifica-se a Lei n. 12.529/2001, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e menciona também o acordo de leniência determinando a “suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência” (art. 87). E, por fim, registra-se a Lei de Drogas n. 11.343/2006, que prevê, no caso de condenação, a redução da pena de um terço a dois terços, ao indiciado ou acusado colaborador na persecução penal.

A partir dessa perspectiva histórica legislativa, sabe que a delação premiada mostra-se presente no meio jurídico e social brasileiro, eclodindo-se especialmente com o esquema de corrupção chamado de “Petrolão” (escândalo da Petrobrás); outrossim, possui aplicação diária no sistema jurídico brasileiro há décadas, sendo forma integrada nas numerosas legislações, além de ser um meio de obtenção de provas no Processo Penal, bem como um instrumento de extrema relevância ao combate da criminalidade.

## 2.2 Conceito

De início, há de se conceituar o termo delação, eis que deriva do latim *delatione* e significa a ação de denunciar, revelar. Já o termo premiada se deve ao fato de o legislador conceder prêmios ao delator que colabora com as autoridades. (RIEGER, 2008, p. 5).

Em análise há de se ponderar o conceito do instituto, visto que segundo Cleber Masson (2014, p. 382), “cuida-se de causa especial de diminuição da pena. A medida encontra origem no chamado “direito premial”, pois o Estado concede um prêmio ao criminoso arrependido que decide colaborar com a persecução penal”.

Mister conceituar num modelo mais amplo, como uma espécie de direito premial, pois conforme preleciona o excelso doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 513):

“Trata-se de uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou participe da infração, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.”

Portanto, ao mesmo tempo em que o investigado confessa a prática delituosa abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*) é afastado, ao tempo em que as declarações servirão como “prova de corroboração”, ou seja, deverão ser investigadas e confirmadas. Portanto, não significa dizer que é um meio de prova de per si. (LIMA, 2014, p.513).

Ademais, referido conceito encontra-se respaldado em legislação especial, Lei n. 12.850/13, extraído de uma interpretação literal como um instituto que possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013).

Deve ser levada em consideração ainda a seguinte situação em relação ao instituto da delação premiada, ora tratando-a como colaboração premiada. Diversos autores consideram essas duas expressões como sinônimas; mas por sua vez, Renato Brasileiro (2014, p. p. 729-730), as considera diversas. Para o doutrinador, “a delação premiada exige a revelação de algum coautor, enquanto a colaboração premiada é mais ampla e abrange diversas formas de colaboração sem que necessariamente haja uma delação”.

Em que pese referido argumento, ousou tratar o tema no presente artigo como expressões sinônimas.

Em outro giro, o conceito do instituto já foi aplicado no julgamento do HC 90.962, sendo definido pela 6ª turma do STJ, senão vejamos:

“**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DOMÍNIO LEGAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENAPREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REITERAÇÃO DE PEDIDO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOLVIMENTO DA PROVA. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEMPARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. 1 - Não há como conhecer pedidos de redução da pena-base, reconhecimento da confissão espontânea, bem como de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois se tratam de mera reiteração do pedido deduzido no HC nº 88.636/SP. 2. O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime (...). 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.” (STJ - HC: 90962 SP 2007/0221730-9, Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJ/CE), Data de Julgamento: 19/05/2011, T6 – 6º T, publicação: DJe 22/06/2011).**

Desta feita, o conceito do instituto da delação premiada, já se encontra bem definido pela doutrina e jurisprudência, tendo uma situação em que o acusado, como forma de auxiliar a persecução penal: investigações criminais ou no processo penal, presta relevantes informações para obtenção de novas provas, tais informações se darão de forma efetiva, sendo um instrumento de colaboração para o Direito Penal e Processual, pois o acusado ou indiciado confessará a prática de delitos, ajudará a desvendar e elucidar delitos, entregará demais comparsas, trará novas provas e *a posteriori*, ser-lhe-á concedido um prêmio, com as benesses legais.

### 3 DELAÇÃO PREMIADA: CELEUMAS NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

Considerando o cenário nacional, o instituto da delação premiada nas últimas décadas tem ganhado destaque na sociedade, em face da onda de criminalidade promovida pelas organizações criminosas, sendo assim, surge a preocupação do legislador em encontrar medidas para o combate da criminalidade organizada, utilizando desse instrumento para obtenção de provas na persecução penal.

O instituto da delação premiada no Direito Brasileiro, no entanto, é tratado com maior riqueza pela Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), de forma geral, ocorre quando o investigado ou acusado colabora com as autoridades delatando seus comparsas que também praticaram infrações penais.

Frente a este instituto, travou-se verdadeira celeuma doutrinária em seu *status* ora sendo um prêmio/bônus ao delator ao exprimir os fatos para obtenção de prova, ora, tratando-o sob o enfoque da ética e moral, porquanto sendo considerada uma conduta antiética e imoral de comportamento social dada pelo delator, e, tendo o Estado como principal motivador à traição.

#### 3.1 Aspectos negativos – Ética x Moral

A face negativa da delação premiada fundamenta-se em seus aspectos morais, éticos, sociais, históricos, em que a sociedade preserva esses valores, por se tratar de matéria arraigada a preceitos fundamentais como padrões de conduta que orientam o comportamento do indivíduo para vida em coletividade. Tais comportamentos geram uma reflexão crítica na aplicação do instituto.

Sabe-se que o ser humano é produto de seu meio, bem como possui a necessidade de se prender às circunstâncias culturais, sociais do ambiente inserido, sendo influenciado sobremaneira em seu caráter, seja em sua forma de pensar ou agir, agregando valores indispensáveis a sua vida em sociedade.

Nessa senda, faz-se necessário direcionar o foco para atual conjuntura do País, denota-se que o fato criminoso no Brasil tem ganhado repercussão nacional, ante a aplicação do instituto da delação premiada, pois se trata de um instrumento de política-criminal no combate à criminalidade, mas, por sua vez, demanda por seus opositores um olhar sobejamente crítico, face ao incentivo do Estado em perpetuar à traição, em desvalorizar aspectos éticos e morais que são fundamentos basilares que guiam a conduta do homem na sociedade.

Por conseguinte, ganha relevo o conceito de referido instituto, já que ele pode também ser considerado por Nucci (2010, p. 778) como um “dedurismo” oficializado, que, apesar de moralmente criticável, é incentivado em face do aumento contínuo da criminalidade no país.

Sob o olhar negativo, o instituto vem apresentando ofensas ao que se refere à ética e à moral, alguns juristas se posicionam de forma desfavorável à delação premiada, afirmando ser ela um instituto imoral, antiético, onde estimula a traição, tendo como defensora Natália Oliveira de Carvalho (2009, p. 101), ao

preconizar que a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para quem a pratica, Estado premia a falta de caráter do codelinqüente, convertendo-se em autêntico incentivo-valor de antivalores ínsitos à ordem social.

Nesse sentido, os críticos afirmam que referido instituto é medida excepcional, devendo ser aplicada com cautela, para evitar possíveis acordos inidôneos e gerar punições irrestritas e benesses malformadas.

Outro ponto a destacar como crítica é o título do livro do doutrinador Cesar Roberto Bitencourt (2012, p. 360), chamado “favor legal antiético”, referido autor menciona que tal instituto não passa de uma forma do Estado de confessar sua impotência na hora de combater a criminalidade:

“Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor – atenuando a sua responsabilidade criminal – desde que delate sua comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o “traidor”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade.”

Percebe-se que o instituto da delação premiada está tomando dimensões nacionais, pois para seus críticos vem sendo aplicado de maneira irregular e desproporcional, ferindo a perspectiva ética e moral, incentivando a traição ou até mesmo gerando instabilidade social sem precedentes.

Pondera-se ainda, que o Estado passou a negociar o Direito Penal e Processual com o acusado chamando-o vulgarmente de X9, favorecendo a negociação de sua culpa e descontos em sua pena. Doutrinadores críticos observam que se trata na verdade de um jogo de interesses, sendo a máxima, prender para forçar a colaboração, e que por vezes, carece de idoneidade, demonstrando faticamente a incapacidade da política criminal estatal.

Beccaria (2004, p.38) nos ensina que:

“Não se pode esperar da política moral qualquer vantagem duradoura se ela não for fundada sobre os sentimentos indeléveis do homem. Qualquer lei que se afaste deles encontrará sempre uma resistência contrária que, no final, haverá de vencê-la; do mesmo modo que uma força, ainda que mínima, se aplicada continuamente, vence qualquer movimento violento comunicado a um corpo.”

A sociedade cultiva valores necessários que possibilitam a convivência pacífica de seus membros, para que possa progredir e tornar a vida social melhor. A utilização de meios moralmente reprováveis contribuirá para que o Estado perca a confiabilidade que os cidadãos depositaram nele séculos atrás. Instalar-se-á, então, um clima pernicioso que pode levar ao enfraquecimento do Estado e, numa visão pessimista, à volta ao estado pré-contratualista de violência citado por Hobbes. Há grande receio que isso aconteça. Basta estudar a história para recordar-se das consequências danosas daquela época anterior ao contrato social. (NUÑEZ, 2010).

Continua o autor, ao afirmar que “lutou-se muito para chegar num ponto do processo evolutivo social aceitável por todos como dogma para balizar suas vidas, não devendo ser abandonado ou flexibilizado sob risco de involução”.

Ademais, são pontos negativos a serem considerados sobre a delação premiada, segundo o excelso doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 690):

“a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor

do que os delatados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele; c) a traição, em regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, que, no universo do delito, fala mais alto; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais.”

O d. doutrinador Luiz Flávio Gomes assevera que a delação premiada possui um futuro cada vez mais promissor “na medida em que se agrava a falência da máquina investigativa do Estado. Quanto mais o Estado é dotado de capacidade investigativa menos necessita da delação dos criminosos. E vice-versa.” (GOMES, 2010). Para Salo de Carvalho e Camile Eltz de Lima (2009, p. 242), a delação premiada “revela a inaptidão e o despreparo das agências repressivas no que tange a inteligência na investigação criminal”.

Nessa senda, é sabido que ao longo da história a sociedade lutou por direitos, e eis, que estes estão dotados de valores sociais e morais que segundo alguns juristas, o Estado não pode barganhar ou flexibilizar-se com a criminalidade, bem como deve respeitar os princípios constitucionais e seus respectivos valores intrínsecos.

### 3.2 Aspectos positivos – Prêmios

Malgrado ao posicionamento crítico sobre o instituto da delação premiada, por esta ferir princípios e valores éticos e morais, estes não merecem prosperar, haja vista os benefícios e contribuições que o instituto traz às investigações, em especial em crimes que envolvam corrupção política.

Como se sabe, o Brasil vive seu momento mais crítico, sendo palco de um dos maiores escândalos de corrupções já vistos em sua história. Em especial, a corrupção política, é sistêmica e está enraizada no sistema jurídico-político, gerando profundas feridas, que somente poderão ser curadas seguindo a observância e aplicação estrita da legislação penal e processual, utilizando-se assim de mecanismos dispostos ao combate à criminalidade.

Nessa senda, é de salutar importância entender que o instituto da delação premiada surge como um caminho para aplicação da lei, a fim de repudiar a impunidade vivenciada por esses crimes que há muito assolam o país.

Frisa-se que a delação premiada trata-se de um novo instituto jurídico, uma técnica jamais vista com tanta intensidade no ordenamento brasileiro, tomando como base a operação Lava Jato da Polícia Federal em 2014, com o cumprimento de inúmeros mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva, sendo assim, referida operação contou com os delatores colaborando com a operação no combate ao esquema de lavagem de dinheiro.

Dessa forma coadunamos com o entendimento do Juiz Federal Fernando Sergio Moro (2004, p.58), que conduz o processo da Operação Lava Jato, *in verbis*:

“Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio.”

Ainda, posiciona-se favorável a utilização do instituto da delação premiada como instrumento que garante mais benefícios aos colaboradores, bem como quanto à coletividade, referido autor enfatiza que:

“Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, **não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito.** O próprio isolamento do investigado faz-se apenas na medida em que permitido pela lei. O interrogatório em separado, por sua vez, é técnica de investigação que encontra amparo inclusive na legislação pátria (art. 189, Código de Processo Penal). (...). Um investigado ou acusado submetido a uma situação de pressão poderia, para livrar-se dela, mentir a respeito do envolvimento de terceiros em crime. Entretanto, cabível aqui não é a condenação do uso da delação premiada, mas sim tomar-se o devido cuidado para se obter a confirmação dos fatos por ela revelados por meio de fontes independentes de prova.” (MORO, 2004, p.58). Grifo nosso.

Ponderou ainda o juiz Federal<sup>3</sup>:

“Você utilizar um criminoso contra os seus pares é uma técnica de investigação. Existem problemas, sim, mas é uma técnica de investigação que segue um critério puramente pragmático. Muitas vezes, a única pessoa que pode revelar os crimes são os próprios criminosos. Os crimes, normalmente, não são cometidos em conventos, você não pode chamar a freira para depor como testemunha, e nem são cometidos no céu, você não pode chamar os anjos. Então, vocês vão chamar criminosos para testemunhar contra seus pares. Se esse é o meio necessário para se pegar o grande chefe, se é necessário fazer um acordo, então esse é um caminho possível de ser percorrido. A primeira delas, a primeira regra na colaboração é: nunca confie num criminoso. Não é pelo fato de ele resolver colaborar que ele se torna pessoa absolutamente confiável. É uma regra importante na colaboração premiada. Tudo o que o colaborador disser precisa encontrar prova de corroboração”.

Nada mais acertado que as críticas não devam ser levadas adiante, não há qualquer óbice moral ou traição à pátria, em querer buscar obter a verdade do investigado, utilizando-se de declarações voluntárias que auxiliam na persecução penal.

Cabível aqui enfatizar o entendimento do Ribeiro (2010, p.81), “ao valorizar a ética moral de criminosos deixando de lado a delação premiada é fechar os olhos para a segurança social e a impunidade em relação às organizações criminosas, o que certamente seria mais nefasto”.

Nesse diapasão, e *a contrario sensu*, a delação premiada para seus defensores, pondera interesses do Estado Democrático de Direito e de inegável relevância jurídica ao Direito Processual Penal, tratando-se de um benefício instituído por lei, pois de acordo com a Lei n. 12.850/2013, a delação ocorreria quanto àqueles que conhecem o esquema e dispõe-se a denunciar coautores e partícipes, podendo ser considerada como um “prêmio”, e, uma forma indispensável ao combate da criminalidade organizada.

Trata-se na verdade de uma política-criminal perpetrada pelo Estado em prol da sociedade, considerada como um instrumento de incentivo ao investigado-acusado a se arrepender e contribuir à investigação ou processo criminal, além de ser uma técnica de promoção aos direitos sociais do cidadão, como a paz social, garantindo-lhe bem-estar, com vistas a extirpar o sentimento de impunidade.

Ademais, rebatendo os opositores deste instituto, não hesitamos em pronunciar que a prisão cautelar do acusado para que possa colaborar, não possui qualquer vínculo entre ambos, pois ele também poderá colaborar estando solto, em conformidade com a legislação pertinente, não acarretando nenhum prejuízo em seus direitos constitucionais.

<sup>3</sup> Estadão. Para pegar o grande chefe a delação é caminho possível. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-pegar-o-grande-chefe-a-delaçao-e-caminho-possivel-diz-moro>. Acesso em: 01 mar.2016.

Outrora a Justiça não poderá subordinar-se às organizações criminosas, sendo conivente com seu silêncio, sob o refutável argumento de estar apoiando a traição de criminosos ou ferindo valores sociais; certamente tal assertiva deve ser repudiada pelo Estado Democrático a fim de extirpar o ciclo vicioso de delitos que deixam cicatrizes profundas em toda a nação.

Assim, é um mal necessário, enquanto forma mais eficaz de se acabar com as organizações criminosas, bem como com quadrilhas hoje existentes. (MARCÃO, 2005, p.107).

Posição semelhante é adotada pelo excelso doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 690-691):

“a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem com as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber pena mais severa. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a *traição de bons propósitos*, agindo *contra* o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei 9.099/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, o que seria um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada.”

Ademais, segundo doutrinador acima, parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e se dispõem a denunciar coautores e partícipes. No universo dos seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos a nossa análise para o âmbito do crime. Cuida-se de um cenário desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. (NUCCI, 2008).

Depreende-se então, que manter entendimento diverso sob a assertiva da aplicação do instituto da delação premiada, visando “preservar” tão somente a ética e a moral, certamente é mácula de tamanha grandeza, visto que não pode ser tolerada por nenhum órgão jurisdicional afinado com o regramento constitucional vigente, a fim de salvaguardar a dignidade da justiça, valor indispensável à sociedade e diretriz basilar de nosso sistema legal.

Assevera ainda, Guilherme de Souza Nucci (2008):

“A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico *prêmio* ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos

alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria *moralmente* aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada.”

Acredita-se que a delação premiada é uma prática jurídica penal no Brasil, que busca aspirações aos delegados, promotores e juízes, pois torna-se um importante instrumento para o combate das organizações criminosas, bem como forçoso reconhecer que falar em ética de criminosos é um enorme contrassenso, visto que o combate à criminalidade deve-se sobrepor ao silêncio do criminoso e eventuais críticas à valores da sociedade.

Dito isto, e ante a realidade jurídico-social ora enfrentada pelo referido instituto, mister reconhecer que o Estado não pode ficar adstrito aos conceitos de controle social como moral e ética, e sobrepujar ou barganhar a criminalidade.

Assim, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 515) ao afirmar: “parece nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral.” E ainda:

“Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis.”

Visando conferir mais efetividade à aplicação do instituto, não se pode prender a ideia de controle social, como ética e moral. Na verdade, o direito está baseado em normas que, por vez, encontram-se esculpidas nas legislações que regulam a delação premiada, prevendo maior coerção aos atos criminais contrários às leis, devendo ter seu valor e aplicação reconhecida pelo Estado e pela coletividade.

Discorrendo ainda sobre os prós da delação premiada, Renato Brasileiro Lima (2014, p. 516), enfatiza que:

“A existência da colaboração premiada representa o reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte propria* todos os delitos praticados, a doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da ‘lei do silêncio’ que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.”

Sem maiores delongas, imperioso destacar que a delação premiada como prática policial e judicial brasileira tem sido útil e de extrema valia para política criminal, trazendo uma resposta rápida aos anseios da sociedade. Os principais atores do contexto fático (juízes, promotores, delegados, policiais, advogados, réus, testemunhas, etc), possuem discursos comprometidos e com interesses específicos, cada qual ocupando seu papel primordial ao combate da criminalidade.

#### 4 PRÊMIOS LEGAIS

O prêmio legal retratado ao instituto da delação premiada e concedido aos delatores vai desde a diminuição da pena até o perdão judicial. Na verdade, isso passará pelo crivo do magistrado, que decidirá a melhor medida a ser aplicada ao caso concreto.

Os dispositivos no direito pátrio que tratam dos prêmios legais da delação premiada encontram-se firmados na Lei n.8072/90, art. 8º, parágrafo único; CP, art. 159, § 4º; revogada Lei n. 9.034/95, art. 6º; Lei n. 7.492/86, art. 25, § 2º; Lei n. 8.137/90, art.16, parágrafo único – referidas leis ofereciam o prêmio legal da diminuição da pena, de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Por conseguinte, eis que surge a Lei dos crimes de Lavagem de Dinheiro Lei n. 9.613/98, que traz uma grande inovação ao tratar dos prêmios legais concedidos aos delatores, *in verbis*:

“Art. 1º § 5º: A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

Através da interpretação pormenores, observamos que o coautor ou partícipe, poderá colaborar com as investigações, indicando dos demais autores da prática criminosa, locais, certas condutas, auxiliando à apuração das infrações penais, tudo aliado à efetiva facilitação ao desmantelamento da organização criminosa; sendo assim, referidos investigados serão colaborados, bem como poderão receber ao fim o devido prêmio legal.

Com o advento da Lei n. 12.683/12, esta trouxe alterações na redação da Lei de Lavagem de Capitais, bem como com a nova Lei de Organizações Criminosas sob o n. 12.850/13 que ampliou o rol dos prêmios legais passíveis de concessão aos delatores.

Nesse ínterim, o artigo 4º da Lei n. 12.850, que dispõe sobre as organizações criminosas e prevê que “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Dito isto, caso não haja nenhum dos resultados alcançados acima para a investigação, o acordo será frustrado por parte do colaborador, e não obterá o êxito para aplicação do direito premial.

Ademais, os seguintes prêmios legais, passíveis de concessão tanto na fase de investigação quanto na fase judicial, são:

- i) Diminuição da pena, que pode variar de 1/6 (menor diminuição do CP) até 2/3;
- ii) Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 4º *caput*, Lei 12.850), ainda que ausentes os requisitos do art. 44 do CP;
- iii) Perdão judicial (art. 4º, § 2º);
- iv) Sobrestamento do prazo para o oferecimento da denúncia ou suspensão do processo por até 6 meses, prorrogável por igual período, suspendendo-se o prazo prescricional (art. 4º, § 3º);
- v) Não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º).

vi) Possibilidade de progressão de regimes, ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Mister enaltecer, que a delação premiada é um direito público subjetivo do colaborador desde que preenchidos requisitos específicos previstos nos diplomas legais, tais benesses, tem sua incidência obrigatória não ficando a cargo do magistrado pontuá-las ou não, ficando apenas adstrito ao aspecto da regularidade, legalidade e voluntariedade.

Conforme o entendimento de Walter Barbosa Bittar (2011, p.145):

“[...] nas hipóteses em que o réu atenda aos requisitos e pressupostos da delação premiada, não poderá o magistrado ignorar os beneplácitos mais favoráveis e disciplinados nos art. 13 e 14 da lei 9807/99, aplicável também à Lei 11.343/06 e a qualquer outro diploma repressivo legal brasileiro.”

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal tem entendido em diversos julgados, a concessão de qualquer um desses prêmios legais, bem como reconhecendo ser de aplicação obrigatória, pois se trata de um direito subjetivo do colaborador, senão vejamos:

“[...] a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou auto acobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade” (HC nº 99.736/DF, 1ª Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10).

Também, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o colaborador tem direito subjetivo aos prêmios acordados ou previstos em lei.

“*HABEAS CORPUS*. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N.º 9.807/99. APELAÇÃO. JULGAMENTO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. 1. Ao contrário do que afirma o acórdão ora vergastado, não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante da confissão, na 2.ª fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3.ª etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena. 2. **Também ao contrário do que afirma o acórdão ora objurgado, preenchidos os requisitos da delação premiada, previstos no art. 14 da Lei n.º 9.807/99, sua incidência é obrigatória. (...)** 4. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, mantida a condenação, determinar seja rejeitada a apelação defensiva, com a efetiva análise do pedido de aplicação do benefício previsto no art. 14, da Lei n.º 9.807/99, afastados os óbices anteriormente levantados pela Corte estadual, decidindo como entender de direito.” (HC 84.609/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010). Grifo nosso.

Não por outra razão, Frederico Valdez Pereira (2014, p.138) assenta que, tendo o colaborador auxiliado as autoridades, revelando os fatos de que tinha conhecimento, a incidência do benefício estipulado não constitui mero exercício de discricionariedade judicial, mas sim direito subjetivo a seu recebimento. Para esse autor:

“O acordo preliminar homologado judicialmente não importa a concessão antecipada do benefício, mas significa que, preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo”.

Nesse segmento, continua o autor,

“Reconhecidos em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício. Com a renúncia do direito constitucional ao silêncio em benefício da investigação, não há como se afastar a concessão do benefício, o qual terá a sua dimensão definida no caso concreto, sujeita até mesmo a recurso à instância superior quando houver insatisfação de uma das partes.” (PEREIRA, 2014, 193).

É cediço, que a delação premiada é um instrumento de política-criminal perpetrada pelo Estado, bem como possui preceitos legais de direito premial, que motivam a prática dos acordos, cujas benesses são tidas como direito subjetivo do delator, que ao ser realizada de forma efetiva, útil, espontânea, capaz de produzir esclarecimentos do crime, desmantelamento de organizações criminosas e etc., será objeto de subsunção dos órgãos jurisdicionais competentes, possuindo incidência obrigatória.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sopesando os argumentos presentes, conclui-se que a magnitude do tema delação premiada possui inúmeras controvérsias, pois desperta em seus admiradores olhares mais honestos, em razão das circunstâncias favoráveis ao combate à criminalidade organizada, vez que são sobejamente mais ricas.

Malgrado as acaloradas discussões sobre o tema, verifica-se que a aplicação do instituto da delação premiada trará mais vantagens em prol da sociedade e do Estado, visto que, amparado pela legislação vigente, possui fundamentos de preceitos legais de direito premial, constituindo um incentivo para elucidação dos crimes, facilitando o desmantelamento de organizações criminosas enraizadas na estrutura política-criminal do país.

Nessa senda, observamos que o coautor ou partícipe poderá colaborar com as investigações, indicando os demais autores da prática criminosa, como locais, certas condutas, auxiliando na apuração das infrações penais, tudo aliado à efetiva facilitação ao desmantelamento da organização criminosa; sendo assim, referidos investigados serão delatores, os quais, cumpridos os requisitos mínimos legais para sua obtenção, deverão receber uma sanção menos grave (perdão judicial, diminuição de pena, abrandamento de regime prisional, aplicação de pena restritiva de direitos).

À vista disso, a perspectiva ética e moral, o silêncio do criminoso e eventuais críticas aos valores da sociedade não poderão se sobrepor à satisfação da pretensão punitiva, uma vez que o Estado não deve ficar adstrito aos conceitos de controle social como moral e ética e sobrepujar ou barganhar a criminalidade.

Desta feita, é possível depreender que manter entendimento diverso sob a assertiva da aplicação do instituto da delação premiada, visando “preservar” tão somente a ética e a moral, certamente é mácula de tamanha grandeza, visto que não pode ser tolerado por nenhum órgão jurisdicional afinado com o regramento constitucional vigente, a fim de salvaguardar a dignidade da justiça, valor indispensável à sociedade e diretriz basilar de nosso sistema legal.

## 6 REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Mateus. Português. **Bíblia sagrada**: contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun.2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 84.609/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jun.2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 90962 SP 2007/0221730-9, Relator: Ministro Haroldo Rodrigues, Data de Julgamento: 19/05/2011, T6 – Sexta Turma, data de publicação: DJe 22/06/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jun.2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011. p.145.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 3**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. **Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática**. In: Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da constituição da república. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça colaborativa e delação premiada**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Origens da Delação Premiada e da Justiça consensuada**. Jornal Carta Forense, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-delacao-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>. Acesso em: 19 maio 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014 .

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm 2014.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 7, p. 103-107, ago./set. 2005.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul-set, 2004.

\_\_\_\_\_. Para pegar o grande chefe a delação é caminho possível. **Estadão**, São Paulo, 31 ago.2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-pegar-o-grande-chefe-a-delacao-e-caminho-possivel-diz-moro>. Acesso em: 01 mar.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 778.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed.rev., atual e ampl.- vol.2 – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **A delação no processo penal**. Publicado em 01/08/2008. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/a-delacao-no-processo-penal/1219>. Acesso em: 19 mai.2016.

NUÑEZ, Ricardo Tannenbaum. **Análise crítica da delação premiada como meio de combate às organizações criminosas**. 2010. Disponível em: <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle>. Acesso: 22 mar.2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 138.

RIBEIRO, Sérgio Dayrell. Aspectos controversos da delação premiada. **Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, v.2, n.2, 77-84, nov. 2010. Disponível em: [www.fapam.edu.br/revista](http://www.fapam.edu.br/revista). Acesso em: 22 mar.2016.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre o instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n.537, p. 5-11, ago. 2008. p. 5.

Rudolf Von Ihering *apud* CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de. Delação premiada. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 9, n. 208, p. 24-33, set. 2005. p. 25.

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



**4ª Câmara Cível****Agravo Regimental nº 0012412-04.2010.8.12.0001/50000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – PRESCRIÇÃO INOCORRENTE – MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO ARESP 709.212/DF, PELO STF – CONVOCAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES – APLICAÇÃO DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC – CONTRATAÇÃO IRREGULAR, INDEPENDENTEMENTE DO CONTRATO SER REGIDO PELA CLT OU REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO – RENOVAÇÕES SUCESSIVAS – NULIDADE JURÍDICA QUALIFICADA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO RECONHECENDO O DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS (RE 705/140/RS E 596.478/RR) – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – LEI N. 9.494/97 (COM A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS ADIs 4357 E 4425) – JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO – ACÓRDÃO RETIFICADO – APELO CONHECIDO E PROVIDO.

É cabível a retratação por parte do Tribunal de origem, com fundamento no art. 543-B, § 3º, do CPC/73, nos casos em que o acórdão prolatado for divergente do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário versando sobre a questão paradigma.

No julgamento do RE n. 596.478, e julgados posteriores que lhe fazem referência, as turmas do Supremo Tribunal Federal posicionaram-se no sentido de que mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS sobre o salário pelos serviços prestados, aplicando o que dispõe o art. 19-A da Lei n. 8.036/90, declarado constitucional, aos casos de contratações temporárias, por convocação, sem concurso público.

**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 exercer o juízo de retratação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de setembro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Daniel Rocha do Espírito Santo e outros interpuseram agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento de plano ao apelo dos autores/apelantes/agravantes, em razão de sua improcedência e estar em confronto com jurisprudência dominante.

Em suas razões recursais, alegam, em síntese, que a decisão é nula porque não ocorreu qualquer uma das hipóteses do art. 557, *caput*, do CPC/73, uma vez que pretendem o pagamento do FGTS como forma de indenização pelo enriquecimento ilícito auferido pelo Estado agravado, ao desvirtuar norma constitucional e praticar ato ilegal.

Ao final, requereram o provimento do regimental.

Em razão da decisão do Vice-Presidente deste E. Tribunal (fls. 520/521), foi determinado o retorno dos autos à 4ª Câmara Cível, para nova análise da questão, em cumprimento ao art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 596.478/RR e n. 705.140/RS, que consideraram devidos os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em inobservância ao art. 37, § 2º, da Constituição Federal.

## VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Daniel Rocha do Espírito Santo, Liberata Alves de Souza e Luis Cláudio de Quadros contra a decisão monocrática que negou seguimento de plano ao apelo dos autores/apelantes/agravantes, em razão de sua improcedência e estar em confronto com jurisprudência dominante.

Argumentam que a jurisprudência no caso apresentado se divide, não sendo caso para aplicação do art. 557, *caput*, do CPC/73.

Na apelação, pretendem o pagamento do FGTS como forma de indenização pelo enriquecimento ilícito auferido pelo Estado agravado, ao desvirtuar norma constitucional e praticar ato ilegal, perpetrando a convocação temporária de professores por anos, afastando o requisito da excepcionalidade do art. 37, § 2º, da Constituição da República.

Em razão do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 596.478/RR e n. 705.140/RS, que consideraram devidos os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em inobservância ao art. 37, § 2º, da Constituição Federal, os autos retornaram a esta 4ª Câmara Cível, para nova análise da questão, em cumprimento ao art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Pois bem. Muito embora se tenha reconhecido a nulidade dos contratos firmados entre as partes, foi decidido que isso não implicaria pagamento de FGTS, com as seguintes palavras:

*“No caso em apreço, muito embora se reconheça que inicialmente a Administração Pública atuou de maneira correta ao efetuar a contratação temporária dos autores, tal não foi o que ocorreu posteriormente, depois de vencidos os prazos originais das contratações.*

*Isto porque, como bem consignou o Des. Dorival Renato Pavan ao analisar situação análoga, “A prorrogação dos sucessivos contratos se fez ao arrepio da lei e também à margem da Carta Política de 1988, porque os autores foram investidos diretamente nos cargos, sem prévio concurso público, de modo que suas ocupações deveriam ser dadas de forma temporária, mas, como assim não o foi, resta desvirtuado o ato de contratação.”* (TJMS, Ap. Cível n. 2009.025450-7, 4ª Turma Cível, j. 13.10.2009).

*Contudo, não obstante a irregularidade verificada nas contratações dos recorrentes, no que tange às sucessivas prorrogações de seus contratos de trabalho, tal fato não significa que o regime jurídico a ser aplicado seja o celetista, notadamente porque preconiza a Carta Magna que a relação estabelecida entre o Poder Público e os seus servidores, lato sensu, só pode ser estatutária ou jurídico-administrativa, ou seja, não existe vínculo trabalhista entre servidor e ente federativo.*

(...)

*Trata-se, portanto, da categoria dos servidores públicos temporários, para os quais não se estendem todos os direitos trabalhistas arrolados no art. 7º do texto constitucional, mas apenas aqueles expressamente atribuídos aos servidores públicos pela própria Carta Magna, bem como pela legislação do ente contratante. Inexistindo previsão em qualquer destes diplomas normativos, não há como se estender à categoria um direito de natureza trabalhista, a exemplo do que ocorre com o pagamento do FGTS.”*

A questão dos autos cinge-se em saber se os servidores contratados em caráter temporário, fazem jus ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, cujos contratos com a Administração foram declarados nulos.

Inicialmente, considerando que foi alegada a prescrição de parcelas anteriores aos cinco anos da propositura da ação, decido tal preliminar de mérito, fazendo-se necessário aplicar a decisão obtida quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 709.212/DF, ao qual também foi imposta a sistemática do art. 243 do CPC/73, é gide sob o qual tramita o presente feito, conforme veremos:

*“Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, ARE 709212, Rel. Min. Gilmar Mender, Tribunal Pleno, Julgado em 13/11/2014, DJe 19/02/2015) (g.n.)”*

Ao decidir esse tema (608) de Repercussão Geral, por maioria, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto n. 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988<sup>1</sup>, bem como modulou-se os efeitos da decisão atribuindo-lhe efeitos *ex nunc*:

*“A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos ex nunc (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.*

*Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento.*

<sup>1</sup> XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

*Dispositivo*

Ante o exposto, fixo a tese, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, de que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.

*Por conseguinte, voto no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988*

Dessarte, entendo que, no caso, o princípio da segurança jurídica recomenda que seja mitigado o princípio da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente modulação dos efeitos da presente decisão, de modo a resguardar as legítimas expectativas dos trabalhadores brasileiros, as quais se pautavam em manifestações, até então inequívocas, do Tribunal competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição e da Corte responsável pela uniformização da legislação trabalhista.

(...)

Assim, com base nessas premissas e tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho que os efeitos da presente decisão sejam meramente prospectivos.

*Ante o exposto, conheço do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento.” (g.n.)*

Seria um contrassenso, entender que a Fazenda Pública deve pagar o FGTS, entendendo que a natureza do contrato em questão é trabalhista, e ao mesmo tempo aplicar o Decreto n. 99.684/1990.

Este Tribunal, diante da descaracterização desses contratos temporários, vem aplicando o instituto do FGTS, integralmente, ou seja, também no que se refere ao prazo prescricional:

**“(...) PREJUDICIAL DE MÉRITO - AÇÃO DE COBRANÇA - FGTS - CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO - DURAÇÃO DO CONTRATO POR VÁRIOS ANOS – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO INOCORRENTE – TERMO INICIAL DO TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DO ARESP 709212/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL – EFEITOS MODULADOS.**

*De acordo com o novo entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no ARESP 709212/DF, “à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, de que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal”. Contudo, foram dados efeitos meramente prospectivos à mencionada decisão.*

*Na hipótese dos autos, o termo a quo do transcurso do lapso temporal foi anterior a data de julgamento do acórdão em repercussão geral, de modo que abarcado todo o período trabalhado para o pretendido recolhimento do FGTS. (...) (TJMS, Apelação Cível n. 0804483-79.2014.8.12.0021, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, J. 23/06/2015, DJe 26/06/2015) – destaquei”*

Portanto, conforme decisão de julgamento, há de se observar quando se deu o termo inicial da prescrição, isto é, se antes ou depois da data do julgamento do acórdão acima citado, qual seja, 13.11.2014.

*In casu*, os servidores pleiteiam os valores de FGTS relativos aos contratos temporários firmados com o Estado desde setembro de 1997.

Nesse contexto, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 22/10/2008, antes mesmo do julgamento do ARES 709.212/DF pelo Supremo Tribunal Federal, aplica-se o então vigente prazo trintenário, uma vez iniciado 17 (dezesete) anos antes do julgamento, de modo que não há falar em decurso do prazo prescricional.

No mais, merece provimento o apelo.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito que assiste aos trabalhadores regidos pela CLT, por expressa disposição constitucional, nos termos do artigo 7º, III da Constituição da República, razão pela qual, este direito não foi expressamente estendido aos servidores públicos.

Contudo, o artigo 9º da Medida MP 2.164-41/91, ao acrescentar o artigo 19- A à Lei 8.036/90, contemplou com o FGTS o empregado investido em cargo público por ato nulo, *in verbis*:

*“Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.”*

Com efeito, ao decidir os Recursos Extraordinários n. 596.478 e n. 705.140, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que é devido o pagamento do FGTS a esses trabalhadores, conforme esses julgados e os demais que se seguiram. Vejamos:

*“Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 596.478/RR, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgado em 13/06/2012, DJe 01/03/2013) – destaquei.”*

*“CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. 1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprovava severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido. (RE 705.140/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, J. 28/08/2014, DJe 05/11/2014)”*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE DO CONTRATO. DIREITO AO RECEBIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PRECEDENTES.*

1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 596.478/RR-RG, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, concluiu que, “mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados”. 2. **Essa orientação se aplica também aos contratos temporários declarados nulos, consoante entendimento de ambas as Turmas.** 3. Agravo regimental não provido. (ARE 867.655 AgR/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, J. 04/08/2015, DJe 04/09/2015) – destaquei.”

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. **Direito Administrativo. Contratação temporária. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.** 3. Contrato por tempo indeterminado e inexistência de excepcional interesse público. Nulidade do contrato. 4. Efeitos jurídicos: pagamento do saldo salarial e levantamento de FGTS. Precedentes: RE-RG 596.478, red. do acórdão Dias Toffoli, e RE-RG 705.140, rel. min. Teori Zavascki. 5. **Aplicabilidade dessa orientação jurisprudencial aos casos de contratação em caráter temporário pela Administração Pública.** Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 863.125 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, J. 14/04/2015, DJe 06/05/2015) – destaquei.”

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. **CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS.** RE 596.478-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO. 1. **O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do RE 596.478-RG, Rel. para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1/3/2013.** 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL –CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PRAZO SUPERIOR AO ADMITIDO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - NULIDADE DO ATO - FGTS - DIREITO AO RECOLHIMENTO - PRECEDENTE DO STF. ” 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (RE 830.962 AgR/MG, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, J. 11/11/2014, DJe 25/11/2014) – destaquei.”

Assim, da análise dos aludidos arestos, conclui-se que a Corte Suprema entendeu pela constitucionalidade do art. 19-A, da Lei n. 8.036/90.

E tal entendimento foi aplicado aos casos de contratação temporária.

Outrossim, o fato da referida lei abranger somente empregados vinculados por contrato de emprego não impede a dedução do pedido, justamente porque a pretensão da autora é transmutar a natureza da relação jurídica administrativa para ser albergada pelas normas da CLT. Tanto é verdade que intentou a demanda perante a Justiça do Trabalho.

Oportuna a transcrição de trecho de decisão da lavra do e. Desembargador Dorival Renato Pavan sobre a questão, fazendo justiça a tais trabalhadores:

*‘Melhor analisando a questão em comento, entretanto, cheguei à conclusão diversa, qual seja, de que o desvirtuamento da contratação, como a ocorrida no presente caso, embora não altere o regime jurídico para o celetista, impõe à Administração Pública a obrigação de arcar com o pagamento do FGTS.*

*O entendimento anterior, de que o FGTS não seria devido dado o regime jurídico-administrativo existente entre o servidor e a Administração acabava por premiar a Administração Pública e, via de consequência, estimular a prática de contratações irregulares sucessivas.*

*De outro lado, ainda impunha àquele que se submetia a tal ilegalidade, a obrigação de trabalhar por vezes durante uma vida inteira numa área de limbo, entre os servidores concursados e entre os trabalhadores celetistas, sem qualquer vantagem de um ou de outro.*

*Mas para além das questões sociais, o fato é que há expressa previsão legal sobre a obrigatoriedade de recolhimento dessa verba em casos como o dos autos. [e cita o art. 19-A, da Lei n. 8.036/90]. (extraído da decisão monocrática proferida na Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0007544-20.2014.8.12.0008, J. 31/08/2015).”*

Destarte, a contratação temporária de professores (sem concurso público), por diversos períodos, e considerada irregular/nula, não obsta o reconhecimento dos direitos desse trabalhador ao pagamento por parte da Administração Pública, do FGTS a que tinha direito.

Outrossim, o próprio STJ, através do julgamento do recurso representativo de controvérsia n. 1.434.719/MG, firmou o mesmo entendimento acima esposto, vejamos:

*“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CONCURSO PÚBLICO. DEPÓSITO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. Cinge-se a controvérsia a decidir se há obrigatoriedade de pagamento de FGTS em caso de exoneração de servidor contratado temporariamente sem concurso público. 2. O STF entende que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado” (AI 767.024-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24.4.2012). 3. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 3.8.2009). 4. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1434719/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014)”*

Na mesma senda vem decidindo esta Corte:

*“RECURSO DE APELAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO BAIXADO PARA FINS DO § 3º DO ART. 543-B DO CPC – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – PERÍODOS CONSECUTIVOS – NULIDADE DO CONTRATO – FGTS DEVIDO – JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO – RECURSO DOS AUTORES PROVIDO. Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal “É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. (AC nº 0005345-37.2009.8.12.0019, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, 4ª Câmara Cível, Data do julgamento: 17/02/2016)”*

*“(…) MÉRITO - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE TRABALHO DE PROFESSOR TEMPORÁRIO CELEBRADO SUCESSIVAMENTE DURANTE VÁRIOS ANOS - ENTE ADMINISTRATIVO QUE OFENDEU AO ARTIGO 37, II e § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NULIDADE DO CONTRATO - AÇÃO OBJETIVANDO A PERCEPÇÃO DE FGTS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA - DIREITO DO TRABALHADOR A DESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO ARTIGO 19-A DA LEI 8.036/90 - HIPÓTESE EM QUE O FGTS AINDA ASSIM É DEVIDO DESVIRTUAMENTO NA CONTRATAÇÃO AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO DIREITO AO RECOLHIMENTO PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento, no RE com repercussão geral, sob n. 596478/RR, de que o art. 19-A da Lei 8.036/90 é constitucional e deve ser aplicado, de modo que ainda que ocorra a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem prévia aprovação em concurso público, consoante dispõe o art. 37, II da CF, subsiste para a Administração Pública o dever de depósito do FGTS ao servidor. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (AC n. 0064424-29.2009.8.12.0001, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, J. 25/08/2015, DJe 01/09/2015)”*

Nesse contexto, torna-se plenamente aplicável o disposto no art. 19-A, da Lei n. 8.036/90, revelando-se devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador durante o período trabalhado.

No caso vertente, afirmam os autores/apelantes que exerceram a função de professores contratados temporariamente, conforme o comprovante de histórico de contratações de fls. 20/119 e 153/201, ou seja, Daniel, de fevereiro de 2003 a dezembro de 2008; Liberata, de setembro de 1997 a dezembro de 2008 e Luis Cláudio, de julho de 2001 a dezembro de 2008, violando flagrantemente a Carta Magna, na medida em que, acaso a contratação fosse de nítido caráter temporário, não perduraria por tantos anos.

Desta feita, indene de dúvidas acerca do caráter contínuo e permanente da contratação, razão pela qual, impõe-se a nulidade do contrato e, por consequência, a condenação do apelado ao pagamento dos valores referentes aos depósitos do FGTS, relativamente aos anos trabalhados.

No que se refere à atualização desses valores, em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, de natureza não tributária, os valores a serem depositados deverão ser acrescidos de correção monetária e juros de mora, observando-se o disposto no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, cuja redação original, era:

*“Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.”*

Após a Lei nº 11.960/2009, a redação do artigo passou a ser:

*“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de Poupança.”*

Contudo, o Plenário da Suprema Corte, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ações diretas, ADI's 4357 e 4425, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI, para declarar por arrastamento, a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/2009, que justamente havia dado a nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, o

que ensejaria a volta das condenações contra a Fazenda Pública à sistemática anterior, como se a norma não tivesse existido, mercê do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade.

Em se tratando de verbas em favor de empregados e servidores públicos, para quem a redação original do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 era voltada, bastaria aplicar 0,5% ao mês, mais correção monetária.

Todavia, os efeitos da declaração foram modulados, conferindo-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da questão de ordem (25/03/2015).

Assim, a Primeira Seção do STJ, alinhando-se ao entendimento do STF, no julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC), estabeleceu que, a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009:

*“a) “a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança”;*

*b) “os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para a qual prevalecerão as regras específicas” (REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2.8.2013).”*

No caso dos autos, como a condenação imposta à Fazenda Pública é de natureza não tributária, fica mantida a correção monetária, mediante aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), entre 30/06/2009 (data da publicação e entrada em vigor da Lei n. 11.960/2009) a 25/03/2015, e juros nos moldes da caderneta de poupança.

Após, os valores deverão ser corrigidos pelo IPCA-E, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, e juros de mora nos termos da poupança.

Esse é o entendimento que ficou firmado no STJ:

*“A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.270.439/PR (Rel. Min. Castro Meira, DJe de 2.8.2013 recurso submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC), levando em consideração o entendimento firmado no julgamento da ADI 4.357/DF (acórdão pendente de publicação), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, no que concerne ao período posterior à sua vigência; já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADI 4357/DF), deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 4. Agravos regimentais não providos.” (AgRg no REsp 1388941/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014)*

Nas parcelas anteriores a 29/06/2009 (data da edição da Lei n. 11.960/2009), os juros de mora deverão incidir no percentual de 6% ao ano, nos termos da redação original do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, incluída pela MP n. 2.180-35, de 24/08/2001<sup>2</sup>, que acrescentou referido artigo à Lei em questão, e a correção monetária pelo INPC.

2 STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.157.503 – RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, J. 21/05/2015.

Antes de 24/08/2001, a matéria era regida pelo Decreto n. 2.322/87, de 21/11/86, cujo art. 3º, estabelecia juros de mora de 1º ao mês.

Os juros de mora deverão incidir a partir da citação e a correção monetária a partir de quando os pagamentos deveriam ter sido recolhidos, sobre os salários pagos, considerando que a legislação do FGTS implica depósitos de 8% sobre os valores dos salários pagos, não há possibilidade de recolher tal percentual sobre salários não pagos.

Diante do exposto, em juízo de retratação, retifico o acórdão anterior e dou provimento ao recurso interposto pela autora/apelante, afastando a prescrição.

Inverto os ônus de sucumbência tão somente em relação à verba honorária, ante a isenção legal das custas processuais ao Ente Público (art. 24, I, da Lei nº 3.779/2009), fixando aqueles (honorários) em R\$ 5.000,00 (cinco mil e quinhentos reais), com amparo no art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC/73, égide sob o qual ainda é considerada a tramitação do presente feito.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e exerceram o juízo de retratação, 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 Absz Duarte.

Campo Grande, 21 de setembro de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível****Agravo de Instrumento nº 1403699-48.2016.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIVERSAS MOLÉSTIAS DESDE O NASCIMENTO – PARALISIA CEREBRAL – 30 ANOS DE IDADE – ACAMADA – DIVERSAS DORES – UTILIZAÇÃO DE VARIAS DROGAS SEM EFEITOS – TUTELA DE URGÊNCIA – FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO À BASE DE CANABIDIOL – LIBERAÇÃO RECENTE PELA ANVISA – ALTO CUSTO – MEDIANTE IMPORTAÇÃO – TRATAMENTO COM USO CONTÍNUO – TUTELA CONCEDIDA E CONFIRMADA – DECISÃO REFORMADA – FÁRMACO EM CARÁTER EXPERIMENTAL – CONCESSÃO DA TUTELA SUFICIENTE PARA 1 (UM) MÊS – CONDICIONADO AO LAUDO MÉDICO DA EFICÁCIA – PENA POR DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA O SEQUESTRO DE VALORES – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Medicamento de alto custo (base Canabidiol), já foi liberado pela Anvisa, para uso terapêutico em março do ano corrente, conforme artigos e reportagens publicadas na mídia.

Constatada que a prescrição do tratamento foi determinada por médico especializado, independentemente onde foi realizada a consulta, particular ou pelo Sistema Único de Saúde, cabe aos Entes Públicos independentemente de sua natureza fornecê-los, de maneira contínua e por tempo indeterminado, bem como proporcionar todos os meios e produtos que possuam eficácia no tratamento.

Logo, não existindo outros fármacos para o tratamento das moléstias igualmente eficazes, aliado a comprovação de que a requerente já fez uso de diversas drogas e que tenha havido a ineficácia, rejeição ou algo semelhante, deverá a paciente utilizar os medicamentos necessários, mediante laudo médico, e o requerido deverá fornecer o medicamento solicitado.

Dever comum dos entes federados. Ausência de demonstração da existência na lista padronizada do SUS de medicamento similar ou genérico que pudesse substituir, sem comprometimento da eficácia do tratamento, a substância experimental que, a despeito de não contar com registro na ANVISA, apresenta, no caso, resultados efetivos no combate às moléstias.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no dia 14 de janeiro de 2015, retirou o Canabidiol da lista de substâncias proibidas no Brasil. Com isso, o Canabidiol passa a ser uma substância controlada e enquadrada na lista C1 da Portaria 344/98, que regula e define os controles e proibições de substâncias no país.

**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, em parte com o parecer.

Campo Grande, 29 de junho de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Ellen Melgarejo Vieira, inconformada com a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Fazenda e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de obrigação de fazer, que decidiu da seguinte forma:

*“O fato é que não está demonstrado nos autos qualquer embasamento de modo a obrigar o Estado e, por consequência, toda a sociedade, a custear um tratamento que, aparentemente, se apresenta como experimental, conforme, inclusive, adverte a Câmara Técnica de Saúde no laudo de f. 62/8.*

*Em síntese, no âmbito do sistema jurídico-positivo em vigor, não se encontram presentes os requisitos necessários para a concessão da medida pleiteada, isso em sede de cognição sumária. Impõe-se o indeferimento da antecipação da tutela”*

Trata-se os autos de origem de Ellen Melgarejo, 30 anos, portadora de gravíssimas enfermidades, desde o nascimento, com sequelas de paralisia cerebral quadriplégica com predominância em membros inferiores, cadeirante, acamada, com artrose de coluna tóraco-lombar, com evidente escoliose à esquerda, supranivelamento do quadril do lado direito, artroplasia resseccional da cabeça do fêmur esquerdo, joelhos em valgo, pés direito e esquerdo em rotação externa e dorsiflexão espástica, intenso quadro algico no joelho esquerdo e coluna lombar (CID's M41.4, G80.0, G55.3, R52.1).

Necessita da tutela provisória de urgência, no prazo mais exíguo possível do medicamento Real Scientifics Hemp Oil RSHO Gold 24% - Fabricante Hemp Meds, na dose prescrita, conforme laudo complementar acostado no pedido de reconsideração às fls. 118/119 – origem.

No entanto o juiz *a quo*, frisou que o médico que prescreveu o medicamento alegou não garantir uma resposta favorável mas acredita ser uma tentativa válida na melhoria dos sintomas da paciente, e que portanto a questão atinente à antecipação da tutela encontra-se dirimida em primeira instância.

O medicamento de alto custo, e a concessão da tutela visa a importação legal de Canabidiol como forma de manejo da dor persistente e não responsiva ao tratamento padrão. Frisa que o medicamento não tem parecer de liberação da Anvisa, entretanto simplificou o procedimento de importação de produtos à base de Canabidiol, pois não há registros de medicamentos no país com esse composto.

O pedido de urgência do medicamento se dá pelo delicado quadro de saúde da requerente, que está em tratamento há mais de 30 (trinta) anos, e não apresenta resposta com a utilização da medicação fornecida pelo SUS e existente no Brasil.

Trata-se de medicamento que possui o custo elevado, valor este que não pode ser suportado pela autora, não sendo comercializado no Brasil, pois trata-se de medicamento importado dos Estados Unidos, com o custo de US\$ 777,00 (setecentos e setenta e sete dólares), aproximadamente R\$ 3.108,00 (três mil cento e oito reais) por mês, o que perfaz a monta de R\$ 37.296,00 (trinta e sete mil duzentos e noventa e seis reais) por ano.

Diante disso, a requerente buscou todos os órgãos de saúde para a concessão gratuita do medicamento, todavia não obteve êxito, sendo informada pela farmacêutica da Casa da Saúde que mencionado medicamento não é fornecido pela Casa de Saúde, pois não é contemplado pela Portaria GM/MS nº 1.554/2013. Foi informada também pela farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde que o fármaco pleiteado não pertence à Portaria 1.554 e não faz parte da Resolução 105 da Remume.

A representante da prefeitura SESAU, também informou que o medicamento não é padronizado pela Secretaria Municipal de Saúde, por não ser contemplado pela Resolução nº 09/SES/MS de 11/3/201, que regulamenta os medicamentos de atenção básica e em virtude de pactuação CIB/Estadual. Tudo conforme comprovam os documentos em anexo, fato este que pode acarretar danos irreparáveis à saúde e à vida da autora.

Ressalte-se que os medicamentos existentes na rede pública já foram utilizados, por isto a necessidade de ação judicial e que a receita do medicamento prescrito possui data de 06.08.2015.

A tutela recursal foi concedida às fls. 23/26, informações do juiz singular às fls. 31/32, manifestação da DPGE às fls. 34, contraminuta às fls. 35/51 e manifestação da PGJ às fls. 55/65 opinando pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

A decisão objeto do presente recurso foi proferida em 07 de março de 2016. Tal digressão é necessária para que se estabeleça a regra aplicável ao processamento e julgamento deste recuso, ante as grandes alterações advindas com a vigência do novo código de processo civil - Lei n.º 13.105/2015.

Assim, verificando que a decisão foi proferida quando ainda em vigor a lei n.º 5.869/73 (Código de Processo Civil -1973), e que o prazo final para a sua interposição se findou na vigência do Novo Código, entretanto as questões relativas a admissibilidade e processamento deste recurso submetem-se ao regramento previsto no Código de 73.

Nesse sentido trago a baila os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>1</sup>:

*“(...) Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recursos: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso.”*

Presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Na situação vertente, a ação objetivou promover o fornecimento do medicamento que se faz necessário para o devido restabelecimento da saúde da paciente Ellen Melgarejo Vieira, que faz tratamento em razão de ser portadora de gravíssimas enfermidades, desde o nascimento, com sequelas de paralisia cerebral quadriplégica com predominância em membros inferiores, cadeirante, acamada, com artrose de coluna tóraco-lombar, com evidente escoliose à esquerda, supranivelamento do quadril do lado direito, artroplasia resseccional da cabeça do fêmur esquerdo, joelhos em valgo, pés direito e esquerdo em rotação externa e dorsiflexão espástica, intenso quadro algico no joelho esquerdo e coluna lombar, e em razão de sua enfermidade foi-lhe recomendado a aplicação do medicamento Real Scientifics Hemp Oil Rsho Gold 24% - Fabricante Hemp Meds, na dose prescrita.

O medicamento é de alto custo, e a concessão da tutela visa a importação legal de Canabidiol como forma de manejo da dor persistente e não responsiva ao tratamento padrão. Frisa que o medicamento não tem parecer de liberação da Anvisa, entretanto simplificou o procedimento de importação de produtos à base de Canabidiol, pois não há registros de medicamentos no país com esse composto.

<sup>1</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.235.

No entanto, o medicamento já foi liberado pela Anvisa, para uso terapêutico em março do ano corrente, conforme artigos e reportagens publicadas na mídia. Para compartilhar esse conteúdo, por favor utilize o link <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/03/1752336-anvisa-autoriza-prescricao-de-remedio-com-thc-principio-ativo-da-maconha.shtml> ou as ferramentas oferecidas na página.

#### Da obrigação do ente público

Constatada que a prescrição do tratamento foi determinada por médico especializado, independentemente onde foi realizada a consulta, particular ou pelo Sistema Único de Saúde, cabe aos entes públicos independentemente de sua natureza fornecê-los, de maneira contínua e por tempo indeterminado, bem como proporcionar todos os meios e produtos que possuam eficácia no tratamento.

Ademais, diante da possibilidade de eventual conflito de princípios constitucionais, devem prevalecer o do direito à vida e à saúde, e o da dignidade da pessoa humana, porquanto sobrepujam a quaisquer outros que possam ser invocados, como o da supremacia do interesse público sobre o privado.

A respeito da questão, confira-se julgados deste Tribunal de Justiça:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – DECISÃO COMINATÓRIA – MULTA DIÁRIA – APLICABILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...). Comprovando a parte a necessidade de utilização de medicamento, prescrito por médico habilitado, além de não possuir condições econômicas para suportar os custos do tratamento, deve o Estado fornecer o remédio, porquanto todas as pessoas têm direito à saúde. Sempre que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é possível, antes do julgamento da lide, a concessão da liminar, mesmo contra o poder público, como meio de assegurar a estabilidade das partes e de garantir a eficácia da tutela jurídica definitiva. (...).”* (Agravado de Instrumento nº 4010348-48.2013.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 12 de dezembro de 2013)

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 assegurou, no rol dos direitos sociais, que todos têm direito à saúde, independentemente de qualquer contribuição, nos seguintes termos:

*“Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”.*

Ainda, o art. 6º da Carta Magna prescreve que:

*“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição”.*

Importa também destacar que esse direito atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 5º, § 1º:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)*

*§ 1º **As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.** (...).”* - destaquei

Analisando os dispositivos acima colacionados, chega-se à conclusão de que o legislador constituinte pretendeu colocar a saúde em grau de hierarquia superior a tantos outros temas tratados, tanto que a erigiu entre os princípios fundamentais.

À vista disso, numa ordem constitucional cujo núcleo axiológico é a dignidade da pessoa humana, inaceitável que um direito constitucionalmente garantido seja prejudicado pela submissão à formalidades e falta de orçamento nas verbas públicas, isso em qualquer situação em que fique suficientemente demonstrada a necessidade de concessão da tutela pleiteada.

Não obstante a tutela constitucional do direito à saúde, para se valer de tal prerrogativa impõe-se a comprovação documental, através de laudo prescrito por médico habilitado, atestando o estado de saúde, a necessidade do tratamento médico e do fornecimento da medicação, o qual foi expressamente demonstrado.

Sobre os fatos alegados na exordial, aliada a ausência de provas acerca da imprescindibilidade do medicamento solicitado, a agravante informou que, vem tentando durante 30 anos, o uso de diversos fármacos, tanto particulares quanto fornecidos na rede pública e que não há mais esperança no tratamento convencional, pois os mesmos não surtem mais o efeito.

Logo, não existindo outros fármacos para o tratamento das moléstias igualmente eficazes, aliado a comprovação de que a requerente já fez uso de diversas drogas e que tenha havido a ineficácia, rejeição ou algo semelhante, deverá a paciente utilizar os medicamentos necessários, mediante laudo médico, e o requerido deverá fornecer o medicamento solicitado.

#### Mérito

Tem-se que o medicamento pleiteado possui liberação recente da ANVISA e somente pode ser adquirido mediante importação. Demais disso, conforme dados colacionados pela autora, o medicamento pleiteado tem o valor aproximado de US\$ 777,00 o tubo, sendo que lhe foi recomendado o uso contínuo e ininterrupto de 3 tubos por mês, sendo o valor total do tratamento por mês de aproximadamente R\$ 37.296,00.

Após examinar os elementos probatórios carreados aos autos, verifica-se que ficou comprovada a necessidade e a urgência em fornecer à paciente Ellen Melgarejo Vieira, o fármaco Real Scientifics Hemp Oil Rsho Gold 24%, para o tratamento de suas doenças.

O neurologista Luiz Carlos Büchele, que atualmente acompanha o quadro clínico da agravante, foi claro em afirmar a necessidade do medicamento almejado. Ora, se os medicamentos disponíveis na rede pública de saúde não se mostram eficazes no tratamento das enfermidades da recorrente, é obrigação constitucional do Poder Público buscar tratamentos alternativos, objetivando assegurar não só a manutenção da vida da recorrente, mas também de seu bem-estar geral e dignidade.

Assim, como os fármacos à base de Canabidiol ainda não são fabricados no Brasil, a jurisprudência pátria tem determinado que o Poder Público, quando comprovada a imprescindibilidade de sua utilização, realize a importação, para garantir materialmente o direito constitucional à saúde.

E, diante da prescrição médica indicando o uso do medicamento pretendido, tenho que a ausência de registro do fármaco na ANVISA, não se constitui em causa impeditiva para o deferimento do pedido liminar. Porém, sabe-se que o mesmo não compõe mais a lista dos medicamentos proibidos, sendo liberado sua comercialização/importação.

*“ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CANABIDIOL/HEMPOIL. ANTECIPAÇÃO DO EFEITO DA TUTELA. RESTRIÇÕES. INEXISTÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA.*

*EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL PARA IMPORTAÇÃO. PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. O disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº. 8.437/92 c/c 1º da Lei nº 9.494/97, no sentido da proibição do deferimento de medida liminar que seja satisfativa ou esgote o objeto do processo, no todo ou em parte, não importa na proibição do deferimento de antecipação da tutela em demandas onde postulado o fornecimento de prestações de saúde, consoante precedentes jurisprudenciais. Não constitui, a ausência de registro do Hemp oil (RSHO – Canabidiol CBD) na Anvisa, impedimento ao respectivo fornecimento, eis que se trata de fármaco com autorização excepcional de importação deferida pela agência em diversas oportunidades, inclusive no caso concreto. Faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e da ausência de alternativa terapêutica. Afastada a exigência de prévia prova pericial tendo com consta a situação excepcional tratada nos autos.” (TRF4, AG 5027401-46.2014.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 12/12/2014)*

Com efeito, faz jus ao fornecimento de medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco. No presente caso, para além destes dois requisitos, ainda se verifica que diversas combinações de medicamentos já foram utilizadas, sem sucesso, na tentativa de controle das crises e dores crônicas da agravante.

E, em casos como o presente, a agência de vigilância sanitária (ANVISA) tem autorizado, excepcionalmente, a importação deste fármaco para tratamento de pessoas com crises convulsivas de difícil controle.

Tais fatos, somados ao fato de que o fármaco se destina a uma pessoa que sofre desde o nascimento, que, segundo laudo médico, tem agravado seu quadro de saúde, entendo que se deva confirmar a tutela ora concedida, ao menos em caráter experimental.

Logo, confirmo a tutela concedida do fornecimento do medicamento suficiente para 1 (um) mês, aguardando-se o resultado de sua eficácia, devendo a agravante informar mediante laudo médico ao juiz *a quo*, a eficiência do referido fármaco ante às enfermidades que atingem a recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para que o Estado seja compelido a fornecer o medicamento Real Scientifics Hemp Oil Rsho Gold 24%, na dosagem prescrita necessária para 1 (um) mês, em caráter experimental, sob pena de sequestro de valores para garantia do cumprimento da obrigação.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer.

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. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 29 de junho de 2016.

\*\*\*

### 3ª Seção Cível

## Mandado de Segurança nº 1405561-54.2016.8.12.0000 - Campo Grande Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO ADMINISTRATIVO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – REPROVAÇÃO EM EXAME FÍSICO – LIMINAR DEFERIDA PARA PROSSEGUIR DEMAIS FASES – SENTENÇA DE MÉRITO – IMPROCEDÊNCIA – EXCLUSÃO DO IMPETRANTE DO SERVIÇO PÚBLICO – CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL – TEORIA DO FATO CONSUMADO – INAPLICABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.

Candidato aprovado em curso de formação, nas fases posteriores ao certame, por força de liminar, por ter sido reprovado em fase anterior, cuja sentença de mérito posteriormente julgou improcedentes seus pedidos, não possui direito líquido e certo à permanência no serviço, uma vez que a decisão era provisória e precária, não sendo caso de aplicação da teoria do fato consumado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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. Ausente, por férias, o Des. Wilson Bertelli.

Campo Grande, 19 de setembro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Douglas Cordeiro Ramiro impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato reputado ilegal do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

O impetrante foi aprovado nas primeiras fases do concurso público de provas para ingresso no curso de formação de soldados PM/2013, mas foi considerado inapto no exame de capacitação física, e assim foi impedido de participar das fases posteriores.

Interpôs recurso administrativo, mas não obteve êxito, ajuizou, então ação declaratória com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela perante o Juizado Especial da Fazenda Pública e obteve a concessão de liminar da antecipação dos efeitos da tutela, para prosseguir nas demais fases do concurso na qualidade *sub judice*, até a decisão final de mérito da ação.

Nesse ínterim, sob a égide da liminar, atendeu aos requisitos das fases posteriores, tendo sido nomeado, assumindo e exercendo a função de soldado da Polícia Militar.

Sobreveio a sentença de mérito dessa ação, julgando improcedentes os pedidos do autor. Tal sentença pende de trânsito em julgado, na medida em que foi aviado recurso extraordinário, ainda não apreciado.

Em decorrência disso foi intimado de que será excluído do serviço militar (fls. 30/31).

Aduz na inicial do presente mandado de segurança, que a discussão relativa à sua desclassificação no concurso restou superada diante da consumação do fato pleiteado (teoria do fato consumado).

A liminar não foi concedida (fls. 816/817).

Requer a concessão da segurança, para reconhecer a ilegalidade apontada, determinando que as autoridades coatoras se abstenham definitivamente de excluir o impetrante das fileiras da gloriosa Polícia Militar de MS.

Em informações (fls. 829/840), as autoridades coatoras, representadas pela pessoa jurídica de direito público a que fazem parte, pugnaram pela denegação da segurança, ante a inaplicabilidade da teoria do fato consumado.

Igualmente, o Ministério Público, pugna pela denegação da segurança, por meio da manifestação de fls. 845/852.

## VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Douglas Cordeiro Ramiro contra ato reputado ilegal do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, por ter sido intimado de que será excluído do serviço militar (fls. 30/31).

Embora o impetrante tenha sido aprovado nas primeiras fases do concurso público de provas para ingresso no curso de formação de soldados PM/2013, foi reprovado no exame de capacitação física, e assim foi impedido de participar das fases posteriores.

Ajuizou ação declaratória com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela perante o Juizado Especial da Fazenda Pública e obteve a concessão de liminar da antecipação dos efeitos da tutela, para prosseguir nas demais fases do concurso na qualidade *sub judice*, até a decisão final de mérito da ação.

Nesse ínterim, sob a égide da liminar, atendeu aos requisitos das fases posteriores, tendo sido nomeado, assumindo e exercendo a função de soldado da Polícia Militar.

No entanto, o autor não logrou êxito na ação, sobrevivendo sentença de mérito naquela ação, julgando improcedentes seus pedidos, revogando-se a liminar. Tal sentença pende de trânsito em julgado, na medida em que foi aviado recurso extraordinário, ainda não apreciado.

Requer a concessão da segurança, para reconhecer a ilegalidade apontada, determinando que as autoridades coatoras se abstenham definitivamente de excluir o impetrante das fileiras da gloriosa Polícia Militar de MS.

Em informações (fls. 829/840), as autoridades coatoras, representadas pela pessoa jurídica de direito público a que fazem parte, pugnaram pela denegação da segurança, ante a inaplicabilidade da teoria do fato consumado.

Igualmente, o Ministério Público, pugna pela denegação da segurança, por meio da manifestação de fls. 845/852.

Não obstante os argumentos oferecidos pelo impetrante, não há como acatar a pretensão em voga.

Por meio deste *mandamus*, pretende o impetrante que a teoria do fato consumado se sobreponha à sentença de mérito de primeiro grau, confirmada em segundo grau, que sobreveio à concessão daquela antecipação de tutela, argumentando que a discussão relativa à sua reprovação no teste físico, restou superada diante da consumação do fato, vale dizer, arvora-se no direito de permanecer no serviço porque concluiu as demais etapas do certame (cursos de formação), encerrando por isso a necessidade de discussão acerca de sua reprovação do teste de aptidão física.

Como bem observou a Procuradora-Geral de Justiça: “*Trata-se, em suma, de manejar mandado de segurança para, em última análise, descumprir a sentença e o acórdão da Turma Recursal Mista, emprestando efeito suspensivo ao recurso extraordinário*”.

Segundo o art. 1º da Lei n. 12.016/2009:

*“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”* - destaquei.

Não obstante os argumentos oferecidos pela parte impetrante, não há direito líquido e certo a ser amparado por meio desta ação, devendo a ordem ser denegada.

Com efeito, o mandado de segurança não se presta a abarcar a tese jurídica vindicada.

A questão central é saber se a revogação da medida liminar de antecipação dos efeitos da tutela que permitiu ao impetrante prosseguir nas demais fases do certame é causa suficiente para anular todos os atos subsequentes praticados anos depois, diante da ausência de reprovação nas fases posteriores, caracterizando a existência de um direito líquido e certo a seu favor.

Gize-se que a liminar apenas garantiu que o autor prosseguisse nas demais fases do concurso, não tendo realizado outro TAF.

Ocorre que é de elementar constatação a conclusão de que, revogada a liminar, o ato dela derivado perde sustentação, e deve ser desfeito.

O ato de admissão do servidor se deu em razão de uma ordem judicial de natureza precária e provisória, que perdeu efeito quando foi confirmada na segunda instância, ao manter a revogação.

Na verdade, a presente ação está questionando a decisão judicial que revogou a liminar de antecipação dos efeitos da tutela ao julgar o mérito da ação, pela sua improcedência, ficando sem sustentação sua permanência no cargo, sendo automático seu desligamento, na medida em que a interposição de Recurso Extraordinário não possui efeito suspensivo, salvo se este fosse pedido pelos meios cabíveis. Todavia, não se tem notícia de tal prática.

Da mesma forma, não socorre o autor a alegação do suposto cabimento da aplicação da teoria do fato consumado, em razão do autor ter exercido durante certo período as funções do cargo a que almeja com lastro em medida liminar obtida em juízo de cognição sumária.

O candidato beneficiado com uma decisão liminar não desconhece, ou pelo, não deveria, que o provimento jurisdicional tem natureza provisória e que pode ser revogado a qualquer momento, acarretando automático efeito retroativo.

Ao ter ingressado no serviço público sujeitou-se ao risco de alteração da tutela deferida em caráter de urgência, e, naturalmente, às devidas repercussões práticas.

E, quem assim age não pode ignorar e nem fugir das consequências.

Não há dúvida de que, quem obtém algum direito com base em decisão liminar, sabe da precariedade e da provisoriedade de sua situação, sem que isso possa gerar direito adquirido, mediante alegação de se tratar de um fato consumado, pois o que é provisório não é consumado.

Afinal, não há fato consumado com origem em decisão judicial precária. Mesmo porque a aplicação de tal teoria só poderia ter sido reconhecida quando do julgamento do recurso na ação que revogou a liminar, na medida em que, por sua natureza, a medida liminar tem caráter provisório, ou seja, cede espaço à decisão definitiva, quando positivo o provimento final (confirmação da liminar), mas seus efeitos são extintos se for negativa a decisão final (revogação da liminar), em ambos os casos, com eficácia retroativa.

É o que ocorreu no presente caso, quando da revogação.

Na verdade, a adoção da teoria do fato consumado, no caso, ofenderia o princípio do devido processo legal, dando à decisão liminar, que possui caráter provisório, *status* e força de sentença definitiva de mérito.

Ademais, a aceitação da teoria do fato consumado, conforme pleiteado, implicaria, também, ofensa ao art. 37, II<sup>1</sup>, da Constituição da República.

Observo ainda, que a teoria do fato consumado, medida excepcional, só tem lugar se a decretação de nulidade é feita tardiamente, e a inércia da Administração já permitiu que se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar a convicção de sua legitimidade, o que não se verifica na presente hipótese, porque o autor ingressou no serviço público por força de ordem judicial, sequer, definitiva.

No caso, também não houve inércia da administração, tendo em vista que a ação em que obteve a liminar (n. 0822888-29.2014.8.12.0001), foi ajuizada em 17/07/2014. A liminar foi concedida em 04/08/2014. O mérito foi julgado em 26/02/2015 e a apelação, em 25.02.2016.

Logo, não há como falar em ilegalidade do ato da Administração, que está excluindo o autor do serviço, porque nele estava com base em comando judicial precário.

Outrossim, é importante destacar que a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores é no sentido de que o candidato que permanece no certame por força de decisão judicial provisória não tem direito líquido e certo de nele permanecer.

Ora, no presente caso, só foi possível ao autor, frequentar as demais fases do concurso, por força da decisão precária que, ao final, concluiu que o impetrante não foi aprovado no exame físico, requisito esse necessário, além da aprovação em concurso público, para ingresso na polícia militar, como bem lembrado no parecer ministerial:

A esse propósito, a Lei Complementar nº 53/90 é clara:

---

<sup>1</sup> 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: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

*“CAPÍTULO II**DO INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR*

*Art. 11. O ingresso na Polícia Militar é facultado a todos os brasileiros, **após concurso público**, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, observadas as condições previstas em lei e nos regulamentos da Corporação.*

*Art. 12. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino policial-militar, destinados à formação de policiais militares, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, **capacidade física** e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional.”*  
– destaquei.

O STF entende que a posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF/88), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial.

Nesse sentido:

*“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. TEORIA DO FATO CONSUMADO, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido. (STF, RE 608.482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, J. 07/08/2014)”*

*“CONCURSO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – ORDEM INDEFERIDA – FATO CONSUMADO – IRRELEVÂNCIA. O indeferimento de ordem, em mandado de segurança, revogada a liminar, implica condição resolutiva considerada nomeação, não cabendo potencializar fato que foi consumado sob o ângulo precário e efêmero. (STF, RMS 31.538/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Rel p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, J. 17/11/2015)”*

A jurisprudência do STJ está firmemente orientada no sentido de rejeitar a invocação da teoria do fato consumado para consolidar situação constituída por força de liminar posteriormente cassada, sob pena de perpetuar situação contrária à lei, conforme precedentes: AgRg nos EDcl no RMS 30.094/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12.8.2014, DJe 21.8.2014; AgRg no RMS 42.386/GO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15.5.2014, DJe 27.5.2014.

E ainda:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE ESCOLARIDADE. PARTICIPAÇÃO NAS DEMAIS FASES DO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. POSTERIORMENTE REVOGADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Caso em que a impetrante/agravante reconhece que: “foi empossada liminarmente no cargo de professora, em caráter provisório, enquanto aguardava decisão da ação declaratória de nulidade de ato administrativo” e que o trânsito em julgado da improcedência da referida ação declaratória ocorreu em 29.10.2009. 2. O Supremo Tribunal Federal, assim como o STJ, já firmou compreensão no sentido de rejeitar a invocação da teoria do fato consumado para consolidar situação constituída por força de liminar posteriormente cassada, sob pena de perpetuar situação contrária à lei (v.g.: AgRg no RMS 42.386/GO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 27.5.2014). 3. Não se encontra demonstrada nem a existência de direito líquido e certo a ser amparado por meio do mandado de segurança nem a suposta ilegalidade praticada pela autoridade impetrada, a justificar a concessão do mandamus. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 37831/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, J. 15/03/2016, DJe 29/03/2016)”*

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NOMEAÇÃO E PERMANÊNCIA NO CARGO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. 1. O aresto hostilizado encontra-se em harmonia com a orientação firmada por este Superior Tribunal, no sentido de que não se aplica a teoria do fato consumado nos casos amparados por medidas de natureza precária, como antecipação dos efeitos da tutela, não havendo o que se falar em situação consolidada pelo decurso do tempo. 2. Incide na espécie o disposto na Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 675897/CE, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, J. 17/03/2016, DJe 28/03/2016)”*

Portanto, não há como dar guarida à pretensão do autor, equiparando sua situação aos daqueles que, sem intervenção judicial, prosseguiram no certame, em apreço aos princípios da isonomia e impessoalidade.

Assim, sua pretensão destinada a buscar sua permanência nos quadros da Polícia Militar, significa reabrir a discussão de questão já decidida, o que contraria o disposto nos artigos 505 e 507, do CPC.

Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança pleiteada, por ausência de direito líquido e certo.

Declaro resolvido o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno o impetrante ao pagamento das custas processuais, cuja exigibilidade fica suspensa, nos moldes do artigo 98, § 3º, do CPC. Sem honorários, conforme art. 25, da Lei n.º 12.016/2009.

## **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. ausente, por férias, o Des. Wilson Bertelli.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 19 de setembro de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança nº 1404052-25.2015.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO ESTADUAL – EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO – POSSIBILIDADE – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO – REMUNERAÇÃO INTEGRAL – IMPOSSIBILIDADE – DESCONTO REFERENTE AO SUBTETO CONSTITUCIONAL – LEGALIDADE – NÃO CONCESSÃO.

O órgão previdenciário estadual deve ter sua ilegitimidade passiva para figurar na ação mandamental reconhecida, quando a revisão do ato questionado é de competência exclusiva do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme Lei Estadual nº 3.545, de 17 de julho de 2008.

Nos termos do art. 37, XI, da Constituição Federal, no caso dos servidores estaduais deve ser observada não a integralidade do subsídio mensal recebido pelos Ministros do Pretório Excelso, mas o subteto de 90,25% referente ao subsídio do Governador do Estado, não havendo impropriedade no desconto procedido na remuneração do impetrante, eis que este guarda compatibilidade como comando constitucional ao observar o subteto remuneratório

Mandado de segurança a que se nega concessão por ausência de violação a direito líquido e certo.

## **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 e, com o parecer, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva da AGEPREV, sendo que a preliminar de impropriedade da via eleita foi julgada com o mérito que, por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de maio de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A. C. A. impetra mandado de segurança, com pleito liminar, contra ato do diretor presidente da AGEPREV e do presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Relata que foi servidor público do Poder Legislativo estadual, ocupando o cargo de conselheiro auditor, do quadro permanente de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo deferida a aposentadoria com proventos integrais no mês de junho de 2014.

Esclarece que até o mês de dezembro de 2014 recebia os proventos de sua aposentadoria no importe de R\$ 29.462,25 (vinte e nove mil e quatrocentos e sessenta e dois reais e vinte e cinco centavos), respeitando o limite do teto constitucional fixado neste montante à época pela Lei Federal nº 12.711/2012.

Ocorre que com o advento da Lei Federal nº 13.091/2015 o teto constitucional foi majorado para a importância de R\$ 33.763,00 (trinta e três mil e setecentos e sessenta e três reais), aplicável desde o dia 1º de janeiro de 2015, e inobstante o direito líquido e certo do impetrante de gozar de sua aposentadoria integral em conformidade com os referidos limites é certo que as autoridades coatoras insistem em não aplicar o novo teto constitucional.

Assim, aduz que:

*“(...) o ato do coator, ora impugnado, é flagrantemente arbitrário, ilegal, abusivo e viola claramente direito líquido e certo do impetrante ao reduzir/efetuar descontos sob a rubrica de “desconto teto constitucional” de sua aposentadoria, quando este tem remuneração inferior ao referido teto, sem a precedência procedimento administrativo que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa”.*

Pugna pela concessão da liminar a fim de que seja determinado as autoridade coatoras que se abstenham de praticar qualquer desconto na aposentadoria do impetrante a título de limitação do teto constitucional diversos à Lei Federal nº 13.091/2015, bem como seja restituído integral e imediatamente os valores descontados indevidamente, sob pena de pagamento de multa diária a ser fixada por este juízo.

Requer, outrossim, a tramitação preferencial do feito por se tratar de impetrante maior de 60 (sessenta) anos, bem como requer seja decretado segredo de justiça.

A liminar foi indeferida (f. 29/31), e a autoridade coatora prestou informações (f. 36/56).

O Estado de Mato Grosso do Sul ingressou no feito como litisconsorte passivo necessário apresentando defesa (f. 78/84).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança (f. 86/99).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

A. C. A. impetra mandado de segurança, com pleito liminar, contra ato do diretor presidente da AGEPREV e do presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por questão de prejudicialidade analisa-se as preliminares suscitadas pela Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul (AGEPREV).

Aduz o órgão previdenciário sua ilegitimidade passiva para figurar na ação mandamental, eis que a revisão do ato questionado seria de competência exclusiva do presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Assiste-lhe razão.

A Lei Estadual nº 3.545, de 17 de julho de 2008, que criou a agência de previdência estadual prevê expressamente que sua competência limita-se a aprovação do pagamento do benefício previdenciário, cumprindo ao poder originário a concessão do benefício. É o que se extrai o art. 1º, do citado diploma, *in verbis*:

*“Art. 1º Fica criada a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), vinculada à Secretaria de Estado de Administração, entidade autárquica com autonomia administrativa, financeira e patrimonial com a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV), de que trata a Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, competindo-lhe como gestora única:*

*(...)*

*§ 2º O ato de concessão dos benefícios para os membros ou servidores dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública será assinado pela autoridade competente do respectivo órgão, que o remeterá, em seguida, à AGEPREV para aprovação do pagamento e manutenção”*

Vê-se que a AGEPREV apenas cumpre aquilo que a autoridade competente defere previamente mantendo o pagamento do benefício ao servidor nos moldes estabelecidos pela origem.

Assim, é devida a exclusão da AGEPREV do pólo passivo da presente impetração.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva da AGEPREV.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (3º Vogal)

Preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor Presidente da AGEPREV.

Senhor presidente, parece-me que a AGEPREV não deve ser excluída da relação processual, com todo respeito ao entendimento do relator.

A autarquia estatal alega ser parte ilegítima para figurar no polo passivo ao argumento de que a revisão do ato apontado como coator é de competência exclusiva do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Com efeito, a AGEPREV - Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - é autarquia criada com a finalidade de administração e gestão de verbas e valores repassados pelo Estado para posterior pagamento aos servidores.

Conforme dispõe o *caput* do artigo 1º na Lei n. 3.545/2008<sup>1</sup>, essa autarquia é vinculada à Secretaria de Estado de Administração; sendo mera gestora dos recursos públicos.

No entanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva, uma vez que em que pese a AGEPREV ser qualificada apenas como gestora das verbas destinadas ao pagamento do benefício, sendo o Estado que arcará com os custos relativos ao seu implemento, é certo que o que restar decidido pelo Presidente da Assembleia, haverá de ser observado também pela autarquia, a qual é dotada de poderes de administração e gestão dos valores e verbas que lhe são repassados pelos Poderes do Estado e demais entes administrativos e autarquias, para pagamento dos proventos de aposentadoria aos servidores e pensão aos seus dependentes, podendo, inclusive, o Diretor Presidente também, se for o caso, recusar

<sup>1</sup> Art. 1º Fica criada a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), vinculada à Secretaria de Estado de Administração, entidade autárquica com autonomia administrativa, financeira e patrimonial com a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV), de que trata a [Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005](#), competindo-lhe como gestora única:

o cumprimento de um ato que reputasse inconstitucional, tanto que o § 2º do artigo 1º da mencionada Lei Estadual n. 3.545/2008 é claro ao consignar que o ato de concessão de benefícios, após assinatura da autoridade responsável a que pertença o servidor, será remetido à AGEPREV para aprovação do pagamento, ou seja, ainda que não realize o ato, pode recusá-lo legalmente, de modo que patente a legitimidade para permanecer no polo passivo do *mandamus*.

Assim, rechaço a prejudicial suscitada.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (9º Vogal )

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (10º Vogal )

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (11º Vogal)

Da ilegitimidade passiva do Diretor-Presidente da AGEPREV

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV alega que o seu Diretor-Presidente não tem acesso à folha de pagamento dos servidores inativos da Assembleia Legislativa e tampouco é responsável pelo deferimento de aposentadoria, cabendo-lhe tão somente a homologação e pagamento.

O Relator Des. Carlos Eduardo Contar proferiu voto no sentido de se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do impetrado, tendo em vista que este apenas cumpre aquilo que é determinado pela autoridade competente, no caso, o Presidente da Assembleia Legislativa.

De outro vértice, o vogal Des. Dorival Renato Pavan posicionou-se desfavoravelmente ao acolhimento da preliminar, porquanto sustentou que, ainda que seja a autarquia mera gestora dos recursos

2 § 2º “O ato de concessão dos benefícios para os membros ou servidores dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública será assinado pela autoridade competente do respectivo órgão, que o remeterá, em seguida, à AGEPREV para aprovação do pagamento e manutenção”

públicos, é o Estado de Mato Grosso do Sul quem arcará com os custos relativos ao seu implemento, sendo certo, outrossim, que poderia, inclusive, recusar o cumprimento de um ato que reputasse inconstitucional, nos termos do § 2º do art. 1º, da Lei Estadual de n. 3.545/2008.

Com efeito, com todo respeito ao D. Relator tenho por bem divergir do seu posicionamento.

Isso porque, como é cediço, o ato administrativo que concede benefício previdenciário e aposentadoria, é um ato complexo, o qual, segundo Hely Lopes Meirelles, “*é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo*”<sup>3</sup>.

Logo, nos termos da Lei n. 3.545, de 17 de julho de 2008, que criou a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, é possível constatar que tanto a AGEPREV, quanto o Estado de Mato Grosso do Sul e o Presidente da Assembleia Legislativa possuem legitimidade para figurarem no polo passivo das demandas que objetivam a concessão/revisão de benefícios previdenciários.

Cumprido ressaltar, ainda, não obstante o ato reputado ilegal seja de competência do Presidente da Assembleia Legislativa, que tanto a AGEPREV quanto o Estado de Mato Grosso do Sul vieram aos autos, rebatendo a pretensão e defendendo o ato atacado, encampando-o, de sorte que, ainda que a AGEPREV não tivesse responsabilidade pelo ato administrativo invectivado, não deve ser afastada do processo.

Posto isso, acompanhando a divergência, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator )

A autarquia previdenciária suscita, ainda, preliminar de inadequação da via eleita, eis que:

*“A aplicação da dedução do teto constitucional vem sendo corretamente aplicada, isto porque o teto remuneratório dos servidores públicos estaduais no âmbito do Poder Executivo corresponde ao subsídio mensal do Governador do Estado (art. 37, XI, da CF/88)”.*

Contudo, como bem observou o *parquet*, a prefacial se confunde com a questão de fundo o *mandamus* e, portanto, deve ser rejeitada relegando-se sua análise para a seara meritória.

No mérito, pretende o impetrante perceber seus vencimentos decorrentes de aposentadoria sem qualquer desconto referente ao subteto estadual, eis que possui direito líquido e certo aos valores correspondentes ao teto constitucional equivalente à integralidade dos subsídios mensais dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

É certo que o pagamento dos vencimentos dos servidores públicos deve observar as disposições contidas no art. 37, XI da Constituição Federal que estabelece o limite máximo para a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, nos seguintes termos:

*“Art. 37 - (...)*

*XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do*

<sup>3</sup> Direito Administrativo Brasileiro, 35ª ed., p. 174, RT

*Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.*

Vê-se que a disposição constitucional é clara ao estabelecer que no caso dos servidores estaduais deve ser observada não a integralidade do subsídio mensal recebido pelos Ministros do Pretório Excelso, mas o subteto de 90,25 % referente ao subsídio do Governador do Estado.

E, no Estado de Mato Grosso do Sul o subsídio do Governador corresponde ao valor percebido pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça, conforme art. 1º, I, da Lei Estadual nº 4.600, de 11 de dezembro de 2014, *in verbis*:

*“ Art. 1º Fica fixado o valor dos subsídios, a partir de janeiro de 2015, dos seguintes agentes políticos da seguinte forma:*

*I - Governador do Estado: o valor será igual ao percebido pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado;*

*(...)”*

Assim, não há impropriedade no desconto procedido na remuneração do impetrante, eis que este deve por força do comando constitucional observar o subteto remuneratório (f. 18).

Nesse sentido o Pretório Excelso esclareceu no Recurso Extraordinário nº 609381, em repercussão geral assim ementado:

*“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - TETO DE RETRIBUIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03 - EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS - EXCESSOS – PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE.*

*1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.*

*2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.*

*3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.*

*4. Recurso extraordinário provido.”*<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, J. 02/10/2014.

Ante o exposto, acolho a preliminar para excluir a AGEPREV do pólo passivo da presente impetração e, no mérito, nego concessão ao mandado de segurança impetrado em favor de A. C. A..

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator para denegar a ordem

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (3º Vogal):

No mérito, acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva da AGEPREV, sendo que a preliminar de impropriedade da via eleita foi julgada com o mérito que por unanimidade denegaram a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 18 de maio de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança nº 1411170-52.2015.8.12.0000 - TJMS**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PRECATÓRIO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA EM CONFORMIDADE COM O TÍTULO EXECUTIVO, EM RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO, À COISA JULGADA E AO ATO JURÍDICO PERFEITO – VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO AUTORIZA A MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO DO PRECATÓRIO, MAS TÃO SOMENTE CORREÇÕES DE ERRO MATERIAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO – CONCESSÃO.

Se os critérios de cálculo do precatório – definidos e homologados pelo Juízo da Execução, e ratificados pelo Tribunal Pleno e Órgão Especial desta Corte de Justiça em decisões há muito transitadas em julgado – estão sendo modificados pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça em flagrante afronta ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, mostra-se evidenciada a violação ao direito líquido e certo do impetrante, justificando o afastamento do ato acoimado.

A competência administrativa do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça no âmbito dos precatórios não lhe autoriza a modificação dos critérios de cálculo estabelecidos pelo Juízo da Execução, cabendo-lhe apenas proceder correções de erro material, ou seja, meros equívocos de cálculo aritmético.

Mandado de segurança que se dá concessão, em face da manifesta afronta à violação de cláusula pétrea constitucional.

## **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, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Slogan Publicidade Ltda. impetra mandado de segurança, com pleito liminar, contra atos do Estado de Mato Grosso do Sul e do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Esclarece que:

*“Encontra-se em processamento perante a Vice-Presidência deste Tribunal, sob o n.º 0920328-43.2005.8.12.0000, processo requisitório de pagamento de precatório, onde consta como Requerente o ora impetrante, e como Requerido o Estado de Mato Grosso do Sul.”*

Aduz ofensa à coisa julgada e desafio de autoridade de decisões emanadas do Tribunal Pleno (Autos n.º 2005.920328-4-4/0001-00) e do Órgão Especial (0920328-43.2005.8.12.0000/5002), ambos desta Corte de Justiça, vez que, não obstante a definição acerca da liquidação dos cálculos a ser aplicada pela Seção de Precatórios (correção monetária pelo IGPM e juros legais nos moldes do Código Civil) (f. 76/110 e 126/129), o *“Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ex officio, decidiu desconsiderar as discussões e determinar a confecção dos cálculos utilizando-se os parâmetros da Emenda Constitucional n.º 62/2009, ou seja, atualização pela TR a partir de sua vigência.”*

Sustenta que:

*“Além de inconstitucional, a referida Emenda Constitucional 62, não tem aplicabilidade quanto ao precatório expedido em favor do ora Impetrante, porquanto o acórdão proferido nos autos é anterior à sua promulgação; acolher sua validade significa extirpar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; e que “ao contrariar comando judicial colocado em execução por via de precatório está o nobre Vice-Presidente extrapolando sua função meramente administrativa, ao alterar, ainda que implicitamente, a decisão ali contida.”*

Requer, em liminar, a cassação do *“ato ilegal consistente em negativa de obediência à ordem hierarquicamente superior, que visa simplesmente o cumprimento de decisão já de há muito preclusa”*, determinando-se a correção do crédito do impetrante nos *“moldes fixados no título judicial exequendo e no acórdão proferido no Agravo Regimental n.º 0920328-43.2005.8.12.0000/50002”*.

Ao final, pugna pela concessão da ordem a fim de que seja respeitado o critério de cálculo estabelecido no título judicial exequendo, qual seja, correção monetária pelo IGPM/FGV, com incidência de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até 01/2003, e de 1% (um por cento) ao mês a partir de tal data.

O pedido liminar foi indeferido (f. 836/838), e a autoridade apontada como coatora prestou as informações necessárias (f. 845/857).

O Estado de Mato Grosso do Sul suscitou preliminar de inadequação da via processual eleita por ausência de ilegalidade no ato apontado como coator (f. 862/872).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não acolhimento da preliminar suscitada e, no mérito, pela denegação da segurança (f. 876/885).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Slogan Publicidade LTDA impetra mandado de segurança, com pleito liminar, contra atos do Estado de Mato Grosso do Sul e do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

O pleito em análise consubstancia-se, em suma, na cassação de suposto ato ilegal proveniente do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça que, extrapolando suas funções administrativas e desafiando a autoridade das decisões emanadas do Tribunal Pleno (Autos n.º 2005.920328-4-4/0001-00) e do Órgão Especial (0920328-43.2005.8.12.0000/5002), determinou a confecção dos cálculos do precatório com base

nos critérios da Emenda Constitucional n.º 62/2009, ou seja, atualização pela TR a partir de sua vigência, a despeito de sua inconstitucionalidade.

Pugnou, assim, seja respeitado o critério de cálculo estabelecido no título judicial exequendo, qual seja, correção monetária pelo IGPM/FGV, com incidência de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até 01/2003, e de 1% (um por cento) ao mês a partir de tal data.

Quanto à preliminar de inadequação da via processual eleita, por ausência de ilegalidade no ato apontado como coator, denota-se, a toda evidência, que se trata de matéria afeta ao mérito do *mandamus*, devendo ser dirimida por ocasião do julgamento da ação.

Sendo assim, é de se afastar a prefacial aventada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

No mérito, tenho que a segurança deve concedida.

A pretensão do impetrante é a de prevalência dos critérios de cálculo estabelecidos e homologados pelo Juízo da Execução, os quais foram ratificados pelo Tribunal Pleno e Órgão Especial desta Corte de Justiça em decisões há muito transitadas em julgado, *in verbis* (f. 76/77 e 126):

*“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – PRECATÓRIO DE REQUISICÃO DE PAGAMENTO – INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE VALOR DESMEMBRADO – PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DE ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*Tendo a quantia sido requisitada de forma global, apenas com informação para pagamento de parte dela para verba honorária, os juros deverão incidir sobre o todo requisitado.*

*A Seção de Precatórios deve seguir a planilha de cálculo apresentada e homologada no Juízo da Execução, visto que não foi impugnada na época oportuna.”*<sup>1</sup>

*(Destques não originais)*

*“EMENTA – PRECATÓRIO – CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO – CREDORES QUE SE INSURGEM CONTRA A HOMOLOGAÇÃO DO VALOR APRESENTADO PELA CONTADORIA JUDICIAL – DESARMONIA DO CÁLCULO COM O QUE CONSTA DO TÍTULO EXECUTIVO – ACÓRDÃO ANTERIOR DO TRIBUNAL QUE RECONHECEU O DIREITO AO CÔMPUTO DOS JUROS MORATÓRIOS À TAXA DE 1% AO MÊS, CONTADOS A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – DECISÃO QUE IMPLICA ALTERAÇÃO NO VALOR DA EXECUÇÃO E QUE DÁ INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL À SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE, À ÉPOCA, REFERIU-SE AOS JUROS LEGAIS – CÁLCULO REALIZADO, CONSEQUENTEMENTE, MENOR DO QUE O VERDADEIRO CRÉDITO DETIDO PELOS EXEQUENTES – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO VALOR EXEQUENDO A QUALQUER TEMPO, POR FORÇA DA AMPLA DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO E QUE, POR SER DE ORDEM PÚBLICA, DEVE SER TOMADA EM CONSIDERAÇÃO PARA FIXAÇÃO DO VALOR EFETIVAMENTE DEVIDO E A SER PAGO QUANDO DA LIQUIDAÇÃO DO PRECATÓRIO – AGRAVO REGIMENTAL DOS CREDORES PROVIDO – AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO IMPROVIDO.*

*Nos termos de iterativa jurisprudência, considera-se decidido aquilo que constitui consequência necessária da sentença, de tal sorte que se esta decidiu, ao tempo em que exarada e sob a égide do Código Civil de 1916, que o valor devido pelo Estado haveria*

<sup>1</sup> AgRg 2005.920328-40001-00, Tribunal Pleno, rel. Des. João Maria Lós, j. 13/12/2006.

*de ser pago com acréscimo de juros legais, deve-se entender que com a entrada em vigor do novo CC de 2002, a partir de Janeiro de 2003, tais juros legais passaram a ser aqueles delineados no artigo 406 do novo diploma, que implica em sua elevação para 1% ao mês, a partir de então.*

***Se o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial e homologado pela E. Vice-Presidência desconsidera tal fato, em especial quando, em acórdão anterior do Tribunal Pleno deste Sodalício, consolidou-se o entendimento de que os juros haveriam de ser computados não mais à taxa de 0,5% (vigentes ao tempo da sentença) mas sim à taxa de 1% ao mês, que são os juros legais a partir da entrada em vigor do novo CC de 2002, deve-se prover o regimental dos credores para se determinar que no cálculo do débito sejam incluídos juros de mora em conformidade com esse entendimento, sob pena de causar dano aos credores, que estariam sendo compelidos a receber valor menor do que o constante do título executivo.***

*O excesso de execução ou a imposição da percepção de valor menor do que aquele constante do título executivo é matéria contida no âmbito da devolutividade recursal e, por ser de ordem pública, considera-se incluída no efeito translativo do recurso e, assim, passível de ser examinado até de ofício pelo Órgão Jurisdicional competente.*

*Recurso do Estado de Mato Grosso do Sul improvido.*

*Recurso dos credores parcialmente provido.”<sup>2</sup>*

*(Destaques não originais)*

A matéria em análise não comporta grandes digressões, porquanto já dirimida por esta Corte de Justiça em 02 (duas) oportunidades, conforme se infere dos acórdãos mencionados.

Da leitura dos autos infere-se que a impetrante moveu ação de execução de sentença contra o Estado de Mato Grosso do Sul, sendo certo que a decisão homologatória e de requisição de pagamento proferida pelo Juízo da Execução fixou os seguintes critérios de cálculo (f. 199):

*“(...) Requisite-se o pagamento por precatórios, devendo os valores serem corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescidos dos juros legais (...)”*

Ocorre que, ao argumento de que “*com a conclusão do julgamento e a modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4475, pelo Supremo Tribunal Federal, em 25 de março de 2015, ficaram superadas as questões relativas aos critérios de atualização e o cômputo de juros nos precatórios*”, o Vice-Presidente determinou a atualização do cálculo do precatório seguindo parâmetros diferentes do estabelecido no título exequendo.

Contudo, olvida-se a autoridade impetrada que a forma de cálculo homologada pelo Juízo da Execução, e ratificada pelo Tribunal Pleno e Órgão Especial desta Corte de Justiça, encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada, o que impede qualquer alteração, sob pena de afronta ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, o qual dispõe que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Diante de tal preceito constitucional, é certo que nem mesmo a superveniência de outra lei ou ato normativo possui o condão de modificar o que restou definitivamente decidido pelo Poder Judiciário.

<sup>2</sup> AgRg 0920328-43.2005.8.12.0000/50002, Órgão Especial, rel. Des. Dorival Renato Pavan, j. 18/06/2014.

Acerca do tema, dispõem ainda os arts. 502 e 505, ambos do Código de Processo Civil:

*“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

*(...)*

*Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:*

*I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;*

*II - nos demais casos prescritos em lei.*

No mesmo sentido é o art. 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

*“Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*

*§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou;*

*§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;*

*§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”*

É certo, ainda, que ao estabelecer critérios distintos do que consta na decisão homologatória a autoridade impetrada extrapolou sua competência administrativa, que no âmbito dos precatórios limita-se em proceder correções de erro material, ou seja, meros equívocos de cálculo aritmético.

Nesse sentido é a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

*“AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO ESPECIAL – PRECATÓRIO – ALTERAÇÃO NO VALOR – CORREÇÃO MONETÁRIA – CRITÉRIO DE CÁLCULO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À COISA JULGADA – PRECLUSÃO – NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA – FUNDAMENTO NÃO ATACADO – SÚMULA 283/STF.*

*(...)*

*2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que o erro que pode ser corrigido pelo Presidente do Tribunal, ao determinar a expedição do precatório judicial, é o material, simples erro de cálculo (aritmético), não podendo ser conferida a mesma possibilidade ao erro no critério de cálculo, do qual fazem parte, por exemplo, o termo inicial da correção monetária e o percentual dos juros de mora, sob pena de ofender a coisa julgada.*

*3. Considerando que o caso dos autos envolve erro no critério de cálculo da conta apresentada pelos servidores na parte referente ao termo inicial da correção monetária, não há falar em erro (material) de cálculo, motivo pelo qual não caberia a aplicação do art. 1º-E da Lei n. 9.494/1999.*

4. *É firme na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da impossibilidade de se alterar critério de cálculo após o trânsito em julgado da sentença que homologa os cálculos apresentados pelo credor, sob pena de ofensa à coisa julgada. (...).*"<sup>3</sup>

*(Destaques não originais)*

Sendo assim, evidenciada a materialização do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, é certo que nem mesmo o advento das ADIs 4357 e 4425 justifica a alteração dos cálculos conforme demandado pela autoridade coatora.

Em situação análoga esta Corte de Justiça decidiu recentemente, *in verbis*:

*“EMENTA – PRECATÓRIO – EXPEDIÇÃO EM DATA MUITO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 61/09 – PAGAMENTO QUE NÃO FOI EFETUADO DENTRO DO PERÍODO PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 17, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL SOBERANAMENTE FORMADA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS INDEXADORES DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA CONTIDOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – NECESSIDADE DE RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL – ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INEXISTÊNCIA DE MERO ERRO ARITMÉTICO OU ERRO MATERIAL QUE PERMITISSE A INTROMISSÃO DO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL NA ALTERAÇÃO DOS INDEXADORES CONTIDOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.*

*A competência para alteração da metodologia do cálculo de liquidação do precatório ou dos indexadores contidos na sentença condenatória transitada em julgado é exclusivamente do Juiz do feito originário, por se tratar de pretensão de alteração da coisa julgada material, cabendo ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, tão-somente, dar cumprimento ao conteúdo da sentença e do título formado com seu trânsito em julgado e materializado no precatório que está em curso, pendente de pagamento.*

*A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material é manifestação do estado democrático de direito (art. 1º caput, CF). Expressa ela – coisa julgada – a necessidade de estabilização das decisões judiciais, vistas como ato de positividade de poder, motivo pelo qual deve ser garantida sua imutabilidade. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial.*

*Assim, não é possível, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento, alterar o que restou decidido tanto em relação ao indexador da correção monetária, o período de sua incidência, assim como os juros moratórios.*

*O erro passível de correção por ato do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, na fase cumprimento do precatório é aquele de natureza aritmética e não o atinente à aplicação de determinado critério de correção monetária e de juros de mora, que são acobertados pelo manto da coisa julgada e, assim, imutável o cálculo elaborado pelo juízo de primeiro grau, em atendimento ao comando da sentença. O que se faz no precatório são cálculos para mera atualização do valor devido, sem possibilidade de qualquer alteração no conteúdo desses cálculos, elaborados segundo a sentença transitada em julgado. Qualquer pretensão de alteração no conteúdo deles, só por via da ação rescisória e, uma vez ultrapassado o prazo previsto em lei para seu ajuizamento, forma-se a coisa*

<sup>3</sup> AgRg - REsp 1.180.482/MG, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/06/2014.

*soberanamente julgada, insuscetível de modificação. Atividade administrativa exercida pelo Vice-Presidente, no cumprimento do precatório, que não permite sua intromissão para realização de cálculo com indexadores ou períodos diferentes daqueles lançados na sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXVI, da constituição federal, o que não se pode conceber.*

(...)

*Agravo regimental a que se dá provimento para anular a r. decisão invectivada, tornando-a de nenhum efeito e determinar que o cálculo de atualização do débito seja feito na exata conformidade com o conteúdo que emerge da r. sentença transitado em julgado, a saber, (a) com a incidência dos juros de mora de 0,5% ao mês no período da graça constitucional, isto é, de 01.07.2004 a 31.12.2005, totalizando 9%, consoante inteligência da Súmula Vinculante n. 17, computados, outrossim, em relação aos outros períodos na mesma taxa, desde a data do evento danoso, até que o valor seja integralmente pago; e, b) que o cálculo do débito seja realizado integralmente com o índice INPC/IBGE, em tudo respeitando-se a coisa julgada que emerge do título que serve de substrato para o precatório objeto deste recurso.”<sup>4</sup>*

Logo, evidenciada a violação ao direito líquido e certo do impetrante, a concessão da segurança é impositiva.

Ante o exposto, concedo a ordem pleiteada no mandado de segurança impetrado por Slogan Publicidade LTDA para determinar que os cálculos de atualização do precatório respeitem os critérios estabelecidos no título executivo, qual seja correção monetária pelo IGPM/FGV, com incidência de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até 01/2003, e de 1% (um por cento) ao mês a partir de tal data.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, rejeitaram a preliminar arguida, no mérito, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

\*\*\*

<sup>4</sup> AgRg 0007553-55.2004.8.12.0000/50006, Órgão Especial, rel. desig. Des. Dorival Renato Pavan, j. 13/06/2016.

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0055556-33.2007.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FRAUDE PRATICADA NA ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL – LEI Nº 8.934/94 – FALTA DE DILIGÊNCIA DA JUNTA COMERCIAL NO CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS ATINENTES À ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL – FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA DOS SÓCIOS – ERRO PERCEPTÍVEL POR SERVIDORES QUE LIDAM COM A VERIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – SERVIÇO PRESTADO COM NEGLIGÊNCIA – CULPA CARACTERIZADA – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Demonstrado nos autos que houve negligência da Junta Comercial, consistente em deixar de atuar com diligência na verificação da identidade e da veracidade das assinaturas inseridas em alteração de contrato social levada para a sua conferência, está presente, neste contexto, o nexo causal entre a sua conduta e o evento lesivo, bem como a culpa.

Ainda que tenha sido determinada a realização de laudo pericial para verificação da falsidade documental, constata-se a falta de diligência da Junta Comercial quanto à verificação de veracidade/autenticidade das assinaturas dos sócios da empresa vítima da fraude, porque a diferença entre a assinatura verdadeira e a falsa é perceptível pelos seus servidores, os quais estão habituados a fazer esse tipo de análise.

A despeito de a Junta Comercial não estar obrigada a exigir documentos nos quais haja assinaturas com firma reconhecida, a Lei nº 8.934/94 (artigos 1º, 37, V e 40) prevê expressamente que a verificação da regularidade da documentação consiste também na verificação de identidade dos signatários, para garantir à sociedade a obediência aos princípios da segurança jurídica e publicidade quantos aos atos levados a arquivamento.

## **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, 24 de agosto de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Francisco Antônio Barbosa Jacinto, Solene Parra Marques e Ampare Ltda-ME interpõem recurso de apelação e o Juiz da 4º Vara de Fazenda Pública e Registros da Comarca de Campo Grande submete ao reexame necessário a sentença (fls. 386-390), nos autos de ação declaratória de nulidade de Alteração de Contrato Social C/C Indenização por Danos Morais, movida em face de Munira Mustafá e Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial apenas para declarar a nulidade da primeira alteração contratual da empresa Ampare Ltda – ME datada de 20 de janeiro de 2004 e registrada em 10 de fevereiro de 2004 na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, com retorno das disposições sociais ao estado anterior.

Os apelantes, em suas razões recursais (fls. 394-400), alegam, em síntese, que subsiste a responsabilidade de indenizar por danos morais e materiais, a luz do evidente nexo de causalidade entre o ato administrativo levado a efeito e o dano causado, sendo assim, há a responsabilidade objetiva do apelado, em razão de sua imperícia.

Requerem o provimento do recurso, reformando, assim, a sentença de primeiro grau, de forma a condenar ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, com a consequente redistribuição dos honorários advocatícios.

A apelada Munira Mustafá, em suas contrarrazões recursais (fls. 409-411), pugna pelo improvimento do recurso, uma vez que não pode arcar com eventual indenização por danos morais e materiais sofridos, ante a inexistência de liame entre a conduta narrada e o resultado, bem como o próprio elemento anímico do dano alegado.

O acórdão foi proferido nos documentos de fls. 418-430.

A Junta Comercial interpôs embargos de declaração (fls. 434-440), ao argumento de que não teve conhecimento do recurso de apelação e do acórdão proferido, uma vez que não foi intimada para apresentar contrarrazões recursais.

Os embargos de declaração (fls. 466-475) foram providos para tornar sem efeito as decisões decorrentes da errônea intimação de fl. 392 (inclusive o acórdão de fls. 418-430).

Em razão disso, determinou-se à Secretaria Judiciária do TJ/MS a republicação da intimação da sentença de fl. 392 e a intimação pessoal da procuradora Drª Fabiana Horta das Neves OAB/MS 7832, de modo que foi devolvido os prazos para apresentação de contrarrazões e interposição de recurso adesivo.

O ato foi realizado, conforme se verifica pelo teor do recibo de leitura de fl. 481.

Entretanto, a despeito das providências tomadas pela Secretaria Judiciária, a JUCEMS não apresentou as contrarrazões recursais ou qualquer outra manifestação, de modo que, o Recurso de Apelação será novamente colocado em julgamento após o cumprimento das formalidades legais.

## VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (Relator)

Francisco Antônio Barbosa Jacinto, Solene Parra Marques e Ampare Ltda-ME interpõem recurso de apelação e o Juiz da 4º Vara de Fazenda Pública e Registros da Comarca de Campo Grande submete ao reexame necessário a sentença (fls. 386-390), nos autos de ação declaratória de nulidade de alteração de contrato social C/C indenização por danos morais, movida em face de Munira Mustafá e Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial

apenas para declarar a nulidade da primeira alteração contratual da empresa Ampare Ltda – ME datada de 20 de janeiro de 2004 e registrada em 10 de fevereiro de 2004 na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, com retorno das disposições sociais ao estado anterior.

Os apelantes, em suas razões recursais (fls. 394-400), alegam, em síntese, que subsiste a responsabilidade de indenizar por danos morais e materiais, a luz do evidente nexos de causalidade entre o ato administrativo levado a efeito e o dano causado, sendo assim, há a responsabilidade objetiva do apelado, em razão de sua imperícia.

Requerem o provimento do recurso, reformando, assim, a sentença de primeiro grau, de forma a condenar ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, com a consequente redistribuição dos honorários advocatícios.

A apelada Munira Mustafá, em suas contrarrazões recursais (fls. 409-411), pugna pelo improvimento do recurso, uma vez que não pode arcar com eventual indenização por danos morais e materiais sofridos, ante a inexistência de liame entre a conduta narrada e o resultado, bem como o próprio elemento anímico do dano alegado.

O acórdão foi proferido nos documentos de fls. 418-430.

A Junta Comercial interpôs embargos de declaração (fls. 434-440), ao argumento de que não teve conhecimento do recurso de apelação e do acórdão proferido, uma vez que não foi intimada para apresentar contrarrazões recursais.

Os embargos de declaração (fls. 466-475) foram providos para tornar sem efeito as decisões decorrentes da errônea intimação de fl. 392 (inclusive o acórdão de fls. 418-430).

Em razão disso, determinou-se à Secretaria Judiciária do TJ/MS a republicação da intimação da sentença de fl. 392 e a intimação pessoal da procuradora Dr<sup>a</sup> Fabiana Horta das Neves OAB/MS 7832, de modo que foi devolvido os prazos para apresentação de contrarrazões e interposição de recurso adesivo.

O ato foi realizado, conforme se verifica pelo teor do Recibo de Leitura de fl. 481.

Entretanto, a despeito das providências tomadas pela Secretaria Judiciária, a JUCEMS não apresentou as contrarrazões recursais ou qualquer outra manifestação, de modo que, o Recurso de Apelação será novamente colocado em julgamento após o cumprimento das formalidades legais.

Trata-se de uma ação declaratória de nulidade de alteração de contrato social C/C indenização por danos morais, movida por Francisco Antônio Barbosa Jacinto, Solene Parra Marques e Ampare Ltda – ME, contra Munira Mustafá e Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, ao argumento de que possuem uma empresa sob a denominação sociais de Ampare Ltda, que tem como objeto a exploração da atividade de Representação Comercial.

Alegam que uma terceira pessoa fez uma alteração do contrato social, em 30/01/2004, registrada em 10/02/2004, perante a Junta Comercial de Mato Grosso do Sul, excluindo da sociedade a apelante Solene Parra Marques e incluindo a apelada Munira Mustafá.

Aduziram que essa terceira pessoa, munida da alteração contratual, abriu conta em vários bancos e emitiu inúmeros cheques sem fundos, cujo débito perfaz a quantia de R\$ 86.000,00 (oitenta e seis mil reais).

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na inicial para declarar a nulidade da primeira alteração contratual da empresa Ampara – ME na Junta Comercial do Estado

de Mato Grosso do Sul, com retorno das disposições sociais ao estado anterior. Condenou os apelantes ao apagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), deverão ser reciprocamente distribuídos e compensados, ressalvando-se que os apelantes e a apelada Munira Mustafá são beneficiários da Justiça Gratuita, bem como a JUCEMS é isenta de custas por lei.

Ainda, foram arbitrados os honorários periciais em R\$ 3.000,00 (três mil reais), cujo pagamento ficará sob a responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul, face à hipossuficiência das partes.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais e materiais, valendo-se dos seguintes fundamentos:

*“Apesar de ter sido reconhecida a falsidade nas assinaturas lançadas na alteração contratual mencionada, não foi possível que o perito indicasse a pessoa responsável pelas falsificações, razão pela qual a pessoa de Munira Mustafá, apesar de ter seu nome utilizado na alteração, não pode ser condenada no pagamento de indenização, até porque ela também pode ser outra vítima das falsificações.*

*No tocante à responsabilidade da Junta Comercial, cumpre mencionar que o art. 39 do Decreto Federal n. 1.800/96 dispõe que “os atos levados a arquivamento são dispensados de reconhecimento de firma, exceto quando se tratar de procuração por instrumento particular ou de documentos oriundos do exterior; se, neste caso, tal formalidade não tiver sido cumprida no consulado brasileiro.”*

*“A propósito, consoante leciona o professor Rubens Requião a Junta Comercial tem “competência para verificar se os contratos sociais, as atas de assembleias gerais, estão formalmente corretos, atendendo às exigências legais. Se o objetivo de uma sociedade comercial for ilícito, ou se a ata da assembleia geral registra uma decisão tomada em desatenção aos dispositivos, da lei escapa à sua competência, é examinar problemas inerentes e próprios do direito pessoal dos que participam de tais atos.” (Curso de Direito Comercial, São Paulo: Ed. Saraiva – 2007, p.18)*

*Neste contexto, a verificação da autenticidade das assinaturas apostas nos atos levados a arquivamento não podem ser imputados à Junta Comercial, pois tais atos são dispensados de reconhecimento de firma.*

*Por isso, a pretensão indenizatória dos autores não merece acolhimento, tanto em face da requerida Munira Mustafá como da Junta Comercial. (TJ/MS fls. 388-389).”*

O Decreto Federal n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996, define que para registro e arquivamento de atos das empresas mercantis, é necessário apenas a simples apresentação dos documentos relacionados, dispensada o reconhecimento de firma (artigo 39), havendo, ainda, explícita determinação de que as declarações sejam reputadas verdadeiras até prova em contrário (artigo 34, parágrafo único).

Entretanto, ainda que referida norma infralegal não contenha exigências explícitas quanto a outras cautelas no momento de efetuar registros e alterações nos atos constitutivos das pessoas jurídicas, essas providências resultam da necessidade de conferir segurança jurídica aos negócios realizados pelas partes, sem a qual qualquer pessoa física ou jurídica não poderia se sentir tranquila em confiar nas informações certificadas pelas Juntas Comerciais.

Aliás, é essa a interpretação que se espera quando a própria Lei de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Lei nº 8.934/94), no primeiro inciso do artigo 1º, estabelece os princípios de atuação dos órgãos responsáveis pelo registro e alterações dos atos das pessoas jurídicas, *in verbis*:

*“Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:*

*I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;”*

Deste modo, para se concluir pela responsabilidade da Junta Comercial de Mato Grosso do Sul, há de ser ponderada a possibilidade de falha na prestação do serviço (responsabilidade subjetiva do Estado), em razão da aceitação de documentos que resultaram de falsificação nas assinaturas das pessoas mencionadas em alteração de contrato social da empresa Ampare Ltda.

Segundo consta da inicial, a diferença entre a assinatura dos sócios no contrato social e na primeira alteração social é gritante.

Talvez não possa ser gritante a diferença entre as assinaturas, mas é perceptível a qualquer pessoa, mesma não dotada de conhecimento especializado, conforme se infere da comparação das assinaturas constantes às fls. 16 e 19. Aliás, a perícia grafotécnica, ainda que desnecessária para demonstrar a falsidade, apenas confirmou a ilicitude.

Referida perícia grafotécnica (fls. 338-373) foi bem clara ao concluir que as diferenças entre as assinaturas dos sócios poderiam passar desapercibidas de pessoas não afetas ao trabalho de conferência de documentos:

*“Salienta-se que as assinaturas falsificadas guardam semelhanças formais quando confrontadas com as assinaturas paradigmas, podendo levar pessoas pouco afeitas à conferência de assinaturas a torná-las como autênticas.” (fl. 352).*

Ocorre que os servidores da Junta Comercial de MS, a despeito de não serem vocacionados para o trabalho próprio dos serviços notariais de reconhecimento de firma, possuem o dever de dar segurança à sociedade no tocante aos documentos por eles analisados e estão habituados a realizar essa tarefa, porque, do contrário, a sua função estaria limitada a carimbar quaisquer documentos que lhes fossem apresentados, gerando a mais completa insegurança no meio empresarial.

E certamente esse não é o espírito do art. 1º da Lei nº 8.934/94. Os julgamentos realizados no âmbito dos Tribunais de Justiça relativos ao tema em debate são normalmente lastreados no fato de que o trabalho das Juntas Comerciais ficaria limitado a verificação de regularidade formal – o que significa apenas a conferência superficial dos documentos e assinaturas, sem exigência de reconhecimento de firma – conforme dispõe o art. 40, do Decreto Federal 1.800/96, cuja tredeção é a seguinte:

*“Art. 40. As assinaturas nos requerimentos, instrumentos ou documentos particulares serão lançadas com a indicação do nome do signatário, por extenso, datilografado ou em letra de forma e do número de identidade e órgão expedidor, quando se tratar de testemunha.”*

Todavia, a obrigação de qualquer órgão ou agente público é com a legalidade estrita, e não apenas com o teor de um dispositivo infralegal isolado, pois, como visto nesta oportunidade, a Lei nº 8.934/94 possui conteúdo bem mais rígido e dotado de valor principiológico mais amplo e em sentido contrário à interpretação dada pela sentença.

Ademais, o fato de a própria lei acima mencionada não exigir o reconhecimento de firma das assinaturas constantes nos documentos submetidos ao registro da Junta Comercial (art. 63), ao invés de autorizar uma conferência relapsa quanto à sua regularidade, acaba por exigir do servidor maior cautela, justamente pela ausência de reconhecimento de firma.

Não se espera que o Estado seja perfeito em sua atuação, mas, naquele intervalo mínimo localizado entre a atuação protocolar e o trabalho diligente, não pode haver falhas. E, no caso concreto, houve falha da JUCEMS, a qual gerou os danos mencionados na inicial e comprovados documentalmente.

Há outro aspecto em que a JUCEMS agiu contrariamente à Lei nº 8.934/94: se as assinaturas inseridas na Alteração Contratual eram falsas, então quem compareceu ao referido órgão não foram os Srs. Francisco Antônio Barbosa Jacinto e Solene Parra Marques, sócios da Ampare Ltda., mas sim terceiros desconhecidos.

A manifesta falta de diligência da Junta Comercial fica comprovada pelo fato de que os seus servidores admitiram o pedido de arquivamento da alteração contratual sem a comprovação de identidade dos seus proponentes, conforme exige o art. 37, V, da Lei nº 8.934/94:

*“Art. 37. Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:*

*I - o instrumento original de constituição, modificação ou extinção de empresas mercantis, assinado pelo titular, pelos administradores, sócios ou seus procuradores;*

*II - declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer o comércio ou a administração de sociedade mercantil, em virtude de condenação criminal;*

*III - a ficha cadastral segundo modelo aprovado pelo DNRC;*

*IV - os comprovantes de pagamento dos preços dos serviços correspondentes;*

*V - a prova de identidade dos titulares e dos administradores da empresa mercantil.”*

Os requisitos acima fazem parte da regularidade formal a ser observada pelos servidores da Junta Comercial e, desse modo, a sua inobservância resulta em manifesta ilicitude, pois o art. 40, da mesma lei, determina que *“Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela junta comercial.”*

Chama atenção o descaso da Junta Comercial com os dispositivos legais acima mencionados e com os procedimentos respectivos, pois apenas nos casos em que a alteração contratual é feita em relação ao sócio administrador há maior exigência quanto à regularidade dos atos, o que contraria frontalmente o disposto no art. 37, V, da Lei nº 8.934/94.

Eis o teor de um dos depoimentos de servidores da JUCEMS, Sra. Milena Carolina Campos de Ré (f. 273):

*“(...) trabalha no protocolo e recebe documentações para alterações contratuais; que no caso do sócio ser o administrador é necessário uma cópia do RG autenticada; mas quando não vai ser o administrador basta uma cópia simples e além disso três vias da alteração contratual; que além disso procuram conferir as assinaturas de acordo com os documentos apresentados; que os documentos podem ser deixados por qualquer pessoa não necessariamente aquele que solicita a alteração contratual; que a movimentação para esta finalidade é bastante elevada;”*

Outro servidor, Márcio Cavassa do Valle, esclarece que a legislação que orienta a sua atuação é uma instrução normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio (f. 272).

Com base nessas informações, é possível extrair as seguintes conclusões: 1) os servidores não seguem a legislação (diga-se lei e não comandos infralegais destoantes da ordem legislativa) estritamente,

como é de se esperar dos órgãos e dos agentes públicos; e 2) demonstram como essa prática é corriqueira e ocorre em grande volume, o que eleva o risco de lesão a terceiros.

Desse modo, não há como comprovar a identidade dos titulares da empresa mercantil sem a apresentação dos seus documentos originais ou autenticados não havendo prova nos autos de que a JUCEMS tenha exigido esses requisitos; assim, como eram falsas as assinaturas apostas nos documentos apresentados à JUCEMS para a realização de alteração contratual, é certo que os seus representantes só conseguiram arquivar o ato por desídia da Junta Comercial em relação à verificação da identidade de quem lá compareceu.

Deve ficar claro que o fato de inexistir o dever de exigir documentos com assinaturas com firma reconhecida não exime a Junta Comercial de atuar com diligência, ao verificar as assinaturas e o teor dos documentos, conforme a interpretação sistemática dos artigos 1º, 37, V e 40, da Lei nº 8.934/94.

Visto o problema sob este ângulo, é digno de censura a alegação da JUCEMS (f. 289), no sentido de que há fundamentos para excluí-la do nexo causal, porque o fato era imprevisível e irresistível causado por força externa da autarquia, e ao fato de a vítima haver concorrido para o evento danoso.

Conforme exposto acima, é evidente que o fato não é imprevisível, pois trata-se de atividade frequente na JUCEMS, e em relação a qual existem deveres claros de cuidado com a atuação de pessoas no tocante a registros e alterações contratuais.

Por outro lado, afirmar que a vítima concorreu para o evento danoso é questão que depende de prova, ônus do qual a Junta Comercial não se desincumbiu, e, além disso, pelos danos que os apelantes sofreram e pelo fato de eles terem sido surpreendidos pelos atos prejudiciais praticados em seu nome.

Portanto, resta evidenciada a responsabilidade subjetiva da Junta Comercial de Mato Grosso do Sul, em decorrência da negligência do órgão em evitar que documentos falsificados – cuja falsidade era perceptível para servidores que lidam com esse tipo de trabalho – fossem utilizados na alteração contratual da sociedade Ampare Ltda., indevidamente.

Sobre a responsabilidade subjetiva, ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.*

*Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre que a culpa do serviço ou a “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal, ou funciona atrasado. Esta é a triplíce modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva. (...)*

*Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um ato relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.*

*É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o da culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como “falta” (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo.*

*Outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano é a circunstância de que na responsabilidade por faute du service necessariamente haverá de ser admitida uma “presunção de culpa”, pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente.*

*Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade. (...)*

*É sabido que a culpa relaciona-se com negligência (noção antitética à de diligência), imprudência ou imperícia. Donde, a responsabilidade por falta de serviço é, indubitavelmente, responsabilidade subjetiva.”<sup>1</sup>*

Desse modo, resta configurada a responsabilidade da JUCEMS pela negligência no que concerne à correta fiscalização e conferência dos documentos relativos à Alteração Contratual de f. 17-19.

Com relação a apelada Munira Mustafá, apesar de ter seu nome utilizado na alteração do contrato social, não pode ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, uma vez que pode ser considerada como outra vítima das falsificações.

Passo a fixar valor do dano.

O impacto material sofrido pelos apelantes, a despeito de serem presumíveis, não foram comprovados nos autos, até porque, na inicial, os próprios autores afirmam que os danos materiais seriam futuramente comprovados com o levantamento dos débitos lançados.

Ocorre que o sistema processual vigente não admite a prolação de sentença condicional; a prova deve vir com a inicial ou na fase de instrução; como os autores não comprovaram que despenderam valores para quitar os débitos realizados em nome da Ampare Ltda. (f. 20-25), é inviável a condenação ao pagamento de danos materiais a esse título.

Por outro lado, o dano moral é cabível no caso dos autos, porque a situação narrada na inicial e comprovada documentalmente demonstra que não se trata de mero aborrecimento, haja vista que a mero reconhecimento de nulidade da alteração contratual fraudulenta não foi suficiente para desfazer todos os problemas gerados com a ilicitude perpetrada contra os apelantes.

Como se observa pelo teor das ocorrências policiais e do extrato de restrição ao crédito, houve a emissão de ao menos 53 (cinquenta e três) cheques e mais de 62 protestos em nome da Ampare Ltda.

Para resolver todas essas pendências, os apelantes não passarão por um simples aborrecimento, mas sim por um calvário indevido para pessoas de bem e de uma empresa que não ostentava essa condição negativa, sendo esse aspecto uma clara violação dos seus direitos de personalidade.

Considerando-se os elementos acima descritos, a condição social das vítimas e do caráter pedagógico a ser observado pela causadora do dano, fixo o valor dos danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, a correção monetária do valor acima deve ser feita pelo IPCA, incidente a partir da citação, e os juros moratórios serão

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed., rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1019-1.022.

equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, a partir do evento danoso, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Os honorários advocatícios serão custeados integralmente pela JUCEMS (sucumbência mínima dos apelantes), no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, considerando-se o grau de zelo dos patronos dos apelantes quanto à condução do feito, da duração prolongada de andamento da demanda (até o momento cerca de 08 anos) e da importância da demanda (art. 20, § 3º, alíneas *a*, *b* e *c*, do CPC).

A autuação do feito e a sentença mencionam que houve reexame necessário, mas não houve condenação pecuniária antes da interposição do recurso, sendo hipótese de aplicação do art. 475, §2º, do CPC (desnecessidade de reexame).

#### Dispositivo

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Francisco Antônio Barbosa Jacinto, Solene Parra Marques e Ampare Ltda-ME, para, em se reformando em parte a sentença, condenar a Junta Comercial ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescidos de correção monetária pelo IPCA, incidente a partir da citação, e os juros moratórios equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, a partir do evento danoso, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, além de pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Determino a correção da autuação do feito, para que conste somente como recurso de apelação, excluindo-se a anotação do reexame necessário.

## 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 24 de agosto de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0000124-51.2011.8.12.0013 - Jardim**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA FORMULADO EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS – NÃO CONHECIDO – SERVIDÃO DE PASSAGEM – NÃO CARACTERIZADA – DISPONIBILIZAÇÃO DA CHAVE DA PORTEIRA – ATOS DE MERA TOLERÂNCIA DE TRÂNSITO – SITUAÇÃO QUE NÃO EXTERNA POSSE – SERVIDÃO NÃO SE PRESUME E DEVE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há de ser conhecido o pedido para alteração da sentença que não foi formulado em recurso próprio.

Súmula 415 do STF: “*Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória*”.

Constata-se que o autor/apelante não se desincumbiu da comprovação quanto a existência da servidão de trânsito, notadamente porque, como bem ressaltou o magistrado *a quo*, não há nenhuma obra que sirva como alicerce da posse alegada pelo autor, porque somente há porteiros no caminho mencionado nos autos.

O que se observa é a caracterização de mera tolerância de passagem de vizinho pelo proprietário do imóvel, tendo em vista que houve a entrega de chave do cadeado, situação esta que não cria o direito de ver estabelecida uma servidão, mormente quando inexistentes sinais perceptíveis do exercício de posse pelo autor/apelante.

A servidão não se presume, pois envolve uma limitação da propriedade, a qual se presume plena. Sendo assim, a servidão deve ser provada por quem afirma sua existência de modo explícito, e sua interpretação é sempre restritiva, quanto à sua existência ou extensão.

## 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 e não conhecer dos pedidos formulados em contrarrazões, nos termos do voto do Relator.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

José Luizari Filho interpõe recurso de apelação, inconformado com sentença (fls. 326/332), proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Jardim, nos autos de ação de reintegração de posse, movida em desfavor de

Laércio Gomes dos Reis e Leila Pereira Renovato dos Reis, que julgou improcedente o pedido da inicial de reintegração de posse, e também o pedido contraposto, além de reconhecer a sucumbência recíproca, tendo em vista que ambas as partes saíram vencidas, arbitrando os honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sendo indevida a compensação.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 336/353), alega, em síntese, que sofreu esbulho possessório pelos apelados, devido ao fechamento unilateral, através de cadeado com corrente, da estrada vicinal que dá acesso à sua propriedade, trazendo diversos transtornos e prejuízos, já que encontra-se impedido de utilizar a servidão de trânsito que sempre fez uso.

Acrescenta que tal acesso não ocorria por mera liberalidade dos apelados, tendo em vista que a servidão existe há mais de 20 (vinte) anos, sendo constituída antes mesmo da aquisição da propriedade pelos mesmos que ocorreu no ano de 2001/2002.

Aduz, ainda, que a existência de outros acessos não retira o direito do apelante de utilizar a estrada, notadamente porque é única que suporta o trânsito de caminhões e carretas, bem como vem sendo utilizada pelo apelante e por moradores da região há muito tempo, de forma contínua e pacífica.

Ao final, pugna pelo provimento do presente recurso para que seja restabelecida a servidão de trânsito, condenando os apelados ao pagamento da totalidade do ônus da sucumbência.

Os apelados, em suas contrarrazões recursais (fls. 362/383), requerem, inicialmente, o acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir superveniente, em razão da confissão do apelante de fatos extintivos de direitos que fundamentam a inicial, aplicando-se o princípio da causalidade (art. 85, §10º, CPC/15), inclusive, com a majoração prevista no §11, do art. 85, do CPC/15. Em caso de entendimento contrário, pugnam pelo improvimento do presente recurso de apelação.

Requerem, ainda, seja reformada a sentença, nos termos da contestação, em que pleitearam a procedência do pedido contraposto e a condenação do requerente a indenização dos danos causados pela ação temerária, bem como a prévia indenização caso reste reconhecido o direito de passagem.

Por fim, pleiteiam a aplicação da multa prevista no art. 77, do CPC/15, condenando-se o apelante na integralidade das custas e honorários, além das penas previstas no art. 202, do CPC/15, haja vista a utilização do direito de recorrer de forma abusiva, praticando litigância de má fé.

### **VOTO (EM 03/08/16)**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (Relator)

José Luizari Filho interpõe recurso de apelação, inconformado com sentença (fls. 326/332), proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Jardim, nos autos de ação de reintegração de posse, movida em desfavor de Laércio Gomes dos Reis e Leila Pereira Renovato dos Reis, que julgou improcedente o pedido da inicial de reintegração de posse, e também o pedido contraposto, além de reconhecer a sucumbência recíproca, tendo em vista que ambas as partes saíram vencidas, arbitrando os honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sendo indevida a compensação.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 336/353), alega, em síntese, que sofreu esbulho possessório pelos apelados, devido ao fechamento unilateral, através de cadeado com corrente, da estrada vicinal que dá acesso à sua propriedade, trazendo diversos transtornos e prejuízos, já que encontra-se impedido de utilizar a servidão de trânsito que sempre fez uso.

Acrescenta que tal acesso não ocorria por mera liberalidade dos apelados, tendo em vista que a servidão existe há mais de 20 (vinte) anos, sendo constituída antes mesmo da aquisição da propriedade pelos mesmos que ocorreu no ano de 2001/2002.

Aduz, ainda, que a existência de outros acessos não retira o direito do apelante de utilizar a estrada, notadamente porque é única que suporta o trânsito de caminhões e carretas, bem como vem sendo utilizada pelo apelante e por moradores da região há muito tempo, de forma contínua e pacífica.

Ao final, pugna pelo provimento do presente recurso para que seja restabelecida a servidão de trânsito, condenando os apelados ao pagamento da totalidade do ônus da sucumbência.

Os apelados, em suas contrarrazões recursais (fls. 362/383), requerem, inicialmente, o acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir superveniente, em razão da confissão do apelante de fatos extintivos de direitos que fundamentam a inicial, aplicando-se o princípio da causalidade (art. 85, §10º, CPC/15), inclusive, com a majoração prevista no §11, do art. 85, do CPC/15. Em caso de entendimento contrário, pugnam pelo improvimento do presente recurso de apelação.

Requerem, ainda, seja reformada a sentença, nos termos da contestação, em que pleitearam a procedência do pedido contraposto e a condenação do requerente a indenização dos danos causados pela ação temerária, bem como a prévia indenização caso reste reconhecido o direito de passagem.

Por fim, pleiteiam a aplicação da multa prevista no art. 77, do CPC/15, condenando-se o apelante na integralidade das custas e honorários, além das penas previstas no art. 202, do CPC/15, haja vista a utilização do direito de recorrer de forma abusiva, praticando litigância de má fé.

Inicialmente, para melhor compreensão, fazem-se necessários alguns esclarecimentos acerca dos fatos contidos nos autos.

Consta dos autos que José Luizari ajuizou a presente demanda alegando, em síntese, que é proprietário da Fazenda Santo Expedito, situada no Município de Guia Lopes da Laguna/MS, e que esse imóvel tem como acesso a estrada vicinal que passa pela propriedade dos réus/apelados. Ocorre que, de forma unilateral, os apelados colocaram cadeados com corrente na porteira, obstaculizando a passagem pela referida estrada, o que trouxe diversos transtornos e prejuízos.

Diante disso, pugnou pela sua reintegração, liminarmente, na posse da servidão de passagem e, ao final, pela procedência da ação, para que a liminar seja tornada definitiva, condenando-se os apelados ao pagamento dos ônus sucumbenciais, bem como dos prejuízos sofridos em razão do esbulho praticado.

Às fls. 40/41 foi deferida a liminar pleiteada, determinando-se a expedição de mandato de reintegração de posse em favor de José Luizari Filho, que ocorreu em 17/01/2011 (fls. 58/60).

Por sua vez, os apelados Laércio Gomes dos Reis e Leila Pereira Renovato dos Reis apresentaram contestação (fls. 65/85) impugnando as teses lançadas na inicial, e formularam pedido contraposto, pleiteando a proteção possessória e a reparação por eventual reconhecimento de direito de passagem forçada ou de servidão de passagem, consistente na construção de um corredor cercado, bem como indenização pela diminuição da propriedade.

Dos pedidos formulados por Laércio Gomes dos Reis e Leila Pereira Renovato dos Reis nas suas contrarrazões recursais

Os apelados, nas suas contrarrazões recursais, formularam pedido para que seja: a) acolhida a preliminar de falta de interesse de agir superveniente, com a majoração prevista no §11, do art. 85, do

CPC/15; b) reformada a sentença, nos termos da contestação e c) aplicada a multa prevista no art. 77, do CPC/15, condenando-se o apelante na integralidade das custas e honorários, além das penas previstas no art. 202, do CPC/15, haja vista a utilização do direito de recorrer de forma abusiva, praticando litigância de má fé.

Todavia, tais pedidos não devem ser conhecidos, pois este Tribunal tem entendimento no sentido de que *“o pedido de alteração da sentença deve ser manejado por recurso próprio, não se prestando a tal finalidade as contrarrazões.”* (0800193-35.2011.8.12.0018 Apelação. Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel Comarca: Paranaíba Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data do julgamento: 29/11/2012 Data de registro: 12/12/2012.)

E ainda:

*“Não se conhece de pedido feito em contrarrazões, por inadequação da via eleita. (0802068-54.2012.8.12.0002 Apelação Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson Comarca: Dourados Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 01/10/2013 Data de registro: 04/12/2013.)”*

Portanto, como os pedidos para alteração da sentença não foram formulados em recurso próprio, não serão conhecidos.

Do recurso de apelação interposto por José Luizari Filho

A questão cinge-se em saber se restou comprovada ou não a existência de servidão de trânsito e do esbulho possessório praticado pelos réus/apelados, ante a colocação de cadeado na porteira da estrada que dá acesso à propriedade do autor/apelante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a servidão de trânsito não se confunde com a passagem forçada. Isso porque, a passagem forçada é decorrente do direito de vizinhança e exige que imóvel beneficiado esteja encravado, de forma que não tenha acesso à via pública<sup>1</sup>. Por sua vez, a servidão de trânsito proporciona ao prédio dominante o aumento de sua utilidade, mediante restrições impostas ao prédio serviente, independentemente de existir ou não encravamento do prédio dominante.

Sendo assim, o caso dos autos afasta a aplicação da passagem forçada, uma vez que restou demonstrada a existência de outros acessos à via pública (GLL 09 e GLL 11), conforme demonstrado pelo laudo pericial anexado pelos réus/apelados (fls. 80/109), o qual foi corroborado pela prova testemunhal.

Por oportuno, destaca-se trecho da sentença de primeiro grau que evidencia não haver encravamento absoluto da propriedade do autor (fl. 328):

*“Entretanto, pela prova produzida nos autos, constata-se que, ao contrário do que foi afirmado na inicial, há outros acessos (GLL 09 e GLL 11), e, a respeito de um deles não há demonstração inequívoca de que por lá não passam caminhões. Assim, transparece dos autos não haver encravamento, absoluto ou relativo. (...)”*

*“O mapa/georreferenciamento juntado pelo autor (f. 19/27) não esclarece a respeito dos demais acessos à propriedade. Por outro lado, o “Laudo Pericial” anexado pelos requeridos (f. 80/109), inobstante ser unilateral e não produzido sob o crivo do contraditório, traz elementos informativos no sentido de que há outros acessos (especialmente a GLL 11), o que restou confirmado pela prova testemunhal.”*

<sup>1</sup> Se o prédio não se acha encravado em outro, não tem o dono direito a reclamar passagem forçada (STJ, 3º. T., Resp 425-RJ, rel. Min. Cláudio Santos, v.u., j. 17.10.1989, DJU 6.11.1989, p. 16688).

Diante disso, devem ser aplicadas as regras da servidão de passagem, instituto protegido pelos direitos reais e previsto no Código Civil, *in verbis*:

*“Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.*

*“ Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.*

*Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos.”*

Vale transcrever o conceito de servidão de Rubens Limongi França, segundo o qual a servidão é “o desmembramento da propriedade imposto a certo imóvel (prédio serviente) em benefício de outro (prédio dominante), de tal forma que o titular do primeiro perde, em favor do titular do segundo, o uso, o gozo e a disponibilidade de uma parte dos seus direitos, o que pode consistir em ficar obrigado aquela a tolerar que este se utilize do imóvel serviente para determinado fim”<sup>2</sup>.

Conforme estabelece o art. 1.213 do Código Civil<sup>3</sup>, somente a servidão aparente propicia proteção possessória, não se aplicando à servidão não aparente, em regra. Ademais, é cabível a proteção possessória da servidão de trânsito, ainda que não titularizada, nos termos da Súmula 415 do STF, de seguinte teor: “*Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória*”.

Em que pese a possibilidade de proteção possessória à servidão de trânsito, na espécie, tem-se que o apelante não demonstrou, indene de dúvidas, os requisitos necessários à reintegração de posse, notadamente a existência da servidão de trânsito e do esbulho praticado, deixando, com isso, de atender ao ônus estabelecido no artigo 333, I, do Código de Processo Civil/1973.

Com efeito, o possuidor terá o direito de ser reintegrado na posse nos casos de esbulho, devendo, para tanto, comprovar a sua posse, o esbulho, a data do esbulho e a perda da posse, conforme determinam os arts. 926 e 927, do CPC/1973. Veja-se:

*“Art. 926. O possuidor tem direito de ser mantido na posse em caso de turbação e reintegração no de esbulho.*

*Art. 927. Incumbe ao autor provar:*

*I - a sua posse;*

*II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;*

*III - a data da turbação ou do esbulho;*

*IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.*

<sup>2</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. Instituições..., 1999, p. 484; apud TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Método, v. 4, 2015, p. 353.

<sup>3</sup> Art. 1.213. O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve.

Sobre o assunto, lecionam Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que:

*“Segundo descreve o art. 927 do CPC, na ação de manutenção e de reintegração de posse, deve o autor alegar e provar: (a) a existência da sua posse; (b) a violação dessa posse, pela turbacão ou pelo esbulho; (c) a data do ato violador (que terá importância para a aferição do rito a ser empregado); (d) o prosseguimento da posse, embora turbada, no caso de manutenção, o a perda da posse, na medida reintegratória. O art. 927 do CPC deixa claro que as ações possessórias são fundadas no fato jurídico “posse”. As ações que objetivam a posse da coisa, mas são fundadas no domínio ação reivindicatória ou em direito à posse ou, mais precisamente, em documentos em que o alienante outorga direito de se imitar na posse ação de imissão na posse -, não são possessórias, mas sim petitórias”.* (Procedimentos Especiais vol. 5, 5ª Ed., 2014, p. 104/105).

Ressalta-se que a servidão não se presume, pois envolve uma limitação da propriedade, a qual se presume plena. Sendo assim, a servidão deve ser provada por quem afirma sua existência de modo explícito, e sua interpretação é sempre restritiva, quanto à sua existência ou extensão.

Nesse sentido, leciona Arnaldo Rizzardo:

*“(...) Servitus non praesumitur. Há de ser explícita. A interpretação é sempre restrita, pois envolve o ônus uma limitação ao exercício da propriedade. Na dúvida, não é reconhecida, competindo a prova a quem afirma a sua existência.*

*Os tribunais decidem neste rumo, partindo do então art. 696 do Código Civil revogado, cujo conteúdo está no art. 1.378 do Código atual, quando dispõe que a servidão se constitui mediante declaração expressa do dono do imóvel: ‘Estabelece o art. 696 do CC que a servidão não se presume, na dúvida reputa-se não existir; isto é, no conflito de provas apresentadas pelo autor e pelo réu, decide-se contra a servidão’ “4*

Aliás, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSSESSÓRIA. INTERDITO PROIBITÓRIO. PASSAGEM FORÇADA. SERVIDÃO DE PASSAGEM. DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO NO CASO. SERVIDÃO NÃO SE PRESUME E DEVE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE.*

*Apesar de apresentarem naturezas jurídicas distintas, tanto a passagem forçada, regulada pelos direitos de vizinhança, quanto a servidão de passagem, direito real, originam-se em razão da necessidade/utilidade de trânsito, de acesso.*

*Não identificada, no caso dos autos, hipótese de passagem forçada ou servidão de passagem, inviável a proteção possessória pleiteada com base no alegado direito.*

*A servidão, por constituir forma de limitação do direito de propriedade, não se presume, devendo ser interpretada restritivamente.*

*Recurso especial provido.”* (REsp 316.045/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012)

Compulsando os autos, contudo, constata-se que o apelante não se desincumbiu da comprovação quanto a existência da servidão de trânsito, notadamente porque, como bem ressaltou o magistrado *a quo*, não há nenhuma obra que sirva como alicerce da posse alegada pelo autor, porque somente há porteiros no caminho mencionado nos autos.

4 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 875

Após análise do Boletim de Ocorrência n. 622/2010 (fl. 24) e dos depoimentos de José Luizari e Laércio Gomes dos Reis (fls. 245/249 e 256/257), constata-se que as partes estipularam que o autor/apelante poderia passar pela propriedade dos réus/apelados, contudo, tal passagem seria controlada por meio de uma porteira, a qual deveria ser mantida fechada, e cuja chave fora fornecida ao autor.

Acerca da questão, transcreve-se trecho do depoimento de José Luizari, em que confirma ter recebido a chave do cadeado da porteira (fls. 265/269):

*“Acontece o seguinte doutor, eu tenho uma propriedade lá onde ela foi adquirida em 05 áreas diferentes. Onde uma dessas áreas de 132 hectares, foi adquirida e o acesso para essa área, certo? É justamente a estrada onde ele fechou. Quando eu adquiri essa área de 130 hectares, ele não era meu vizinho, a estrada já existia há muito tempo e o acesso para eu chegar nessa área, tinha que passa por aquela estrada.*

*Aí ele colocou um cadeado lá naquela estrada e deu uma chave para mim. Então cada vez que eu ia receber um caminhão da fazenda, eu ia lá abrir o cadeado e deixava aberto, a hora que chegava o caminhão o cadeado estava fechado novamente. Aí trazia transtorno, até conseguir falar em telefone, e a gente tinha que sair daqui e ir lá para abrir, achar um peão que estava do outro lado da fazenda, isso aconteceu várias vezes. (...)*

*Então doutor, funcionava assim...Que eu já falei para o doutor no começo, que eu abria o cadeado para o caminhão entrar, a hora que o caminhão chegava, o cadeado estava trancado novamente, aí trazia todo o transtorno. Isso ocorreu por várias vezes e como a gente já não se comunicava mais, eu retirei o cadeado com a corrente, e registrei um Boletim de Ocorrência em Guia Lopes da Laguna o motivo pelo qual eu tinha tirado e entregue ali, certo?”*

O que se observa é a caracterização de mera tolerância de passagem de vizinho pelo proprietário do imóvel, tendo em vista que houve a entrega de chave do cadeado, situação esta que não cria o direito de ver estabelecida uma servidão, mormente quando inexistentes sinais perceptíveis do exercício de posse pelo autor/apelante. Esse entendimento foi adotado pelo art. 1.208 do Código Civil, segundo o qual *“não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”*.

A propósito, conforme esclarece Orlando Gomes, a servidão não se confunde com os atos de tolerância e com as simples faculdades, uma vez que os atos de tolerância são precários e a sua repetição não enseja a servidão, podendo ser proibidos a qualquer tempo<sup>5</sup>.

Em que pese a alegação de que a estrada existe há mais de 20 anos, sendo constituída antes mesmo da aquisição da propriedade pelos réus/apelados, não há provas do exercício incontestado e contínuo de posse, que não se presume, sobretudo quando a simples colocação de cadeado, do qual o autor/apelante sempre deteve cópia da chave, caracteriza mera tolerância de passagem que não induz a posse.

Sobre os atos de mera permissão ou tolerância, os quais não induzem a posse, extraí-se da jurisprudência pátria:

*“APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. SERVIDÃO DE PASSAGEM. ESBULHO. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA QUE NÃO INDUZEM POSSE HÁBIL A GARANTIR A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO REINTEGRATÓRIA. SENTENÇA MANTIDA. Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem a posse, conforme o teor do artigo 1.208 do Código Civil. Prova nos autos a demonstrar que,*

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais...*, 2004, p. 321, apud, TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Método, v. 4, 2015, p. 353.

*a despeito do inequívoco uso da passagem durante determinado período, a utilização decorreu de atos de mera permissão e tolerância do proprietário do terreno. Apelo Desprovido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70057106189, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 20/03/2014)*

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL-AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE DIREITO À PASSAGEM FORÇADA – AUSÊNCIA DE ENCRAVAMENTO – IMÓVEL ACESSÍVEL POR ESTRADA PÚBLICA – SERVIDÃO DE PASSAGEM – INEXISTÊNCIA DE TÍTULO – NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DA USUCAPIÃO – MERA TOLERÂNCIA DE TRÂNSITO – SITUAÇÃO QUE NÃO EXTERNA POSSE.**

*Não há falar em direito de passagem forçada quando o imóvel que o sustenta não é encravado, por ter acesso direito por estrada pública.*

*A servidão não se presume e exige a prova de sua constituição, seja por ato de vontade unilateral (testamento), seja bilateral (contrato), exigindo-se, em ambos os casos, o registro em Cartório de Registro de Imóveis de que trata o art. 1.378, do Código Civil.*

*A usucapião de servidão de passagem somente pode ser reconhecida se preenchidos os requisitos do art. 1.379, do Código Civil: exercício incontestado e contínuo da posse sobre servidão aparente por 20 anos. Neste ponto, esclareço que, consoante já esclarecido, o ônus da prova acerca da existência da servidão, que não se presume, era exclusivamente do requerente*

*A simples tolerância do trânsito de vizinho pelo proprietário do imóvel se enquadra na espécie de servidão não aparente, diante da ausência de sinais perceptíveis do exercício de posse por aquele.*

*Consoante lição da doutrina, “A usucapião não se concretizará quando a servidão é despida de sinais exteriores de existência. As servidões não aparentes ou descontínuas só se adquirem pelo registro, posto insuscetíveis de posse.” VV.*

*O direito de passagem forçada é advindo das relações de vizinhança e consiste em um ônus imposto à propriedade de um vizinho para que o outro possa ter acesso à via pública, a uma nascente ou a um porto. Encontra previsão no art. 1.285 do Código Civil de 2002 e pressupõe o encravamento do prédio daquele que requer a passagem. Já a servidão de passagem é um direito real sobre coisa alheia, instituído para aumentar a comodidade e a utilidade do prédio dominante, não estando condicionado, portanto, à inexistência de saída para a via pública, fonte ou porto.*

*Está previsto no art. 1.378 do CCB/2002 e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, por testamento, ou até mesmo pelo exercício incontestado que leva à consumação pelo usucapião, como prescreve o art. 1.379, também da Lei Substantiva Civil.*

Não se tratando de passagem forçada, torna-se irrelevante a discussão acerca do encravamento da propriedade rural do autor, restando apenas perquirir a eventual constituição de servidão.

A Súmula n. 415, do Supremo Tribunal Federal, prescreve que: “*Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito a proteção possessória*”.

*A ação de reintegração de posse tem como finalidade a retomada da posse, em caso de esbulho. Daí decorre que, para o manejo desta ação, devem estar devidamente comprovados a posse, o esbulho praticado pelo réu, sua data, além da conseqüente perda da posse. Demonstrados os requisitos indispensáveis, procede o pedido possessório.” (TJMG, Apelação Cível 1.0049.14.000355-6/001, Rel. Des. Leite Praça, julgado em 26/02/2015)*

Como bem delineou o magistrado *a quo*, a alegação de que a manutenção da estrada era realizada periodicamente pelo poder público e também pela “Agesul”, conforme demonstram as declarações escritas de fls. 42/43, não é situação que exterioriza posse em favor de nenhuma pessoa.

Quanto à suposta impossibilidade de trânsito de caminhões e carretas por outros acessos, o que torna legítima a passagem do autor/apelante pela propriedade dos réus/apelados, igualmente acertada a decisão de primeiro grau que, após minucioso exame do conjunto probatório, entendeu pela insuficiência de provas nesse sentido. Vejamos:

*“As fotografias juntadas pelas partes (f. 178/182 e 202/209) não indicam a existência de obstáculos, na GLL 011, quanto ao trânsito de caminhões, sendo a placa referida na f. 96 de cunho particular, não podendo ser oposta a terceiros, sem o aval do Poder Público; a ponte sobre o Córrego São José, no caminho do acesso à GLL 011, não está quebrada, a despeito desse tipo de referência nos depoimentos prestados nos autos.*

*E, ainda que fosse possível afirmar que referida ponte não suporta o peso de caminhões de bois, é certo que a prova testemunhal produzida nos autos é inconclusiva e insuficiente neste sentido, conforme se depreende dos depoimentos prestados por Heron dos Santos (f. 263/264), Silvério de Oliveira (f. 257/262), Valdeir de Oliveira Helpis (f. 265/268) e Gilmar Brunet Barbosa (f. 269/273). (...)”*

Como as partes não produziram prova pericial a respeito da incapacidade da ponte quanto ao tráfego de caminhões, tem-se que o acesso por essa estrada municipal é possível, sendo incorreto dizer que há encravamento, absoluto ou relativo.

Por derradeiro, acrescenta-se que o fato dos réus/apelados colocarem uma porteira com cadeado para proteção de sua propriedade, não configura esbulho possessório, tendo em vista que houve entrega de cópia da chave ao autor/apelante, inexistindo obstáculo à sua passagem.

Sobre a questão, veja-se a lição de Francisco Eduardo Loureiro<sup>6</sup>:

*“Deve-se levar em conta, também, a servidão ter como causa as utilidades que proporciona ao prédio dominante e o respeito ao prédio serviente. Assim, admitem-se certas condutas do titular do prédio serviente, considerando a proporcionalidade entre as consequências do gravame e o incômodo ao titular do prédio dominante. Tome-se o exemplo dado por Carvalho Santos, do proprietário do prédio gravado com servidão de passagem, que coloca na entrada de seu imóvel uma porteira para preservar sua segurança, com o cuidado, porém, de oferecer uma chave ao titular da servidão, de modo a lhe causar o mínimo embaraço possível (op. cit. v. ix. p. 215)”*

No mesmo diapasão:

*“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POSSESSÓRIA. SERVIDÃO DE PASSAGEM. EXERCÍCIO. LIMITAÇÃO ÀS NECESSIDADES DO IMÓVEL DOMINANTE. COLOCAÇÃO DE CADEADO NA PORTEIRA. DISPONIBILIZAÇÃO DAS CHAVES AOS PROPRIETÁRIOS DOS IMÓVEIS DOMINANTES. OBSTÁCULO À PASSAGEM. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. A servidão se constitui por testamento ou pelo acordo de vontades entre os proprietários dos dois imóveis, no qual um grava parte de seu prédio (serviente), de modo a prestar certa utilidade ao outro imóvel (dominante) e se obriga a deixar de exercer suas faculdades de domínio que impliquem em perda da utilidade da servidão. O exercício da servidão não é irrestrito, limitando-se às necessidades do prédio dominante, de modo a evitar o agravamento do*

<sup>6</sup> Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. Editora Manole, 2015, fl. 714.

*encargo ao prédio serviente, sempre que possível, a teor do disposto no artigo 1.385 do CC/2002. Desde que resguardado o direito de trânsito do prédio dominante, por meio da disponibilização da chave do cadeado colocado na porteira, estão os proprietários do prédio serviente autorizados a gozar livremente do seu direito dominial. ” (TJ-MG - AC: 10701100133308002 MG, Relator: Sebastião Pereira de Souza, Data de Julgamento: 11/12/2013, Câmaras Cíveis / 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/01/2014)*

Portanto, tenho que não restou configurada a existência de servidão de passagem, de modo que a sentença não merece adequação.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator ter negado provimento ao recurso e não ter conhecido dos pedidos formulados em contrarrazões. O 2º vogal aguarda.

### **VOTO (EM 10/08/16)**

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º Vogal)

José Luizari Filho interpõe apelação cível, insurgindo-se contra a sentença de fls. 326/332, proferida pela juíza da 1ª vara de Jardim, Penélope Mota Calarge Regasso, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de reintegração de posse que move em face de Laércio Gomes dos Reis e Leila Pereira Renovato dos Reis.

Nas contrarrazões, os réus/apelados pleitearam o acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir superveniente, majoração dos honorários advocatícios, procedência do pedido contraposto feita na contestação e aplicação da multa do art. 77 do CPC/2015.

Na sessão passada, o ilustre Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, proferiu seu voto para não conhecer dos pedidos formulados em sede de contrarrazões e para negar provimento à apelação.

Pedi vista dos autos apenas para analisar melhor o pedido de aplicação de multa feito em contrarrazões; quanto às demais matérias, acompanho desde já o Des. Relator.

Verifico que, em contrarrazões, os ora apelados postularam a incidência da multa prevista no art. 77 do NCPC, que elenca deveres a serem observados pelos participantes do processo, sob pena de caracterização de litigância de má-fé, *verbis*:

*“Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:*

*I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;*

*II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;*

*III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;*

*IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;*

*V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;*

*VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.*

*§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.*

*§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.*

*§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.*

*§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.*

*§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.*

*§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.*

*§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.*

*§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.”*

Primeiro, cumpre consignar que à espécie é aplicável do CPC/73, vez que a publicação da r. sentença (f. 333) data de 20 de novembro de 2015, anteriormente à entrada em vigor do NCPC (18/03/2016). Assim, à luz do que do art. 14<sup>7</sup> e da Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, o presente recurso rege-se pelo antigo diploma processual.

Logo, referido pedido haveria de ser formulado com base nos arts. 17 e 18 do CPC/73 e não no art. 77 do atual CPC.

Além disso, outro erro cometido pelos apelados – e aqui acompanhando o nobre Relator – foi ter deduzido o pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé no bojo das contrarrazões, meio processual inadequado.

Confira-se:

*“CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. (...). PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ARBITRADOS EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. VIA ELEITA INADEQUADA. RECURSO IMPROVIDO.*

<sup>7</sup> 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.

*(...) 5. Não se conhece de pedido de litigância de má-fé e de majoração de verba honorária formulados em sede de contrarrazões, vista a manifesta inadequação da via eleita. 6. Preliminares rejeitadas. Recurso improvido, sentença mantida, com a correção de erro material de que a demolição da edificação erigida deve ocorrer na unidade imobiliária nº 3 pertencente à ré/apelante.” (TJDF - APC: 20120710087793 DF 0008472-80.2012.8.07.0007, Relª. Maria Ivatônia, j: 25/03/2015).*

Posto isso, acompanho integralmente o Des. Relator para não conhecer dos pedidos formulados em contrarrazões e negar provimento à presente apelação.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e não conheceram dos pedidos formulados em contrarrazões, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0800966-91.2014.8.12.0045 - Sidrolândia**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AMBIENTAL – PRELIMINAR – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – MÉRITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – ARTIGO 5º, LXXVIII – DEMORA INJUSTIFICADA NA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE REGULARIZAÇÃO DE RESERVA LEGAL – MAIS DE 5 ANOS SEM MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO – APLICAÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Com a determinação constitucional (artigo 5º, LXXVIII) para que haja prazo razoável na prestação jurisdicional surge o compromisso do Estado, a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, mostrando-se injustificada a demora de mais de 5 anos para a análise de procedimento administrativo para regularização de área de reserva legal.

Nega-se provimento ao agravo retido, consubstanciado na alegação de impossibilidade de inversão do ônus da prova, pois em matéria ambiental, é dever de quem praticou o dano provar que não o fez.

Possível a aplicação de multa, inclusive contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de decisão judicial.

## 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 agravo retido, no mérito, negar provimento ao recurso e, em sede de remessa necessária, mantiver a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de julho de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

IMASUL - Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação e o Juiz da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia submete a reexame necessário, a sentença proferida nos autos da ação civil pública para cumprimento de obrigação ambiental movida pelo Ministério Público Estadual que julgou procedente o pedido inicial “*para determinar que a parte requerida analise os procedimentos*

*administrativos, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)."*

O apelante, em suas razões recursais (fls. 363/385), reitera, em sede preliminar, os termos do agravo retido (fls. 92/97), para que haja o indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova formulado pelo ente ministerial. Aduz que *"em face dos poderes investigatórios que a lei conferiu ao parquet, a ser exercido mediante a instauração de inquérito civil, não há justificativa para considerá-lo hipossuficiente o que impede a inversão do ônus da prova na forma deferida."* (fls. 368)

Quanto ao mérito, sustenta, que os procedimentos administrativos promovidos pelo Ministério Público, para regularização de áreas de reserva legal ambiental (TACs) foram formulados sob a égide de legislação já revogada (Lei nº 4.771/65), sendo que algumas das exigências sequer são passíveis de cumprimento.

Aduz que o Código Florestal/2012 tem aplicabilidade imediata, inclusive em relação a Termo de Ajuste de Conduta firmado antes de sua vigência, devendo ser reformada a sentença, pois *"a nova legislação que rege a matéria não mais permite que a reserva legal seja regularizada pela antiga lei revogada na forma requerida no processo n. 23/104631/2009."* (fls. 380)

Assevera, ainda, que *"As determinações contidas na decisão recorrida denota ingerência do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, ofendendo, liminarmente, o princípio da Tripartição dos Poderes."* (fls. 381)

Requer o afastamento da multa diária aplicada na sentença ou, caso não seja esse o entendimento adotado que haja a sua redução.

Por fim, prequestiona a matéria em debate.

O Ministério Público Estadual, nas contrarrazões recursais (fls. 389/401), pugna pelo improvimento do presente recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (fls. 409/424), também opina pelo desprovimento do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (Relator)

IMASUL - Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação e o Juiz da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia submete a reexame necessário, a sentença proferida nos autos da ação civil pública para cumprimento de obrigação ambiental movida pelo Ministério Público Estadual que julgou procedente o pedido inicial *"para determinar que a parte requerida analise os procedimentos administrativos, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)."*

O apelante, em suas razões recursais (fls. 363/385), reitera, em sede preliminar, os termos do agravo retido (fls. 92/97), para que haja o indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova formulado pelo ente ministerial. Aduz que *"em face dos poderes investigatórios que a lei conferiu ao parquet, a ser exercido mediante a instauração de inquérito civil, não há justificativa para considerá-lo hipossuficiente o que impede a inversão do ônus da prova na forma deferida."* (fls. 368)

Quanto ao mérito, sustenta que os procedimentos administrativos promovidos pelo Ministério Público para regularização de áreas de reserva legal ambiental (TAC's) foram formulados sob a égide de legislação já revogada (Lei nº 4.771/65), sendo que algumas das exigências sequer são passíveis de cumprimento.

Aduz que o Código Florestal/2012 tem aplicabilidade imediata, inclusive em relação a Termo de Ajuste de Conduta firmado antes de sua vigência, devendo ser reformada a sentença, pois *“a nova legislação que rege a matéria não mais permite que a reserva legal seja regularizada pela antiga lei revogada na forma requerida no processo n. 23/104631/2009.”* (fls. 380)

Assevera, ainda, que *“As determinações contidas na decisão recorrida denota ingerência do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, ofendendo, liminarmente, o princípio da Tripartição dos Poderes.”* (fls. 381)

Requer o afastamento da multa diária aplicada na sentença ou, caso não seja esse o entendimento adotado que haja a sua redução.

Por fim, prequestiona a matéria em debate.

O Ministério Público Estadual, nas contrarrazões recursais (fls. 389/401), pugna pelo improvimento do presente recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 409/424), também opina pelo desprovimento do apelo.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual ingressou com a presente demanda em face do IMASUL - Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul *“pleiteando que o juízo fixe prazo para o órgão ambiental requerido concluir procedimentos administrativos que já ultrapassaram 05 anos.”*

O pedido inicial foi julgado procedente nos seguintes termos:

*“Do exposto, pedindo vênias a quem entenda de forma diversa, julgo procedente o pedido ministerial para determinar que a parte requerida analise os procedimentos administrativos, no prazo de 30 (dias), sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).*

*Friso que a incidência da multa cominatória somente terá eficácia após o trânsito em julgado de tal decisão, haja vista a respeitável decisão de fls 329/349 que afastou a multa fixada.*

*Sem custas e sem honorários.”* (fls. 354)

Em tendo sido julgados procedentes os pedidos iniciais o IMASUL – Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul interpôs o presente recurso de apelação suscitando a preliminar de conhecimento e provimento do agravo retido para que fosse indeferido o pedido de inversão do ônus da prova e, no mérito, a total reforma da sentença singular para que fosse afastada a determinação para análise dos procedimentos administrativos, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de incidência de multa diária.

Preliminar – agravo retido – inversão do ônus da prova.

Inicialmente, em sede preliminar, o apelante reitera os termos do agravo retido (fls. 92/97), para que haja o indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova formulado pelo ente ministerial. Aduz que *“em face dos poderes investigatórios que a lei conferiu ao parquet, a ser exercido mediante a instauração de*

*inquérito civil, não há justificativa para considerá-lo hipossuficiente o que impede a inversão do ônus da prova na forma deferida.” (fls. 368)*

A preliminar deve ser rejeitada.

No caso em tela, foi deferida a inversão do ônus da prova (fls. 57/59), tendo o magistrado singular considerado que a omissão do apelante em analisar o pedido administrativo para formação de reserva legal, pode trazer várias consequências ao meio ambiente, de forma grave e irreversível. Sendo certo que o peso da inércia do recorrente não pode recair sobre o proprietário do imóvel. Veja-se:

*“(...) a inversão do ônus da prova é medida que se deve tomar, posto que, no caso em tela, o causador de eventual dano ambiental não deve incorrer ao proprietário do imóvel e sim ao requerido da presente demanda, eis que a este está cabendo a análise do pedido administrativo formulado pelo proprietário. Tal omissão, configurada pela demora em analisar o pedido administrativo, pode danar de forma grave e irreversível o meio ambiente, devendo o requerido se atentar ao princípio da precaução, tomando-se todas as medidas necessárias para impedir que eventuais prejuízos aconteçam.” (fls. 53)*

Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal, segundo o qual *“Considerando-se que demandas ambientais dizem respeito a bem público de titularidade difusa, cujo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível, com incidência de responsabilidade civil integral objetiva, implicando numa atuação jurisdicional de complexidade probatória, a inversão do ônus da prova é medida a ser adotada.”* (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Anastácio; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 21/07/2015; Data de registro: 07/08/2015)

E ainda:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. PROIBIÇÃO DE NOVAS INTERVENÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LIMINAR DEFERIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.*

*Nas ações civis públicas que visam tutelar a proteção ao meio ambiente, a concessão da liminar exige apenas a verificação da existência de um juízo de probabilidade a respeito dos danos potenciais que podem vir a ser causados.*

*Compete a quem está sendo apontado como causador do dano ambiental provar que não o fez, sendo possível, no caso, a inversão do ônus da prova.”* (1411295-54.2014.8.12.0000. Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Miranda; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 25/08/2015; Data de registro: 31/08/2015) – grifei

No mesmo sentido se posiciona o STJ. Veja-se:

*“DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LUCROS CESSANTES AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA INTEGRAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CABIMENTO. 1. A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de*

*responsabilidade. Precedentes. 2. Demandas ambientais, tendo em vista respeitarem bem público de titularidade difusa, cujo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível, com incidência de responsabilidade civil integral objetiva, implicam uma atuação jurisdicional de extrema complexidade. 3. O Tribunal local, em face da complexidade probatória que envolve demanda ambiental, como é o caso, e diante da hipossuficiência técnica e financeira do autor, entendeu pela inversão do ônus da prova. Cabimento. 4. A agravante, em seu arrazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de modificar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no REsp 1412664 / SP Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0305364-9. 4ª Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 11/02/2014)*

Portanto, não prospera a alegação impossibilidade de inversão do ônus da prova, porquanto, em matéria ambiental, é dever de quem praticou o dano provar que não o fez, mesmo porque “*Possível a inversão do ônus da prova, na hipótese, que em verdade se dá em prol da sociedade, a qual detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente. Precedente*”. (STJ, RESP 1.049.822, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.05.2009, pg. 359). (1408987-45.2014.8.12.0000. Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Miranda; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/10/2014; Data de registro: 09/10/2014)

E, *in casu*, a demora na análise do pedido para regularização de área de reserva legal, por parte do IMASUL é passível de gerar dano ambiental, motivo pelo qual sua é a responsabilidade em provar que, a sua inércia não acarretará danos ao meio ambiente.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido, consubstanciado na alegação de impossibilidade de inversão do ônus da prova.

Passo a análise do mérito recursal.

Mérito.

Requer o apelante a total reforma da sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual “*para determinar que a parte requerida analise os procedimentos administrativos, no prazo de 30 (dias), sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).*” (fls. 354)

Sem razão o recorrente.

Inicialmente, importante esclarecer que o pedido formulado na inicial não trata do acerto (ou não) do termo de ajustamento de conduta objeto da presente demanda e de possíveis danos que, eventualmente, tenham sido causados ao meio ambiente, matéria que sequer foi objeto de apreciação da sentença proferida em primeira instância; mas sim na demora do IMASUL – Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul em proceder a análise do processo de requerimento de regularização de reserva legal, que tramita sob o nº 0002118-11.2013.2.0000.

Como esclareceu o apelado, não se está a discutir, ao menos neste momento, se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC de fls. 34/35) foi firmado à luz de legislação revogada pelo Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012) e se os termos ali contidos são passíveis de cumprimento após a entrada em vigor de tal norma.

Como ressaltou o Ministério Público Estadual em suas contrarrazões recursais “*a presente demanda visa compelir o apelante a promover o andamento e a conclusão dos procedimentos administrativos de sua competência dentro de um prazo razoável.*” (fls. 394)

E foi nesse sentido a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau, ao destacar que:

*“Não se está a discutir, no presente feito, se o Ministério Público Estadual está correto ou não em relação aos termos de ajustamento de conduta que foram celebrados, já que, nos presentes autos, nenhum dos subscritores de tais títulos extrajudiciais estão a discutir a sua executividade. O pleito ministerial, ao revés, limita-se a pedir ao juízo que determine à parte requerida que analise, em prazo razoável, os procedimentos de regularização de reserva legal, mencionados na inicial, seja para acolher, seja para rejeitar o pedido.”* (fls. 353)

Portanto, o feito restringe-se ao exame da possibilidade de determinar, ao apelante, que efetue a análise dos procedimentos de regularização de reserva legal, que estão, há mais de 5 (cinco) anos sem julgamento.

Determina o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.”*

Tal princípio visa assegurar os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo com vistas à efetividade da prestação jurisdicional, sem contudo, comprometer a segurança jurídica.

Vale frisar que os princípios da celeridade e da duração do processo devem ser aplicados em observância aos da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando que o processo não se estenda além do prazo razoável e tampouco venha a comprometer a plena defesa e o contraditório.

A respeitabilidade e confiabilidade no Poder Judiciário, e também nas decisões a serem tomadas no âmbito administrativo, estão ligadas a uma resposta rápida e eficaz. Humberto Theodoro Júnior ensina: *“A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade”*.<sup>1</sup>

E acrescenta:

*“O processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais - a tutela jurisdicional -, teve de ser repensado. É claro que, nos tempos atuais, não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categoriais básicos do direito processual, como a ação, o processo e a jurisdição, em seu estado de inércia. O processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito. Deve ser, destarte, organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa”*.<sup>2</sup>

Com a determinação constitucional para que haja prazo razoável na prestação jurisdicional surge o compromisso do Estado, a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça.

Traçados tais parâmetros verifica-se, na presente situação, que o referido princípio constitucional não foi observado, ficando constatada a inércia do apelante em proferir a análise do procedimento administrativo de regularização de reserva legal, que tramita sob o nº 0002118-11.2013.2.0000, porquanto o mesmo encontra-se sem julgamento há mais de 5 anos, sem que qualquer justificativa plausível tenha sido apresentada pelo IMASUL ou mesmo que tenha sido realizado o julgamento, durante o trâmite desta ação.

O argumento do recorrente no sentido de que não mais devem ser aplicadas ao Termo de Ajustamento de Conduta – TAC às disposições contidas na Lei nº 4.771/1965, mas sim as da Lei nº 12.651/2012 (novo

<sup>1</sup> Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano VI, n. 36, p. 20, jul./ago. 2005.

<sup>2</sup> Revista Síntese, cit., p. 22-23.

Código Florestal), não se prestam a justificar a demora na tramitação, mesmo porque, já houve tempo para entendimento e adequação dos procedimentos contidos na nova legislação (que entrou em vigor em maio/2012), afastando-se possíveis divergências na sua aplicação.

Ademais, repita-se, a questão objeto do pedido formulado pelo Ministério Público Estadual se restringe à possibilidade de fixação de prazo para julgamento do procedimento acima referido e não o acerto (ou desacerto) das determinações contidas no Termo de Ajustamento de conduta por meio do qual o proprietário de imóvel obrigou-se a regularizar área de reserva legal.

Como bem asseverou o d. Procurador de Justiça em seu parecer:

*“A garantia da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal foi garantida pela decisão recorrida, cujo objetivo principal, na essência, é a satisfação do principal direito constitucional invocado na ação, qual seja, o direito “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, da constituição Federal), uma vez que a demora na tramitação e na conclusão dos procedimentos administrativos impede a recomposição dos danos ambientais produzidos com a destruição da cobertura vegetal das áreas de reserva legal, perpetuando a utilização indevida das respectivas terras. Isso ocorre porque os proprietários rurais somente iniciarão o cumprimento dos planos de recuperação de áreas degradadas depois de devidamente aprovados pelo órgão ambiental. (...) não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável. O transcurso de mais de cinco anos sem o exame dos processos administrativos, afigura-se, à toda evidência, excessivo malferindo flagrantemente, a garantia da duração razoável do processo.” (fls. 423) – grifei*

O recorrente ainda assevera que a determinação contida na sentença de primeiro grau denota ingerência do Poder Judiciário, na competência do Poder Executivo, ferindo o Princípio da Tripartição dos Poderes.

Entretanto, não há que se falar em desrespeito ao Princípio da Tripartição dos Poderes, pois, *“A observância à legislação ambiental também é dever do Estado, daí que, em caso de negligência e verificando-se risco a coletividade, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário, como forma de atender ao que determina a própria Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - art. 5º, XXXV), não merecendo prosperar a alegada ofensa ao princípio da tripartição dos poderes. (...)”* (4005275-95.2013.8.12.0000. Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Nova Alvorada do Sul; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 29/08/2013; Data de registro: 15/05/2014; outros números: 54090003407) - grifei

O apelante também pretende o afastamento da multa diária imposta na sentença, no montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Todavia, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é o de que é cabível imposição de *astreintes*, inclusive contra a Fazenda Pública. Vejamos:

*“PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.*

*1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.*

2. *É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.*

3. *Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.*

4. *Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.*

5. *Recurso especial parcialmente provido.*” (REsp 840912 / RS. Primeira Turma. Min. Rel.: Teori Albino Zavascki. DJ 23/04/2007 p. 236) - grifei.

Logo, possível determinar-se a imposição de multa cominatória *astreintes*, mesmo contra a Fazenda Pública, objetivando o efetivo cumprimento da determinação judicial, ainda mais quando imposta pelo juízo *a quo* de forma proporcional e razoável.<sup>3</sup>

Em face do exposto, com o parecer, nego provimento ao agravo retido consubstanciado na alegação de impossibilidade de inversão do ônus da prova e, no mérito, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto pelo IMASUL – mantendo, na íntegra a sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido inicial formulado pelo Ministério Público Estadual “*para determinar que a parte requerida analise os procedimentos administrativos, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).*”

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao agravo retido, no mérito, negaram provimento ao recurso e, em sede de remessa necessária, mantiveram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 06 de julho de 2016.

\*\*\*

3 Nesse sentido: **TJ/MS. 0801741-23.2015.8.12.0029**. Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Navirai; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 31/05/2016; Data de registro: 06/06/2016 - **TJ/MS. 0801332-47.2015.8.12.0029**. Relator(a): Des. Paulo Alberto de Oliveira; Comarca: Navirai; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/05/2016; Data de registro: 25/05/2016 - **TJ/MS. 1403137-39.2016.8.12.0000**. Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/05/2016; Data de registro: 13/05/2016.

**Órgão Especial**  
**Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº**  
**0801300-79.2013.8.12.0007/50000 - Cassilândia**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maranhão**

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONCESSÃO DE SUBVENÇÃO SOCIAL PARA IGREJA PROMOVER “MARCHA PARA JESUS” – LEI MUNICIPAL DE CASSILÂNDIA N. 1.917/2013 – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VERIFICADA – VEDAÇÃO IMPOSTA AOS ENTES FEDERADOS EM CONCEDER SUBVENÇÃO À ENTIDADES RELIGIOSAS – ART. 19, I, CF – NULIDADE DA LEI MUNICIPAL – ARGUIÇÃO ACOLHIDA COM O PARECER.

O artigo 19, I, da Constituição Federal veda que os entes federados subvençionem entidades religiosas, em razão da separação total entre o Estado e a Igreja, por ter o Brasil se consagrado um Estado laico desde a edição do Decreto 119-A de 1890.

Deste modo, como os documentos acostados demonstram o caráter religioso do evento “Marcha pra Jesus”, a subvenção concedida pelo Município para realização de tal solenidade não possui finalidade social, porque se trata de um evento com propósito religioso, tendo como principal público os evangélicos. Consequentemente, tal ato municipal desrespeita também o princípio da isonomia, já que favorece apenas um segmento religioso em detrimento doutros.

Se a Constituição Federal proíbe os entes federados de concederem subvenção à entidade religiosa e, tendo em vista que o Município de Cassilândia editou ato normativo contrário a esta vedação, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.917 de maio de 2013 e, por conseguinte, sua nulidade.

## 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, declarar incidentalmente inconstitucional a Lei Municipal n.º 1917/2013, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente os Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Julizar Barbosa Trindade e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maranhão - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

A Quarta Câmara Cível deste Sodalício submeteu à apreciação do Órgão Especial questão de inconstitucionalidade dirimida na apelação cível n. 0801300-79.2013.8.12.0007 interposta pela Associação Avivamento Bíblico em face do Ministério Público Estadual, em observância ao princípio da reserva de plenário (art. 97, CF).

Segundo o órgão colegiado, a Lei Municipal n. 1.917 de 2013, que autoriza conceder a subvenção de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) à apelante para a realização da “Marcha para Jesus”, é inconstitucional, pois viola frontalmente o disposto no inciso I do artigo 19 da Constituição Federal.

Notificados o Presidente da Câmara de Vereadores e o Prefeito do Município de Cassilândia, ambos quedaram-se inertes.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela declaração de inconstitucionalidade da aludida Lei Municipal n. 1.917/2013, às fls. 24-29.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual manejou ação civil pública em desfavor do Município de Cassilândia, do atual Prefeito, Carlos Augusto Silva, e da Associação Avivamento Bíblico alegando que a Lei Municipal n. 1.917/13 ilegalmente autorizou a concessão de subvenção social à referida igreja no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), visando a realização da “6ª Marcha para Jesus”. Sustenta o *parquet* que essa lei é contrária a Constituição Federal, pois é vedado aos entes federados conceder subvenção social para a realização de evento de caráter eminentemente religioso, nos termos do inciso I do artigo 19.

O magistrado singular acolheu os pedidos do *parquet* e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.917/13 e, por conseguinte, anulou a subvenção concedida pelo Município de Cassilândia à Associação Avivamento Bíblico, e, ainda, ordenou o ressarcimento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) pela associação.

Em razão da Quarta Tuma Cível compartilhar deste mesmo entendimento, quanto à inconstitucionalidade da referida lei municipal, o presente feito foi remetido ao Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição da República.

Pois bem.

O princípio da supremacia da Constituição Federal refere-se a premissa de que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, por essa razão há possibilidade de questionar a conformidade material e legal de tais normas com a Lei Fundamental, por intermédio do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade por via incidental, também conhecido como controle difuso, é uma das ferramentas aptas a questionar a constitucionalidade de lei federal, estadual ou municipal em determinado caso concreto, bem como de qualquer ato normativo.

Esse controle incidental, segundo Luis Roberto Barroso<sup>1</sup>, somente pode se dar na tutela de pretensão subjetiva, tendo em vista que o objeto do pedido não é propriamente a lei, mas sim, a proteção de um direito que seria por ela afetado. Deste modo, não é possível que a pretensão tenha por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, pois nesta situação, o instrumento adequado é a ação

<sup>1</sup> O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

direta de inconstitucionalidade, estaria sendo usurpada a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça, conforme o caso.

Relativo aos efeitos da decisão que acolhe o incidente, sua eficácia está limitada às partes que figuram no processo, não atingindo qualquer terceiro (art. 506, NCPC).

O ponto central deste incidente é averiguar se a Lei n. 1.917/2003 do Município de Cassilândia afronta a Constituição Federal, em relação ao artigo 19, inciso I.

O artigo 19 apresenta diversas vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, *in verbis*:

*“I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;*

*II - recusar fé aos documentos públicos;*

*III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”* (g.n.)

Sobretudo, em relação ao inciso I, vislumbra-se essa postura do legislador em razão da separação total entre o Estado e a Igreja desde a edição do Decreto 119-A de 1890, no qual consagrou o Brasil como um Estado laico. À vista disso, o Brasil não adota nenhuma religião oficial.

Acerca do assunto, Alexandre de Moraes (2010, p. 663) preleciona:

*“A Constituição estabelece ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (CF, art. 19) estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. A República Federativa do Brasil é leiga ou laica, uma vez que há separação total entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial. Observe, porém, que o fato de ser uma Federação leiga não confunde com Estados ateus, pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus, quando no preâmbulo constitucional declara: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 6ª edição, 2006.)*

A laicidade estatal prevista desde 1890 e presente na atual Constituição Federal possui duas vertentes. Por um lado, o caráter não intervencionista do Estado sobre questões internas das entidades religiosas. E, de outro, resguarda o Estado de influências indevidas provenientes destas entidades.

A Lei Municipal n. 1.917 de maio de 2013, do Município de Cassilândia, dispõe que:

*“Art. 1º - Fica do Poder Executivo Municipal autorizado a conceder subvenção social no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) à Associação Avivamento Bíblico, entidade filantrópica, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 07.689.190/0001-45, com sede administrativa na Rua Domingos de Souza Franca, 415 - centro, nesta*

*cidade de Cassilândia -MS, visando o pagamento das despesas com a realização da “6º Marcha para Jesus”, que acontecerá nos dias 28 e 29 de junho de 2013, nesta cidade de Cassilândia-MS.”*

Nesse quadro, pela leitura da citada lei, verifica-se que o repasse de subvenção à associação com a finalidade de promover a “Marcha para Jesus” é de cunho religioso, e não social, apesar da lei assim indicar.

Ademais, os documentos juntados nos autos pelo *parquet*, às fls. 86/87, deixam claro o caráter religioso do evento, que é organizado por Igrejas Evangélicas. Por certo, ainda que tal evento faça parte do calendário cultural do Município de Cassilândia e conte com a apresentação de grupos musicais, de danças e teatros gospels, tais elementos não alteram o escopo eminentemente religioso do evento.

Em realidade, a subvenção social, que encontra previsão na Lei Federal n. 4.320/1964, nos artigos 12, §3º, inciso I<sup>2</sup>, e 16<sup>3</sup>, significa que, nos limites das possibilidades financeiras, visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, se destinando à instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa.

Deste modo, ainda que a Associação Avivamento Bíblico possa ser considerada uma instituição assistencial, sem fins lucrativos, a subvenção para a “Marcha para Jesus” não possui essa finalidade de social, porque se trata de um evento com propósito religioso, tendo como principal público os evangélicos. Aliás, tal ato municipal desrespeita o princípio da isonomia, já que favorece apenas um segmento religioso em detrimento doutros.

Assim, vislumbra-se que, no caso vertente, há inconstitucionalidade material da lei municipal, isto é, quando há incompatibilidade de conteúdo entre a lei ou ato normativo com a Constituição. O insigne doutrina Gilmar Mendes acrescenta que:

*“Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.”*

*A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.”* (Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1214) (g.n.)

Por corolário lógico, a nulidade da respectiva lei é inevitável, porquanto nenhum ato legislativo contrário à Carta Maior pode ser reputado como válido.

A propósito, colaciono os seguintes julgados que tratam da inconstitucionalidade de lei que subvenciona entidades religiosas:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N.º 4.876/12. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO. SUBVENÇÃO A CULTOS RELIGIOSOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O FATO DE AS MATÉRIAS IMPUGNADAS ESTAREM PREVISTAS, TAMBÉM, NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO OBSTA O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

2 § 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa.

3 Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a êsses objetivos, revelar-se mais econômica.

*POR SUPOSTA OFENSA DE LEI DISTRITAL ÀS NORMAS CORRESPONDENTES DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. DEVE SER DECLARADA INCONSTITUCIONAL LEI DISTRITAL QUE VIOLA FRONTALMENTE A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL, AO AMPLIAR O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO, BEM ASSIM AO POSSIBILITAR A CONCESSÃO DE SUBVENÇÃO A CULTOS RELIGIOSOS OU IGREJAS PELO PODER PÚBLICO, SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO PROCEDENTE.* (Grifo nosso) (TJ-DF - ADI: 20120020172455 DF 0017301-71.2012.8.07.0000, Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito, Data de Julgamento: 11/06/2013, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/08/2013. Pág.: 13) (g.n.)”

*“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SANTA BARBARA D’OESTE. REALIZAÇÃO DE EVENTO RELIGIOSO DENOMINADO MARCHA PARA JESUS. CF, ART. 19, I. 1. EVENTO. NATUREZA. O EVENTO MARCHA PARA JESUS É PROMOVIDO EM CONJUNTO COM AS IGREJAS EVANGÉLICAS E TEM CARÁTER EMINENTEMENTE RELIGIOSO, CONFORME SE EXTRAÍ DA LM Nº 3.136/09 E OUTRAS INFORMAÇÕES JUNTADAS AOS AUTOS E OBTIDAS NA PÁGINA ELETRÔNICA OFICIAL DO EVENTO. 2. PODER PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO. O ART. 19, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VEDA A SUBVENÇÃO DE CULTOS RELIGIOSOS E IGREJAS, NÃO IMPORTANDO SE ESTA SE DARÁ DE FORMA CONTÍNUA OU SE RESUMIRÁ EM APENAS UM EVENTO. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA CONCEPÇÃO DE COLABORAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO, QUE PRESSUPÕE O EXERCÍCIO DE UMA ATIVIDADE CONSIDERADA ÚTIL PELO ESTADO PARA ALCANÇAR UM FIM PRETENDIDO PELA COLETIVIDADE, SEM RELAÇÃO COM A CRENÇA RELIGIOSA PRECONIZADA PELA INSTITUIÇÃO. 3. MULTA. OS ARTIGOS 287, 644 E 645 DO CPC NÃO EXCLUEM A FAZENDA PÚBLICA DO PAGAMENTO DA MULTA PELA INEXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. CABE AO ADMINISTRADOR, EM ISSO OCORRENDO, ADOPTAR AS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS, JUDICIAIS E CRIMINAIS CONTRA O SERVIDOR FALTOSO QUE A ELAS DEU CAUSA. PROCEDÊNCIA. RECURSO DO MUNICÍPIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.* (Grifo nosso) (TJ-SP - APL: 00118320320118260533 SP 0011832-03.2011.8.26.0533, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 02/09/2013, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/11/2013)”

Logo, se Lei Suprema proíbe os entes federados de concederem subvenção à entidade religiosa, e tendo em vista que o Município de Cassilândia editou ato normativo contrário a esta vedação, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.917 de maio de 2013 e, por conseguinte, sua nulidade.

Isto posto, com o parecer, acolho a arguição, para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei n. 1.917 de maio de 2013, do Município de Cassilândia e, assim, sua nulidade, determinando, após a publicação das conclusões, a devolução dos autos à Câmara suscitante para que decida como de direito a apelação cível originária, nos termos do artigo 587, § 1º, do Regimento Interno. Comunique-se, oportunamente, a Câmara Municipal respectiva.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, declararam incidentalmente inconstitucional a Lei Municipal n.º 1917/2013, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente os desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Julizar Barbosa Trindade e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1405089-53.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – UNIÃO ESTÁVEL PROVADA DOCUMENTALMENTE – RECONHECIMENTO NO BOJO DO INVENTÁRIO – DESNECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE DEMANDA PRÓPRIA – ARGUMENTOS FRÁGEIS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A CONCLUSÃO PELA DEMONSTRAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR – DECISÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

É farta a documentação que comprova a união estável estabelecida entre o agravado e a autora da herança, desde o ano de 1990, inclusive porque eles firmaram um contrato de convivência registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, que goza de presunção *juris tantum* de veracidade, e o agravado figurava como dependente dela perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Ainda, agente da citada Autarquia Federal, em documento atinente a benefício previdenciário, declarou que o agravado, para demonstrar o vínculo com a segurada, apresentou comprovante de conta bancária conjunta e um sobrinho da falecida, responsável pela declaração do óbito e pela abertura do inventário, ao prestar as primeiras declarações, informou a existência de união estável entre ela e o agravado.

É pacífico em nossa doutrina e jurisprudência que a coabitação não é requisito para configuração da união estável, de modo que mesmo que os companheiros residissem em locais distintos, tal fato, por si só, não seria suficiente para desconstituir todas as provas discriminadas acima.

De tais documentos, alguns dos quais dotados de fê pública, tem-se por provada a união estável entre o agravado e a falecida, de modo que é desnecessária a discussão em demanda própria, pois provada documentalmente no bojo do inventário.

## 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, 9 de agosto de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

João dos Santos Cavalheiro agravou da decisão que, nos autos do inventário do espólio de Elisa da Conceição Browski, entendeu provada a união estável entre a falecida e Amir Fernandes e, por isso, declarou este como único herdeiro e nomeou-o inventariante.

Apontou, de início, a satisfação dos requisitos que autorizam a concessão de efeito suspensivo ao agravo, sobretudo o prejuízo que suportará por ter arcado com todas as despesas do processo e de administração dos bens; e também o cabimento do recurso.

Meritoriamente, relatou que o agravado, em ato anterior, havia requerido fosse reconhecida a união estável entre ele e a autora da herança, no entanto o magistrado singular afirmou não ser possível incidentalmente no bojo do inventário, demandando ajuizamento de ação própria. Então, opostos embargos de declaração, a eles foram conferidos efeitos infringentes, para declarar que o agravado é o único herdeiro dos bens deixados pela *de cuius*.

Sustentou que a falecida não deixou descendentes nem ascendentes, por isso, como sobrinho dela, é o único herdeiro, não existindo nos autos provas do alegado relacionamento entre ela e o agravado, mormente por não haver declaração judicial a respeito. Além disso, o agravado residia em endereço diferente do de domicílio da autora da herança, ou seja, não existia coabitação entre eles, requisito imprescindível à configuração da entidade familiar.

Esclareceu, ainda, que não foi o agravado quem declarou o óbito da falecida e nunca esteve na posse e administração dos bens por ela deixados, de modo que “[...] *seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre Agravado e a falecida não se tratava de mero relacionamento comercial par administração de bens, ou um passatempo, onde não havia a intenção de constituir família*” (f. 19) [sic].

Disse que Wagner Marques Cavalheiro, também sobrinho da autora da herança, e que era procurador seu, alienou um mesmo imóvel rural de propriedade dela duas vezes, primeiro em 2004, depois em 2007, para pessoas diferentes, o que evidencia estar ele em conluio com o agravado para dilapidar o espólio.

Invocou, ato seguinte, o cerceamento de defesa, porque não admitida plena dilação probatória sob o crivo do contraditório e da ampla defesa acerca da existência da união estável.

Terminou pedindo a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e o seu provimento, para reformar a decisão nos termos de sua irresignação.

Foram juntados documentos às f. 36-165.

Recebido o agravo apenas no efeito devolutivo, ordenou-se a providência do inciso II do artigo 1.019 do Novo Código de Processo Civil (f. 169).

O agravado apresentou sua contraminuta às f. 172-181, acompanhada dos documentos de f. 182-190, rebatendo as razões do agravo e defendendo a manutenção do *decisum* hostilizado.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão. (Relator)

João dos Santos Cavalheiro, até então inventariante do espólio de Elisa da Conceição Browski (que era sua tia), insurge-se contra a decisão que entendeu suficientemente provada a união estável entre a falecida e Amir Fernandes e, por isso, declarou este como único herdeiro e nomeou-o inventariante.

O Código Civil de 2002, inovando substancialmente em relação ao seu antecessor, disciplinou o sistema sucessório prevendo a concorrência entre os herdeiros legítimos e estabelecendo uma regra específica ao companheiro, insculpida no artigo 1.790. Ao lado desse dispositivo, de duvidosa constitucionalidade,

deve ser observado, em relação aos relacionamentos iniciados anteriormente à vigência do aludido *Codex*, o disposto no artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, que, vale dizer, não foi revogada pela Lei nº 9.278/1996.

Nesse quadro, se comprovados a união estável e que o autor da herança não deixou ascendentes e descendentes, o companheiro será seu único herdeiro, com direito à integralidade do patrimônio, não concorrendo com os colaterais, entendimento este, inclusive, sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

*“DIREITO DE FAMÍLIA, SUCESSÕES E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. SUCESSÃO REGIDA PELAS LEIS N. 8.971/1994 E N. 9.278/1996. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO DE CUJUS. PEDIDO INICIAL QUE SE LIMITA A DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE O IMÓVEL RESIDENCIAL. SENTENÇA QUE O ACOLHE NOS MESMOS TERMOS. RECURSO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PROPRIEDADE PLENA. PEDIDO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Por outro lado, o silêncio da Lei n. 9.278/1996 não excluiu o direito do companheiro à totalidade da herança, na hipótese de inexistência de ascendentes e descendentes do de cujus, na verdade, afastando a participação de parentes colaterais, tal como previsto no art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.971/1994. Precedentes. [...] 5. Recurso especial não provido”* (REsp 1204425/MG. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicação DJe 5.5.2014) (grifo nosso).

Destarte, para resolução da situação *sub examine* importa apenas verificar se realmente está comprovada documentalmente a união estável entre o agravado e Elisa da Conceição Browski ou se é necessário que tal questão seja objeto de demanda própria, pois não há dúvidas em relação à inexistência de ascendentes e descendentes.

Ao contrário do que afirma o agravante, é farta a documentação que comprova a união estável estabelecida entre o agravado e a autora da herança, desde o ano de 1990, inclusive porque eles firmaram um contrato de convivência registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos (f. 72-74 e 183-185), que goza de presunção *juris tantum* de veracidade, e o agravado figurava como dependente de Elisa da Conceição Browski perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (f. 75-79 e 186-190).

Além disso, agente da citada Autarquia Federal, em documento concernente a benefício previdenciário, declarou que o agravado, para demonstrar o vínculo com a segurada, apresentou comprovante de conta bancária conjunta (f. 190).

Não bastasse todo esse acervo probatório, importante considerar, ainda, que Wagner Marques Cavalheiro, outro sobrinho da falecida, responsável pela declaração do óbito (certidão à f. 90) e pela abertura do inventário, ao prestar as primeiras declarações, informou a existência de união estável entre sua falecida tia e o agravado (f. 94-98).

Ora, de tais elementos, alguns dos quais dotados de fé pública, tem-se por provada a união estável entre o agravado e a falecida, sobretudo se se considerar que o agravante, para se opor a tal realidade, apenas arguiu insistentemente que eles não residiam na mesma casa e que o agravado está em conluio com Wagner Marques Cavalheiro para dilapidar o espólio.

Quanto ao primeiro argumento, é pacífico em nossa doutrina e jurisprudência que a coabitação não é requisito para configuração da união estável, de modo que mesmo que os companheiros residissem em locais distintos, tal fato, por si só, não seria bastante para desconstituir todas as provas discriminadas

acima. A corroborar este posicionamento, vejamos teor do enunciado da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “*A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato*”.

E também precedente do Tribunal da Cidadania:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. 1. AUSÊNCIA DE PROVAS DO INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.278/96, bem assim da jurisprudência desta Casa, a coabitação não constitui requisito necessário para a configuração da união estável, devendo encontrarem-se presentes, obrigatoriamente, outros relevantes elementos que denotem o imprescindível intuito de constituir uma família. Precedentes. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 649.786/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação DJe 18.8.2015) (grifo nosso).*

De outro lado, a afirmação de conluio entre Wagner Marques Cavalheiro e o agravado, desacompanhada de qualquer elemento sério e contundente, também é insuficiente para afastar a conclusão pela existência da entidade familiar.

Assim, ante à fragilidade dos argumentos do agravante e à solidez das provas carreadas ao processo pelo agravado, correta a decisão agravada, que atribuiu efeitos infringentes aos embargos de declaração, entendendo desnecessária a discussão acerca do reconhecimento da união estável em demanda própria, pois provada documentalmente no bojo do inventário, alinhando-se, assim, ao constructo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, *verbis*:

*“CIVILEPROCESSUALCIVIL. SUCESSÃO. INVENTARIO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE INCIDENTALMENTE POR ESCRITURA PUBLICA. UNIÃO ESTÁVEL. ARTS. 357 DO CODIGO CIVIL E 984 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. DESDE QUE DOCUMENTALMENTE COMPROVADOS OS FATOS NO CURSO DO INVENTARIO, SEM NECESSIDADE DE PROCURAR PROVAS FORA DO PROCESSO E ALEM DOS DOCUMENTOS QUE O INSTRUEM, NESSE EITO E QUE DEVEM SER DIRIMIDAS AS QUESTÕES LEVANTADAS, PRESTIGIANDO-SE O PRINCIPIO DA INSTRUMENTALIDADE, DESDENHANDO-SE AS VIAS ORDINARIAS. 2. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR, QUE O RECEBIA EM MAIOR EXTENSÃO” (STJ. REsp 57.505/MG. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicação DJ 09/09/1996, p. 32368).*

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM INVENTÁRIO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – VIA ORDINÁRIA – DESNECESSIDADE – NÃO INDUZ ATO DE DOAÇÃO ESBOÇO PARTILHA PROMOVIDO EM FACE DA UNIÃO ESTÁVEL – PROVIDO. Desnecessário remeter as partes à via ordinária para reconhecer união estável, quando o relacionamento mantido pelo de cujus já está documentalmente demonstrado de forma concreta, e quando sua existência é até incontroversa entre os demais herdeiros. [...]” (TJ/MS. Agravo nº 2009.033988-1/0000-00. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgamento 26.1.2010).*

Portanto, como o presente recuso tinha por objeto apenas a possibilidade ou não de ser reconhecida a união estável nos autos do inventário, deve ser-lhe negado provimento.

Posto isso, nego provimento ao agravo.

## **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. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 09 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível****Embargos de Declaração nº 1401423-44.2016.8.12.0000/50000 - Mundo Novo****Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO LIMINAR – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – CONCESSÃO DO MEDICAMENTO FOSFOETALONAMINA POR PARTE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTÂNCIA QUE NÃO CONSTA DA LISTA DE MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS E NÃO ESTÁ SEQUER AO ALCANCE DO ENTE PÚBLICO PARA SUA AQUISIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA COMPOR A LIDE – RECONHECIMENTO – RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO – ART 485, VI, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS

*In casu*, necessário pontuar que apesar da vigência do artigo 24 da Lei 6.360/76, que dispensa de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde, o certo é que não há estudo sob controle médico em curso, de maneira que a distribuição da substância fosfoetilonamina sintética pelo instituto de química não pode ser considerada regular nem mesmo a título experimental, não cabendo ao Judiciário determinar a distribuição indiscriminada do medicamento.

Outrossim, ponto relevante é o de que, além da produção do artefato estar suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, a mesma não é comercializada, o que torna impossível a sua aquisição por parte do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como, o seu fornecimento para o cumprimento da determinação imposta no acórdão.

Assim, como a substância não consta da lista de medicamentos especializados e não está sequer ao alcance do ente público para sua aquisição, patente a ilegitimidade passiva do mesmo para compor a presente demanda, motivo pelo qual, reconsidero a decisão anteriormente proferida, revogando a liminar anteriormente concedida, julgando a ação extinta quanto ao ente público com fulcro no art. 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil.

**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, acolher os embargos com efeitos infringentes, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

O Estado de Mato Grosso do Sul opõe embargos de declaração em face do acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Neodir Antunez da Cruz.

Relata, primeiramente, que diante do que ficou consignado no acórdão apresenta os presentes embargos de declaração com efeitos infringentes para fins de prequestionamento, haja vista que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Lei n.º 13.269/16, que autorizava o uso do aludido artefato químico, em decisão liminar proferida na ação direta de inconstitucionalidade n.º 5501, ajuizada pela Associação Médica Brasileira AMB.

Sustenta que no caso dos autos não existe nem prescrição médica indicando a utilização da fosfoetanolamina, já que a substância não tem respaldo científico nem autorização do Ministério da Saúde para seu uso, motivo que corrobora com as afirmações do embargante quanto a temeridade do fornecimento.

Afirma que não se nega a fornecer tratamento médico ao agravado, ora embargado, tanto é que existe no SUS protocolo clínico de atendimento para a sua patologia, tudo para atender a norma estampada no art. 196 da CF, todavia, tal dispositivo constitucional não concede à parte o direito a tratamentos experimentais, sem registro na ANVISA, cuja segurança e eficácia não são comprovadas, somando-se ao fato de que não existe prescrição médica para o caso.

Destaca que o pedido dos autos difere do precedente que teve repercussão geral reconhecida no STF, recurso extraordinário n.º 657.718, Minas Gerais, que diz respeito à possibilidade de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vez que, no presente caso, como já dito alhures, a substância solicitada não só não possui registro na ANVISA, como sequer possui prescrição médica recomendando seu uso, além de não ser comercializada, o que impossibilita sua aquisição pelo Estado.

Informa, ainda, que a presente ação foi ajuizada em face de três pessoas jurídicas diversas, sendo elas: o Estado do Mato Grosso do Sul, o Estado de São Paulo e a Universidade de São Paulo USP (campus São Carlos), para que, com base no Direito à Saúde sejam os réus condenados ao fornecimento à autora de uma substância química que é produzida e fabricada pelo Instituto de Química de São Carlos (IQSC) da Universidade de São Paulo.

Pondera que a Universidade de São Paulo (USP) é uma universidade pública mantida pelo Estado de São Paulo e ligada à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia também do Estado de São Paulo, e que, o Estado do Mato Grosso do Sul não tem nenhuma relação institucional com a USP e, por sua vez, não possui nenhuma relação de controle ou hierarquia sobre a mesma, e, por consequência lógica, não tem o Estado do MS competência para obrigar a Universidade a produzir a indigitada substância, e cumprir com a determinação judicial de fornecê-la.

Obtempera que a autora aforou a presente ação, justamente porque a produção do referido artefato está suspensa, e não porque houve negativa dos Entes Públicos em fornecê-la, tornando-se impossível a sua aquisição, de sorte que a decisão, nos termos em que proferida, não tem como ser cumprida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, eis que o objeto da lide não é comercializado.

Por fim, pede o provimento dos embargos para que sejam concedidos efeitos infringentes a fim de que seja alterado o *decisum* nos pontos mencionados.

Às fls.19 foi proferido despacho para que o embargado apresentasse contrarrazões.

Sem resposta (fls.22).

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Versam os autos em embargos de declaração opostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Neodir Antônio da Cruz, contra acórdão, que, por maioria, rejeitou as preliminares e deu parcial provimento ao recurso, para manter a decisão agravada que deferiu a tutela antecipada determinando o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética em favor do ora embargado.

O embargante requer seja dado provimento aos presentes embargos com efeitos infringentes, para em seguida reformar o acórdão ante a impossibilidade de o Estado cumprir com a determinação.

Conforme se sabe, o recurso de embargos de declaração possui a finalidade precípua de suprir omissão, eliminar contradição e aclarar obscuridade que contaminam a decisão jurisdicional e a correção de erro material, porém, no caso em tela verifico a necessidade de deferir o efeito modificativo requerido no presente recurso.

O autor, ora embargado, aduziu em sua inicial que foi diagnosticado com câncer compatível com adenocarcinoma pouco diferenciado do cárdia, em estágio avançado, e que vem fazendo tratamento, não havendo mais o que a medicina fazer diante da evolução da doença.

Alegou que teve conhecimento da substância de fosfoetanolamina, e, esperava que esta medicação pudesse obter melhores resultados no tratamento e nos efeitos cruéis da doença.

Afirmou o autor/embargado que a pesquisa é desenvolvida pelo Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, da USP de São Carlos, e em virtude do sucesso da pesquisa em laboratório, referido composto químico passou a ser objeto de estudo experimental também em seres humanos, sendo que mais de 800 pessoas fazem parte do programa de pesquisa que utiliza referida substância, obtendo melhora significativa nos sintomas e no quadro geral da doença, sendo fato já incontestável que a fosfoetanolamina sintética é potencialmente capaz de conter os efeitos e sintomas nefastos do câncer.

Alegou ainda que a fosfoetanolamina sintética é de baixíssimo custo para a universidade, o que demonstra que é ínfima para requerida autarquia a despesa com a produção deste medicamento, em contrapartida há o prejuízo inenarrável provocado ao requerente.

Finalmente, o juízo *a quo* acolheu as alegações do autor deferimento a antecipação da tutela, o que foi confirmado por este Tribunal, no acórdão objeto dos presentes embargos declaratórios com efeitos modificativos.

Pois bem.

Sem dúvida, há o mais legítimo interesse de um cidadão, que por ser acometido de doença grave, vem socorrer-se no Poder Judiciário para fazer valer disposições constitucionais e legais, a assegurarem o dever do Estado em prover a saúde de sua população.

Assim traz o art. 196 da Constituição Federal:

*“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

Entretanto, no caso em tela, diante da detida análise das alegações trazidas nos presentes embargos, presumo que devo reconsiderar o posicionamento adotado primeiramente no acórdão de minha relatoria, já que impossível o deferimento antecipatório da medida diante da impossibilidade de o Estado de Mato Grosso do Sul cumprir com a determinação imposta.

Com efeito, o Diretor do Instituto de Química da USP São Carlos baixou a Portaria nº 1.389/2014, determinando que a extração, produção, fabricação, transformação, sintetização, purificação, fracionamento, embalagem, reembalagem, armazenamento, expedição e distribuição de drogas com a finalidade medicamentosa ou sanitária, medicamentos, insumos farmacêuticos e seus correlatos só podem ser efetuadas após apresentação das devidas licenças e registros expedidos pelos órgãos competentes e desde que tais atividades estejam justificadamente alinhadas com as finalidades da universidade.

A lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, que traz em seu art. 4º, parágrafo único, o seguinte texto, permitiu a produção e dispensação da substância objeto da ação:

*“Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.*

*Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente.”*

Porém, como a fosfoetanolamina não está registrada junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA - como medicamento para tratamento oncológico, o STF decidiu por suspender a eficácia da Lei 13.269/16 e conseqüentemente, a distribuição da substância pela USP São Carlos.

Em seu despacho, Lewandowski ressaltou que a inexistência de estudos científicos que atestem que o consumo da fosfoetanolamina sintética seja inofensivo ao organismo humano e o desvio de finalidade da instituição de ensino, que tem como atribuição promover a educação, são justificativas à suspensão de seu fornecimento pela USP.

Ao que consta, o uso de fosfoetanolamina no tratamento oncológico foi objeto de pesquisa do Dr. Gilberto O. Chierice, com notícia de trabalho científico realizado no Hospital Amaral Carvalho no ano de 1996, além de estudo para avaliação dos efeitos antitumorais *in vitro* e *in vivo* da fosfoetanolamina sintética em células de melanoma implantadas em camundongos. Contudo, não há notícia de estudo em curso atualmente, nem é possível avaliar, ainda que superficialmente, a maturação do conhecimento acumulado a propósito do uso da fosfoetanolamina como medicamento antitumoral.

Relevante destacar que, em resposta ao ajuizamento de inúmeras ações como a presente, tanto o Instituto de Química de São Carlos quanto a Universidade de São Paulo divulgaram notas de esclarecimento à sociedade acerca da ausência de estudos sobre a eficácia e segurança da fosfoetanolamina como medicamento, e sobre a atuação independente do grupo que produzia e distribuía a substância.

Ademais, vale frisar que não foi respeitada a exigência de que a entrega de medicamentos deve ser sempre feita de acordo com prescrição assinada por médico em pleno gozo de licença para a prática da medicina, o que é necessário pois ocasiona a responsabilidade legal e profissional do médico pela prescrição.

Portanto, não se trata de detalhe burocrático o produto não estar registrado como remédio, já que na verdade a consequência do uso do medicamento não é conhecida.

Necessário pontuar que apesar da vigência do artigo 24 da Lei 6.360/76, que dispensa de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde, o certo é que não há estudo sob controle médico em curso, de maneira que a distribuição da substância pelo instituto de química não pode ser considerada regular nem mesmo a título experimental, não cabendo ao Judiciário determinar a distribuição indiscriminada do medicamento.

Outrossim, ponto relevante é o de que, além da produção do artefato estar suspensa, a mesma não é comercializada, o que torna impossível a sua aquisição por parte do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como, o seu fornecimento para o cumprimento da determinação imposta no acórdão.

Assim, como a substância não consta da lista de medicamentos especializados e não está sequer ao alcance do ente público para sua aquisição, patente a ilegitimidade passiva do mesmo para compor a presente demanda.

Por esses motivos, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal suspendendo a lei que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética, diante do perigo na liberação de medicamento experimental, sem que se saibam os efeitos causados aos pacientes e a impossibilidade de cumprimento da determinação por parte do Estado de Mato Grosso do Sul, é que deve ser modificado o acórdão anteriormente proferido.

Posto isso, verifico que não há outra solução senão a de acolher os presentes embargos declaratórios com efeitos modificativos, dando provimento ao agravo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, revogando a liminar anteriormente concedida, julgando a ação extinta quanto ao mesmo devido a sua patente ilegitimidade passiva, com fulcro no art. 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram os embargos com efeitos infringentes, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 19 de julho de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0000067-88.2012.8.12.0048 - Rio Negro**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR. – NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADA.

Constatado dos autos que a decisão objurgada está devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da Constituição da República, ainda que de forma sucinta, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade por ausência de fundamentação

Preliminar rejeitada.

MÉRITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO – DURAÇÃO DO CONTRATO POR VÁRIOS ANOS – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – ENTE ADMINISTRATIVO QUE OFENDEU AO ARTIGO 37, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NULIDADE DO CONTRATO – AÇÃO OBJETIVANDO A PERCEPÇÃO DE FGTS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – DIREITO DO TRABALHADOR A DESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO – ARTIGO 19-A DA LEI 8.036/90 – HIPÓTESE EM QUE O FGTS AINDA ASSIM É DEVIDO – DESVIRTUAMENTO NA CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – DIREITO AO RECOLHIMENTO – PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento, no RE com repercussão geral, sob n. 596478/RR, de que o art. 19-A da Lei 8.036/90 é constitucional e deve ser aplicado, de modo que ainda que ocorra a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem prévia aprovação em concurso público, consoante dispõe o art. 37, II da CF, subsiste para a Administração Pública o dever de depósito do FGTS ao servidor.

PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE SALÁRIO MATERNIDADE – PROVA DA CONTRIBUIÇÃO AO INSS – AUTORA QUE NÃO PRESTAVA SERVIÇOS AO MUNICÍPIO NA ÉPOCA DO NASCIMENTO DO FILHO – RESPONSABILIDADE DO INSS PELO PAGAMENTO DO REFERIDO BENEFÍCIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NEGATIVA DO INSTITUTO EM CONCEDER O BENEFÍCIO POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO QUE DEVERIA TER SIDO FORNECIDO PELO MUNICÍPIO – SENTENÇA REFORMADA QUANTO A ESTE PONTO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO – RECURSO DO RÉU PROVIDO.

Deve ser afastada a condenação do Município réu ao pagamento de indenização correspondente ao salário maternidade devido à autora na época do nascimento de seu filho, uma vez que não estava empregada, de modo que a responsabilidade pelo pagamento do benefício é do INSS, sendo que não foi comprovada nos autos a alegação de que o referido instituto deixou de concedê-lo por ausência de documento que deveria ter sido fornecido pelo Município.

Os elementos dos autos não são suficientes para embasar a condenação operada em primeira instância.

## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – INADMISSIBILIDADE – SENTENÇA REFORMADA.

Não é cabível o pagamento de honorários advocatícios contratuais a título de perdas e danos, razão pela qual não deve ser essa verba incluída na condenação.

Recurso do Município réu conhecido com rejeição da preliminar de nulidade da sentença e, quanto ao mérito, parcialmente provido para reformar a sentença e afastar a condenação ao pagamento de indenização substitutiva do salário maternidade e danos materiais.

Recurso adesivo da autora conhecido e provido para reformar a sentença impugnada e condenar o réu ao depósito dos valores relativos ao FGTS pelo período por ela trabalhado.

### 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, dar parcial provimento ao recurso do Município de Corguinho e dar provimento ao recurso de Flávia Ramos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de julho de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo município de Corguinho (fls. 165/177) e recurso adesivo interposto por Flávia Ramos (fls. 188/192), insurgindo-se contra a decisão de fls. 153/158 do douto juízo da Vara Única da comarca de Rio Negro, MS, Dr. Alexandre Miura Iura, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela segunda apelante em reclamação trabalhista para reconhecer o direito da autora à indenização substitutiva do salário-maternidade no valor de R\$ 2.180,00 e reparação de danos materiais em razão da contratação de advogado no valor de R\$ 1.101,96, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV e com juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97 desde a data da citação.

Sustenta o réu, município de Corguinho, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação relativa à necessidade de indenização substitutiva ao salário maternidade, bem como à indenização correspondente aos danos materiais.

No que tange ao mérito, aduz que a Lei n. 8.213/91 nada dispõe acerca do pagamento do salário maternidade em caso de empregada que firma contrato de trabalho em caráter temporário.

Salienta que a autora tinha contrato de trabalho por prazo determinado devidamente assinado até o mês de dezembro do ano de 2010, sendo que o nascimento de seu filho deu-se em janeiro de 2011, de modo que fora do período em que vigente o contrato.

Argumenta que nos casos de extinção do contrato temporário antes da data de início do benefício, ele será devido diretamente pela previdência social, na forma do art. 15, da Lei n. 8.213/91.

Insurge-se, ainda, contra o capítulo afeto à condenação por danos materiais, alegando a total ausência de suporte legal.

Assevera que o pedido é de ressarcimento de honorários de êxito que sequer foram desembolsados pela autora, de modo que não há como justificar o ressarcimento pretendido.

A autora, por sua vez, pleiteia em seu recurso a reforma da sentença para que o réu seja condenado ao recolhimento do FGTS, tendo em vista o desvirtuamento do contrato de trabalho.

Argumenta que, de acordo com a jurisprudência pacífica do STF, é constitucional o art. 19-A da Lei n. 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a administração pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso.

Prequestiona os artigos 19-A da Lei n. 8.036/90 e 37, §2º Da CF.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Extrai-se dos autos que Flávia Ramos ajuizou reclamação trabalhista em face da Prefeitura Municipal de Corguinho, alegando que prestou serviço à reclamada na função de gari, sendo que a contratação se deu mediante a assinatura de contrato de trabalho por prazo determinado, que foi renovado por 03 vezes, o qual não observou o art. 37, II, da CF/88.

Em razão da nulidade do referido contrato de trabalho, a autora pediu a anotação em sua CTPS, os depósitos do FGTS e a multa de 40%.

Aduz que está comprovado nos autos através de seus holerites que contribuiu com a previdência social, sendo que, no dia 17.01.2011, deu a luz a seu filho, mas o INSS se negou a pagar o salário maternidade, tendo em vista a forma como se deu a contratação e ao fato do réu ter-se negado a entregar o documento solicitado pelo INSS.

Assim, também pediu a condenação do réu ao pagamento da indenização substitutiva do salário maternidade no valor de R\$ 2.180,00.

Também pleiteou a reparação pelas perdas e danos decorrentes da contratação de profissional devidamente habilitado para o ingresso da presente demanda, uma vez que a ré deu caso ao ajuizamento da ação.

O douto juízo de primeiro grau, conforme relatado, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pela autora apenas para condenar o município ao pagamento do salário maternidade e indenização por danos materiais em decorrência da contratação de advogado particular.

Irresignadas, ambas as partes recorrem.

Passo à análise conjunta dos recursos, enfrentando inicialmente a preliminar arguida pelo Município de Corguinho.

Da nulidade da sentença por ausência de fundamentação

O réu suscita preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, eis que juízo teria decidido sem expor as razões do seu convencimento.

De fato, a sentença não está adequadamente fundamentada, a meu ver, mas da motivação exposta pelo nobre julgador de primeiro grau é possível extrair o seu entendimento a respeito da matéria posta à apreciação, de modo que a fundamentação deficiente não gerou prejuízo às partes quanto ao entendimento, possibilitando, inclusive, o ajuizamento dos recursos cabíveis.

Assim, essa preliminar deve ser rejeitada, tendo em vista a existência de motivação da decisão, na forma do art. 93, IX, da Constituição da República, ainda que de modo não satisfatório sob a ótica do jurisdicionado.

Consigno que a decisão judicial não precisa ser um primor de técnica no que se refere à fundamentação.

Será considerada válida desde que contenha embasamento suficiente para se compreender o alcance do julgado e as razões que levam o magistrado a decidir, e, nesse aspecto, a sentença de fls. 153/158 atendeu ao mínimo básico, necessário e essencial.

Em razão disso, rejeito a preliminar aventada no presente recurso.

Do direito da autora ao recebimento das verbas trabalhistas

A teor dos documentos acostados (fl. 13), a autora foi contratada em 05.01.2009 pelo Município de Corguinho para assumir a função de auxiliar de serviços operacionais, pelo prazo de 4 meses. O contrato foi expressamente prorrogado até 30.06.2011, através dos aditivos de fls. 18/19.

Como se vê, o autor exerceu a função temporária de auxiliar de serviços operacionais por aproximadamente 2 anos e seis meses.

Este Relator vinha sistematicamente afirmando que, muito embora houvesse irregularidade na contratação da autora, tal não significaria que o regime jurídico a ser aplicado seria o celetista, mas sim o jurídico-administrativo.

Sempre afirmei que sendo formalmente perfeita a contratação do servidor nos quadros de servidores do Estado, não há falar em irregularidade a eivar de vício a sua investidura no cargo em que foi nomeado de sorte que, submetendo-se ao regime jurídico-administrativo, não teria direito ao FGTS, pois tal verba possui caráter exclusivamente trabalhista, não guardando qualquer relação com o regime, sob o qual foi contratada.

Melhor analisando a questão em comento, entretanto, cheguei à conclusão diversa, qual seja, de que o desvirtuamento da contratação, como a ocorrida no presente caso, embora não altere o regime jurídico para o celetista, impõe à Administração Pública a obrigação de arcar com o pagamento do FGTS.

O entendimento anterior, de que o FGTS não seria devido dado o regime jurídico-administrativo existente entre o servidor e a Administração acabava por premiar a Administração Pública e, via de consequência, estimular a prática de contratações irregulares sucessivas.

De outro lado, ainda impunha àquele que se submetia a tal ilegalidade, a obrigação de trabalhar por vezes durante uma vida inteira numa área de limbo, entre os servidores concursados e entre os trabalhadores celetistas, sem qualquer vantagem de um ou de outro.

Mas para além das questões sociais, o fato é que há expressa previsão legal sobre a obrigatoriedade de recolhimento dessa verba em casos como o dos autos.

Dispõe o art. 19-A da Lei 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o seguinte:

*“Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.*

*Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do caput, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002.”*

É justamente esse o caso dos autos, já que a nulidade da contratação é afirmada pelo próprio réu em contestação, o que torna o ponto incontroverso.

Observo ainda que, em 13.06.2012, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, julgou o Recurso Extraordinário 596478/RO, por meio do qual o Estado de Roraima pretendia obter a declaração de inconstitucionalidade do já citado art. 19-A da Lei 8.036/90.

No julgamento do recurso em tela, os ministros chegaram à conclusão de que, independentemente da natureza jurídica do FGTS (se tem caráter indenizatório; se tem natureza de salário diferido ou indireto; se se trata de um fundo ou poupança forçada), o fato é que ele tem, inquestionavelmente, caráter compensatório pelo tempo de trabalho prestado, e surgiu para compensar a perda da estabilidade pelo trabalhador.

Fizeram ainda um comparativo deveras interessante com o trabalho exercido por menor. O contrato de trabalho travado com um menor é nulo, mas o Fundo de Garantia, não há dúvida, é devido ainda assim o que demonstraria, de forma clara, que a nulidade do contrato de trabalho não impõe a exclusão do FGTS.

O fato é que não se pode confundir a nulidade do contrato de trabalho com a inexistência dele. O caso é que ocorreu a contratação irregular do trabalhador que, embora inválida, existiu no plano fático e esse fato, sem dúvida, produz efeitos jurídicos.

Não se pode negar que houve uma contratação irregular de servidor. Afastar da Administração o dever de arcar com o pagamento do FGTS acabaria por premiar a ineficiência e a ilegalidade do ato.

O Supremo, no caso, conferiu consequências jurídicas ao ato considerado nulo em homenagem a outros princípios constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana.

Eis o teor da ementa do julgado:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – CONTRATO NULO – EFEITOS – RECOLHIMENTO DO FGTS – ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90 – CONSTITUCIONALIDADE. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.”*

A meu ver, a pessoa que se submete a tal situação deve ser encarada mais como vítima do que como participante de fraude, especialmente porque não se duvida que o hipossuficiente é o empregado.

Não é necessário discorrer sobre a já conhecida deficiência do mercado de trabalho brasileiro, de modo que é justificável que o trabalhador aceite tal situação, não sendo ele o responsável pelo fato, mas a própria Administração.

É também esse o entendimento atual da jurisprudência pátria:

*“EMENTA: ADMINISTRATIVO – CONTRATO TEMPORÁRIO – PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS – IRREGULARIDADE – HORAS-EXTRAS – PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – ÔNUS PROBANDI DO AUTOR – FGTS – REPERCUSSÃO GERAL – STF – DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO.*

*Nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto a fato constitutivo de seu direito.*

*Inexistindo provas seguras de haver a autora trabalhado em jornada extraordinária àquela constante dos contratos temporários firmados com a municipalidade, não há como acolher a pretensão defensiva nesse aspecto.*

*A despeito da irregularidade da contratação, equipara-se o servidor contratado temporariamente ao servidor público, devendo, para tanto, serem observados os direitos constantes do art. 7º, c/c art. 39, § 3º, ambos da Constituição Federal, quando comprovada a contratação e a prestação de serviços, sob pena de, em última análise, ocorrer locupletamento ilícito por parte da Administração Pública se o ente político deixar de promover a contraprestação pecuniária devida.*

*O excelso Supremo Tribunal Federal, através do RE 596.478, reconheceu o direito aos depósitos do FGTS a trabalhadores que tiveram o contrato com o setor público declarado nulo por não terem sido aprovados em concurso público. (TJMG, Apelação n. 1.0351.09.093534-4/001, Rel. Des. Duarte de Paula, julgado em 23/07/2014)”*

*“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – MUNICÍPIO DE DOM CAVATI – DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA PARA EXERCER FUNÇÃO PÚBLICA – CONTRATAÇÃO NULA – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – FGTS – DIREITO AO RECOLHIMENTO – PRECEDENTE DO STF – AVISO PRÉVIO – MULTA SOBRE O FGTS – MULTAS PREVISTAS NA CLT – DESCABIMENTO – ENTREGA DAS GUIAS DO TRCT E CD/SD – INCLUSÃO NA RAIS – REGISTRO NA CTPS – CADASTRO NO PIS – RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO – DESCABIMENTO.*

*A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, gera para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS, a título de indenização.*

*O egrégio STF reconheceu, no RE 596478 RG/RR, o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho declarado nulo em função da inobservância da regra constitucional de prévia aprovação em concurso.*

*A nulidade do contrato não acarreta a sujeição da relação jurídica às regras da CLT, tratando-se de vínculo estabelecido com a Administração Pública, sujeita ao regramento próprio.*

*Reconhecida a nulidade do contrato, descabe indenização por aviso prévio, multas sobre o FGTS e multas específicas do processo trabalhista, não se equiparando a situação à de dispensa sem justa causa.*

*Quanto às guias CD/SD e TRCT para fins de levantamento do seguro-desemprego, trata-se de obrigação própria da relação celetista.*

*A anotação da CTPS, o cadastro no PIS e a inclusão do nome na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) são incabíveis, tendo em vista a impossibilidade de restituição do status quo ante.*

*Recurso provido em parte. (Apelação Cível 1.0309.11.000617-3/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, julgamento em 10/07/2014, publicação da súmula em 16/07/2014)”*

A Primeira Câmara Cível deste Tribunal também já adota tal entendimento:

*“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – TRABALHO TEMPORÁRIO – CONTRATOS SUCESSIVOS – NULIDADE – FGTS DEVIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*São devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público. (TJMS, Apelação n. 00121-27.2010.8.12.015, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 24/06/2014)”*

E o Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CONCURSO PÚBLICO – DEPÓSITO DE FGTS – OBRIGATORIEDADE – PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIOS NO JULGADO.*

*1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material na decisão.*

*2. O embargante não aponta nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material nas razões recursais, buscando apenas modificar o acórdão embargado.*

*3. É incabível a oposição de embargos declaratórios para prequestionamento de matéria constitucional, como forma de viabilizar a interposição de recurso extraordinário, se não há vício no acórdão embargado.*

*4. O STF entende que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado” (AI 767.024-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24.4.2012).*

*5. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009).*

*6. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do*

*trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001).*

*7. Apendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. É cabível o exame de tal pretensão apenas em eventual juízo de admissibilidade de recurso extraordinário interposto nesta Corte Superior.*

*Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 1440935/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 12/06/2014)”*

Há, assim, obrigatoriedade de recolhimento do FGTS para os servidores contratados irregularmente pela Administração Pública, como é o caso dos autos.

#### Do direito à percepção do salário maternidade

Como relatado, a autora alega que está comprovado nos autos através de seus *holerites* que contribuiu com a previdência social, sendo que, no dia 17.01.2011, deu a luz a seu filho, mas o INSS se negou a pagar o salário maternidade, tendo em vista a forma como se deu a contratação e ao fato do réu ter-se negado a entregar o documento solicitado pelo INSS.

Assim, também pediu a condenação do réu ao pagamento da indenização substitutiva do salário maternidade no valor de R\$ 2.180,00.

Em que pese a existência do aditivo n. 22/2011 de f. 19, a autora alega na inicial que não estava trabalhando para o município no período de 31.12.2010 a 30.03.2011, uma vez que aduz que os períodos trabalhados foram os seguintes: 05.01.2009 à 23.03.2009, 01.09.2009 à 31.12.2009, 02.01.2010 à 31.12.2010 e, por fim, 01.04.2011 à 30.06.2011.

Portanto, na data do nascimento de seu filho, 17.01.2011 – a qual não foi contestada pelo réu – a autora não estava trabalhando para o município, tanto que alega ter requerido o benefício junto ao INSS, o que lhe teria sido negado.

Assim, é fato que a responsabilidade por tal pagamento não seria do empregador, mas do INSS, uma vez que devidamente comprovado nos autos que a autora efetuava tal contribuição através descontos em seu holerite.

Como é cediço a empresa é responsável pelo pagamento do salário maternidade apenas para a segurada empregada, exceto nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, com a dedução do valor pago na guia da previdência social, conforme art. 71 e seguintes da Lei n. 8.213/91.

A autora não estava empregada na data em que teria direito ao recebimento do benefício. Porém, alega que o município réu não entregou documento indispensável, exigido pelo INSS, para a concessão do referido benefício, conforme requisitado através da Carta n. 239 (f. 26), qual seja, a certidão de tempo de contribuição do vínculo com a Prefeitura Municipal de Corguinho.

De fato, o réu alegou, mas também não comprovou a entrega do referido documento.

Porém, a meu ver, os elementos dos autos não são suficientes para condenação do réu ao pagamento do benefício em questão, devido pelo INSS em razão de contribuição previdenciária, uma vez que a autora não comprovou que reuniu todos os documentos e que teve o benefício negado pelo instituto em razão da ausência desse documento especificamente.

Sobre o tema, importante lembrar que ao autor incumbe comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Assinalo que a prova é produzida pela parte e direcionada para formar o convencimento do juiz, que tem liberdade para decidir a causa, desde que fundamente sua decisão. Trata-se do conhecido princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 131 do CPC<sup>1</sup>, que de um lado lhe assegura a liberdade para apreciar as provas, mas, de outro, impõe-lhe o dever de justificar as razões de seu convencimento.

Nesse contexto, conforme salientei, a autora não conseguiu desempenhar seu encargo probatório, ônus que lhe incumbia, nos termos do inciso II, do artigo 333, do CPC<sup>2</sup>.

Moacyr Amaral Santos<sup>3</sup>, em doutrina a que me filio, afirma que:

*“O ônus da prova incube tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu, que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado. Citando Mortara, o ilustre autor aduz que o critério da distribuição resulta do interesse da prova. Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova; e é evidente que tem interesse quem o expõe como fundamento de sua pretensão, isto é, do pedido ou da exceção.”*

Em seguida, ao transcrever o entendimento de Chiovenda sobre o tema, aponta que *“às partes cabe a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juízo aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento”*. Para ele, o juiz não pode considerar circunstâncias que não resultem de fatos provados (*judicet secundum allegata e probata; quod non est in actis non est in mundo*).

Logo, se a parte não logrou êxito em colaborar para a boa formação do material probatório e resolveu assumir os riscos inerentes à ausência de provas cabais de suas alegações, terá de suportar as conseqüências de um julgamento desfavorável, pois a solução perseguida na defesa não se encontra respaldada em provas satisfatórias para a elucidação da divergência ali instalada.

E a prova necessária é eminentemente documental.

Portanto, não tendo a autora cumprido em produzir prova firme da negativa do INSS quanto ao pagamento do benefício e os motivos para tanto, não há elementos que embase a condenação consignada na sentença.

Do dano material em razão da contratação de advogado

Venho reiteradamente decidindo que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários contratuais são da parte que contratou os serviços do causídico, ou seja, da autora da presente ação, e não do município réu.

A Terceira Turma do STJ, no REsp nº 1.027.7974, seguindo voto proferido pela e. Relatora Ministra Nancy Andrighi, em 17 de fevereiro de 2011, externou o entendimento de que é cabível o pagamento de honorários advocatícios contratuais como perdas e danos, na forma do art. 389 do Código Civil.

1 “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

2 “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.”

3. *In Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol.I, São Paulo: Max Limonad, p.105-106.

No entanto, posteriormente, a própria Min. Nancy Andrighi, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG, de 13 de junho de 2012, proferiu voto vista para rever o seu posicionamento, conforme segue:

*“(...) 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. 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.” Logo, diversamente do que defende a apelante, a sua pretensão não é amparada pelo Código Civil, como restou assentado na jurisprudência do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG.”*

Com relação aos recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de admitir a inclusão do valor dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais, esclareço que não se trata de tema pacífico naquela Corte e, a meu modo de ver, deve prevalecer o entendimento de que “a mera contratação de advogado para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça” (STJ. REsp 1362294. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicação: 10/03/2015).

Nesse contexto, deve ser reformada a sentença que imputou tal condenação ao réu.

Dos juros de mora e correção monetária

No que se refere à atualização monetária a ser aplicada nas relações que envolvem a Fazenda Pública, é preciso salientar que as controvérsias acerca da regra trazida pelo artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com

redação da Lei 11.960/09, foram finalmente solucionadas pelo Supremo Tribunal Federal em 25.03.2015, com a modulação dos efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4357 e nº 4425.

Com isso, conclui-se o seguinte:

Até 29.06.2009 a atualização monetária dava-se pelos índices fornecidos pelos Tribunais e os juros de mora eram de 0,5% até 10.01.2003 e de 1% ao mês a partir de 11.01.2003.

De 30.06.2009 a 25.03.2015 a correção monetária deve ser realizada pela TR e os juros nos moldes da caderneta de poupança;

E, a partir de 25.03.2015, a atualização monetária deve ser feita pelo IPCA-E e os juros de mora nos termos da poupança.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos.

Quanto ao recurso do Município de Corguinho rejeito a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação e dou parcial provimento à apelação por ele interposta para reformar em parte a r. sentença, afastando a condenação ao pagamento de indenização substitutiva do salário maternidade e danos materiais.

Outrossim, dou provimento ao recurso da autora para reformar a sentença impugnada e julgar procedente o pedido por ela formulado relativo à condenação do Município réu ao depósito dos valores relativos ao FGTS pelo período trabalhado pela autora.

Os valores encontrados deverão ser corrigidos pelo INPC desde quando deveriam ter sido depositados e não o foram até 29.06.2009, sendo que de 30.06.2009 a 25.03.2015 a correção monetária deve ser realizada pela TR, a partir de quando deverá ser efetivada pelo IPCA-E até a data do efetivo depósito ou da extinção do vínculo.

O valor da condenação deverá ainda ser acrescido de juros de mora em percentual de 1% ao mês até 29.06.2009, a partir de quando o valor deverá ser corrigido nos moldes da caderneta de poupança.

Sendo as partes reciprocamente sucumbentes, cada uma arcará com o pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios, na proporção de 50% a cada uma, fixados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), permitida a compensação.

Mantenho a sentença quanto aos demais termos.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, deram parcial provimento ao recurso do Município de Corguinho e deram provimento ao recurso de Flávia Ramos, 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. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 13 de julho de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0806530-49.2015.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM DESFAVOR DO ESTADO – MORTE DE PRESO POR AÇÃO PERPETRADA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANO MORAL *IN RE IPSA* DOS FILHOS DO *DE CUJUS* – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Com arrimo no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, no exercício da função, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa.

Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica.

No caso em tela, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integralidade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse ínterim.

A indenização por dano moral tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento de uma indenização irrisória, tampouco de valor excessivo ao ofensor. O nosso ordenamento jurídico, como se sabe, não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva, que deve obediência aos critérios adotados pela jurisprudência e doutrina, levando em consideração os aspectos factuais do caso concreto e, em especial, o postulado da razoabilidade.

Considerando as peculiaridades do presente caso, que trata de pedido de dano moral dos filhos do detento falecido, bem como os parâmetros que vêm sendo adotados pelos Tribunais, a indenização é fixada em R\$ 25.000,00 por filho do *de cujus*, atualizado desde a data do evento danoso, valor que cumpre com as finalidades da reparação civil.

Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

## 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, 20 de julho de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Andreliza da Silva Segateli e Tiago da Silva Segateli (fls. 116/135) em face da sentença de fls. 108/111 que julgou improcedente o pedido exordial na ação de indenização por danos morais movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em suas razões, os apelantes afirmam que o r. *decisum* merece reforma, pois o douto juízo sentenciante teria laborado em erro ao não reconhecer o nexos causal entre a morte do *de cuius* (pai dos apelantes que estava recolhido em estabelecimento prisional), e a conduta omissiva do Estado de Mato Grosso do Sul, que, se comprovado, geraria responsabilidade deste em indenizá-los por danos morais.

Alegam, nesse sentido, que o nexos causal restou comprovado pelos documentos juntados aos autos (fls. 21/85), razão pela qual, existindo o dano moral e o nexos causal, seria o Estado responsável a indenizá-los, como filhos do *de cuius*, que, estando recolhido em estabelecimento prisional, faleceu por ação contundente em seu abdômen (traumatismo abdominal por agressão física).

Afirmam que a dor e o sofrimento por eles suportados é imensa, ante a perda do pai, razão pela qual estaria caracterizado o dano *in re ipsa*. Quanto ao valor da indenização, pedem que esta seja fixada no mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Citam jurisprudência.

Requerem, ao final, o provimento do apelo, com a consequente reforma da r. sentença, para determinar que o apelado lhes conceda indenização por danos morais.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresenta contrarrazões às fls. 139/150, asseverando que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva; afirma, também, que não restou comprovado o nexos causal, merecendo, assim, ser mantida a sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Andreliza da Silva Segateli e Tiago da Silva Segateli (fls. 116/135) em face da sentença de fls. 108/111 que julgou improcedente o pedido exordial na ação de indenização por danos morais movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirmaram os apelantes, em suma, que desde 18/08/2014, o falecido pai estava recolhido à prisão na Penitenciária Estadual de Dourados (antigo presídio Harry Amorim Costa), e que durante este período foi encaminhado ao Hospital da Vida devido a problemas de saúde – quadro de rebaixamento de consciência e insuficiência respiratória, em razão de trauma abdominal recente.

Alegaram que apesar de não ter sido apurada a autoria de quem teria agredido o *de cuius*, em razão de estar sob a custódia e direta proteção do Poder Público, por estar detido, o apelado possuía o dever de zelar pela integridade física do falecido.

Citado, o requerido, ora apelado, apresentou contestação às fls. 99/107.

Finda a instrução, o I. Magistrado de instância singela julgou improcedente o pedido inicial, por não ter sido comprovada a omissão do Estado.

Daí a irresignação dos apelantes, que, como se verá, merece prosperar.

#### Da responsabilidade objetiva do Estado

É pacífico que, ao contrário do que alega o apelado, a responsabilidade civil do Estado é objetiva quando se trata de morte de preso dentro do estabelecimento prisional, pois ainda que se trate de ação omissiva do ente, que em tese geraria responsabilidade subjetiva, a jurisprudência é uníssona em dizer que, nestes casos, aplica-se a teoria do risco administrativo, por tratar-se de omissão específica, como prevê o art. 37, §6º da Constituição Federal.

O STF já decidiu desta forma em Recurso Extraordinário com repercussão geral. Veja-se trecho desta decisão:

*“APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. ASFIXIA MECÂNICA. EVIDÊNCIAS TANTO DE HOMICÍDIO QUANTO DE SUICÍDIO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA.*

*Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integralidade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim. (ARE 638.467 RG / RS – Relator: Min. Luiz Fux – Julgado em 20/09/2012).*

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento não é diferente, como se infere destes arestos:

*“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MONTANTE INDENIZATÓRIO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

*1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.*

*2. No tocante à alegada ausência de culpa pelo evento danoso, a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado.*

*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 regimental a que se nega provimento* (AgRg no AREsp 782.450/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015)”

“ADMINISTRATIVO E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MORTE DE DETENTO EM UNIDADE PRISIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL E DESCARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONDOTA CULPOSA DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. TESE DE EXORBITÂNCIA DO VALOR DOS DANOS MORAIS SEM INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. “A jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado em unidade prisional” (AgRg no AREsp 346.952/PE, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23/10/2013).

2. O acórdão proferido pela Corte de origem, além de se alinhar à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, sobreleva diversas circunstâncias fáticas que tangenciam o evento para se chegar à conclusão a respeito da caracterização da responsabilidade civil do estado. Impossível o reexame da questão sem a incursão no substrato fático-probatório dos autos, situação que esbarra no óbice do verbete sumular 7/STJ.

3. A ausência de indicação precisa do dispositivo de lei federal tido por violado, seja o recurso especial interposto com espeque na alínea “a” ou “c”, enseja a aplicação do óbice previsto na súmula 284/STF, em razão de deficiência na fundamentação, haja vista não ser possível o exame de que norma teria sido desrespeitada ou na qual resida possível controvérsia em sua exegese.

4. *Agravo regimental desprovido*. (AgRg no AREsp 528.911/MA, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)”

Aqui também, a exemplo do último aresto transcrito, existem diversas circunstâncias fáticas que marcaram o evento que permitem que se chegue à conclusão diversa daquela dada pelo e. magistrado de primeiro grau, e que levam à reforma da r. sentença com provimento do recurso e julgamento de procedência da pretensão indenizatória deduzida na inicial.

Para isso, analisa-se as circunstâncias de fato que marcaram o evento lesivo descrito na inicial.

Certo que se deve analisar, *in casu*, a responsabilidade objetiva do Estado, e não subjetiva.

Não obstante, vale ressaltar que a responsabilidade objetiva também possui requisitos inerentes à sua configuração. São dispensáveis apenas o dolo e a culpa, mas, ainda assim, deve-se comprovar o nexo causal entre o dano e a conduta do apelado.

Nessa toada, deve-se verificar a comprovação do nexo causal a partir da análise do acervo probatório, devendo a *causa mortis* ter-se dado por ação perpetrada dentro do estabelecimento prisional, em que o apelado deveria prestar custódia, mas falhou neste dever.

Tal averiguação é de suma importância pois trata-se de verificar se o Estado cumpriu com seu dever de custódia, o que beneficia não só à segurança do detento, mas à toda a sociedade. Em outras palavras, se o Estado vigia o detento, está protegendo a este e também cuidando para que fugas não ocorram.

*In casu*, tem-se que a *causa mortis* do *de cuius* foi, conforme a certidão de óbito de fl. 30: “*choque séptico – pós operatório de colectomia total – traumatismo abdominal por agressão física – hipertensão arterial sistêmica - câncer de próstata.*”

A controvérsia, então, reside no traumatismo abdominal por agressão física como sendo uma *causa mortis*. O que se discute é se tal lesão ocorreu dentro do estabelecimento prisional, o que geraria, por si só, ao contrário do que consignou o juízo *a quo*, a responsabilidade objetiva do Estado por esta lesão - ainda que tenha se dado por ação suicida.<sup>1</sup>

Da análise das provas contidas nos autos, é cediço que a agressão não poderia ter se dado em outro local, que não no estabelecimento prisional no qual o *de cuius* estava recolhido. A declaração de óbito de fl. 39 consigna: “*periciado vítima de trauma abdominal, evoluiu com neurose de intestino. Foi operado e evoluiu para óbito.*”

Em outras palavras, o óbito se deu em razão de trauma abdominal provocado por mecanismo contundente. E não havia, naqueles dias em que ficou detido, outra forma de ter ocorrido a lesão, se não por ausência de efetiva vigilância dos policiais encarregados da guarda da população carcerária.

Corroborar esse entendimento o Laudo de Exame de Corpo de Delito – Necroscópico nº 42.338/15 (fl. 32): “*Consta em prontuário médico da UPA e do Hospital da Vida que o periciado sofreu traumatismo em abdômen.*”

De igual maneira, no mesmo documento, o perito afirma, na resposta aos quesitos, que a causa da morte é o traumatismo em abdômen, e que o meio que produziu a morte foi uma ação contundente.

Agente contundente é todo objeto rombudo capaz de agir batendo traumáticamente no organismo da vítima (pau, pedra, martelo, barra de ferro e nossa jurisprudência inclui os próprios membros do corpo humano como as mãos, pés, cotovelo e outros)<sup>2</sup>.

Assim, por certo, o *de cuius* (pai dos apelantes) sofreu lesão em seu abdômen dentro do estabelecimento prisional, tendo falhado o Estado com seu dever de guarda, ainda que não se tenha encontrado o autor do crime.

Ora, o Estado tem o dever de guarda das pessoas que se encontram dentro do regime carcerário. A superpopulação carcerária não é causa excludente da responsabilidade do Estado porque era seu dever construir mais presídios e investir na segurança interna, diminuindo o fluxo de presos em uma mesma cela, capaz de, só por si, gerar atritos entre os detentos que não raro levam à desavenças e brigas que resultam em morte de detentos.

Estamos assistindo esses fatos ocorrerem diariamente, infelizmente, mas poucas são as medidas adotadas pelo Estado para evitar que fatos dessa natureza eclodam e provoquem eventos lesivos como os discutidos no presente caderno processual.

Recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal condenou o Estado do Rio Grande do Sul a indenizar familiares de preso que foi morto dentro do estabelecimento penal, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux.

Em notícia divulgada na internet na data de 30.03.2016, consta veiculação sobre essa decisão do Plenário do STF, com o seguinte teor:

<sup>1</sup> STF - ARE 638.467 RG / RS – Relator: Min. Luiz Fux – Julgado em 20/09/2012.

<sup>2</sup> <http://aulademedicinallegal.blogspot.com.br/2012/06/traumatologia.html>.

“30 de março de 2016, 21h49.

*O estado é responsável pela morte de detentos dentro de presídios se for comprovado que seu dever de proteger as pessoas ali encarceradas não foi cumprido. Assim entendeu, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao condenar o Rio Grande do Sul a pagar indenização à família de uma preso que morreu enforcado.*

*Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes não participaram do julgamento.*

*A decisão, tomada na sessão desta quarta-feira (30/3), teve sua repercussão geral reconhecida e será aplicada em pelo menos outros 108 processos. O Rio Grande do Sul já tinha sido condenado, em primeiro e segundo graus, a indenizar a família do detento morto.*

*O enforcamento ocorreu na Penitenciária Estadual de Jacuí. A necropsia confirmou a causa da morte (asfixia mecânica), mas não conseguiu concluir se houve homicídio ou suicídio. Para o relator do recurso, ministro Luiz Fux, a responsabilidade civil do estado existe mesmo em casos de suicídio.*

*O ministro explicou que, mesmo havendo omissão, não é possível eximir o estado de sua responsabilidade, pois há casos em que a falta de cuidado resulta em delitos. Luiz Fux citou precedentes do STF e destacou que o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal é claro em assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral.*

*Ainda sobre a hipótese de suicídio, o ministro salientou que não há prova de que essa tenha sido a causa da morte e que esse ponto foi confirmado pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. “Se o estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do estado”, concluiu o relator.*

#### *Argumentos*

*Em pronunciamento na tribuna, o procurador de Justiça gaúcho Victor Herzer da Silva argumentou que a ausência de prova conclusiva sobre a causa da morte (homicídio ou suicídio) impede que o estado seja responsabilizado. Para o governo gaúcho, não é possível atribuir ao estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos, especialmente quando não há qualquer histórico anterior de distúrbios comportamentais.*

*A Defensoria Pública da União, que atuou como amicus curiae, representada por João Alberto Simões Pires Franco, afirmou que, mesmo sem prova conclusiva sobre a causa da morte, o estado falhou ao não fazer a devida apuração dos fatos, pois não foi instaurado inquérito policial ou procedimento administrativo na penitenciária.*

*Segundo a AGU, o fato de um cidadão estar sob a custódia estatal em um presídio é suficiente para caracterizar a responsabilidade objetiva em casos de morte. Com informações da Assessoria de Imprensa do STF.*

Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 638.467”.<sup>3</sup>

O acórdão se encontra ainda, infelizmente, pendente de publicação, mas já enseja sua aplicação pelos Ministros do STF.

Com efeito, tendo em vista o precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado em sede de repercussão geral, o Ministro Edson Fachin decidiu monocraticamente, em outro recurso extraordinário, que cabe ao Tribunal local adequar-se a esse entendimento, devolvendo os autos à origem para tal fim. Veja-se a decisão, de junho de 2016:

<sup>3</sup> <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/estado-responsavel-morte-detento-presidio-stf>, consultado na data de 17 de julho de 2016.

Decisão:

*“Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que condenou o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do óbito de detento. Sustenta-se, em suma, que o Estado não pode ser responsabilizado pelo sinistro que deu causa à morte do detento, no caso, visto que não ficou demonstrado o nexo causal entre sua suposta omissão e o evento danoso. Além disso, alega-se que, na fixação do quantum indenizatório, não foram observados os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé objetiva.*

*Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento eletrônico, ao analisar o ARE 638.467, substituído pelo RE 841.526, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.10.2012 (tema 592), reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia em debate e, apreciando o mérito, firmou a seguinte tese: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento” (ata de julgamento publicada no DJe 04.04.2016 – acórdão pendente de publicação).*

*No que tange à discussão sobre a proporcionalidade e razoabilidade da indenização fixada a título de danos morais, a Corte, no julgamento do ARE-RG 743.771, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 31.05.2013 (Tema 655), decidiu pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada, por se tratar de matéria infraconstitucional.*

*Ante o exposto, em vista dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acerca dos temas suscitados neste recurso, determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no artigo 328 do RISTF. Publique-se. Brasília, 11 de junho de 2016. Ministro Edson Fachin Relator. (ARE 962420, Relator(a): Min. Edson Fachin, julgado em 11/06/2016, publicado em Processo Eletrônico, DJe-124 Divulg 15/06/2016 Public 16/06/2016)”*

Idêntica foi a solução encontrada pela e. Ministra Cármen Lúcia, ao apreciar outro recurso extraordinário, que teve o mesmo destino do anterior citado. Confira-se:

*“DECISÃO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. QUESTÃO SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM.*

*Relatório 1. Agravo regimental contra decisão proferida em 25.2.2016 pela qual foi negado seguimento ao agravo nos autos do recurso extraordinário interposto pelo Rio Grande do Sul ao fundamento de que a apreciação do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório do processo.*

*2. Publicada essa decisão no DJe de 1º.3.2016, o Rio Grande do Sul interpõe, em 8.3.2016, tempestivamente, agravo regimental.*

*3. O Agravante afirma que “trata o presente caso de ação ordinária ajuizada em face do ora agravante, na qual é postulado indenização por danos morais e extrapatrimoniais em decorrência de morte de preso em estabelecimento prisional. Ocorre que tal situação coincide totalmente com a discussão sob o rito da repercussão geral no seio do RE 841.526/RS. A responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento está afetada à existência de repercussão geral, sob o tema 592”. Examinada a matéria posta à apreciação,*

DECIDO.

4. Consta no acórdão proferido pelo Tribunal de origem:

*“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE APENADO DENTRO DO ESTABELECIMENTO CARCERÁRIO. RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR DO ESTADO.*

*Considerando que a vítima, filho, companheiro e pai dos autores, veio a ser assassinado no interior da Penitenciária Estadual do Jacuí, é de ser reconhecido o dever de indenizar do Estado pelos danos morais e materiais decorridos do evento danoso. Negligência do ente estatal que deixou de observar a obrigação de vigilância, considerando que vítima, segundo demonstra a prova documental, foi assassinado por outros apenados. Dever de vigilância não observado. Falha de serviço público caracterizada. Verbas alimentares concedidas, apenas, à viúva e às filhas da vítima, mantidos os termos fixados na sentença.*

*APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE, EM REEXAME NECESSÁRIO”.*

*Os embargos de declaração opostos foram assim julgados: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PENSIONAMENTO.*

*1. Ocorrência de omissão no acórdão vergastado, uma vez que não foi apreciada alegação de ausência de pressuposto para o pensionamento. 2. A parte embargante prequestionou de forma inespecífica a matéria versada no apelo, objetivando a interposição de recurso à Superior Instância.*

*No entanto, a decisão deste Colegiado foi devidamente motivada, atendendo ao princípio do livre convencimento a que alude o art. 131 do CPC, inexistindo no caso em tela negativa de vigência a quaisquer dos dispositivos legais invocados em sede de embargos. Acolhidos em parte os embargos declaratórios”.*

*5. No julgamento eletrônico do Recurso Extraordinário com Agravo n. 638.467, substituído pelo Recurso Extraordinário n. 841.526 (tema n. 592), Relator o Ministro Luiz Fux, esse Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da controvérsia em debate:*

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL” (DJe 3.10.2012).*

*6. Reconhecida a repercussão geral do tema, os autos deverão retornar à origem, para aguardar-se o julgamento do mérito e, após a decisão, observar-se o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil.*

*7. Pelo exposto, em juízo de reconsideração, anulo a decisão agravada e dou provimento a este agravo para admitir o recurso extraordinário, devendo ser observado quanto a este o art. 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Publique-se. Brasília, 15 de março de 2016. Ministra Carmen Lúcia Relatora (ARE 948679 AgR, Relator(a): Min.*

Carmen Lúcia, julgado em 15/03/2016, publicado em Processo eletrônico, DJe-058 Divulg 30/03/2016, Public 31/03/2016)”

A questão, assim, encontra-se sepultada pelo acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE acima indicado, da relatoria do Min. Luiz Fux, com repercussão geral, consolidando o entendimento de que a morte de detento em estabelecimento prisional geral o dever de indenização aos familiares da vítima, por dano moral (se este vier a óbito), eis que o estado falhou no seu dever de vigilância da preservação da integridade física do detento que se encontra preso em seu sistema de encarceramento estatal.

Como bem leciona o professor Sérgio Cavalieri Filho<sup>4</sup>:

*“Com muita frequência o comportamento do Estado, embora não seja a causa direta ou imediata do dano, concorre, todavia, para ele de forma decisiva. A atuação do Estado cria a situação propícia do dano, de modo a justificar a sua responsabilização.*

*Ocorre tal situação quando o Estado tem o dever de guarda de pessoas ou coisas perigosas, expondo a coletividade a riscos incomuns. Servem de exemplo os depósitos de explosivos, usinas nucleares, presídios e manicômios judiciais, recintos para guarda de animais etc.”*

Rui Stocco<sup>5</sup>, a seu turno, traz importante lição doutrinária sobre esse tema:

*“Portanto, o Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, segregação, prevenção e objetivo de ressocialização, tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados.*

*O confinamento de pessoa condenada pelo Estado-juiz por parte do Poder Executivo pressupõe a entrega dessa pessoa à guarda e vigilância da Administração Carcerária.*

*Desse modo, qualquer lesão que esses presos sofram por ação dos agentes públicos, por ação de outros reclusos ou de terceiros, leva à presunção absoluta (jure et jure) da responsabilidade do Estado, não admitindo a alegação de ausência de culpa. Mostra-se, então despiciendo indagar se a Administração falhou, se houve (ou não) omissão, falta ou falha do servidor ou culpa anônima do serviço.*

*A responsabilidade nasce tão-só da existência de um dano e da existência de nexo causal entre o fato e o resultado. Isto porque o preso fica sob o poder, proteção e vigilância do Estado. Quando preso, não tem escolha quanto ao local em que deve ficar, nem opção quanto aos próprios meios de sua proteção”.*

Quisesse evitar dano com tal potencial àquele ocasionado ao pai dos autores, Armelindo Segateli, falecido em 07.03.2015 (encontrando-se encarcerado desde 18.08.2014), certamente que o Estado, reafirmo, deve investir mais no sistema carcerário, construindo e entregando presídios de segurança média e máxima em que o preso possa cumprir a sua pena segundo os ditames da lei de execução penal, com preservação de sua saúde física, em celas individuais e não em celas com a atual configuração desse falido sistema, em que a superlotação carcerária é uma fonte primária de danos corporais aos detentos, que são obrigados a se submeter ao crime organizado que existe ali dentro mesmo, sob pena de ocorrer o que aqui ocorreu, a saber, a morte do detento.

<sup>4</sup> Programa de Responsabilidade Civil, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.284.

<sup>5</sup> Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª ed., RT, 2007, p. 1.167.

Por mais abominável que tenha sido o crime perpetrado pelo preso, não se justifica que seja lançado em um meio hostil, em que não recebe qualquer condição de cumprimento adequado da pena, submetendo-se diuturnamente a vir ali a óbito, qualquer que seja a causa das desavenças que ali frequentemente também ocorrem, o que nem precisa de prova ante ao fato público e notório de que as carceragens em geral, presídios de segurança máxima inclusive, encontram-se sem qualquer condição de proporcionar a segurança individual que o preso deve ter durante o tempo de sua internação e duração no cumprimento de sua pena.

O dever de indenizar, assim, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é inquestionável, o que impõe que a r. sentença seja reformada para que o pedido indenizatório seja julgado improcedente, eis que é indubitoso que a morte dos pais dos autores ocorreu no Presídio em que se encontrava custodiado no Município de Dourados, neste Estado.

#### Do dano moral

A indenização por dano moral tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento de uma indenização irrisória, tampouco de valor excessivo ao ofensor. Entendo, nesse sentido, que o valor mínimo de R\$100.000,00 (cem mil reais) pleiteado pelos apelantes é exorbitante.

Maria Helena Diniz<sup>6</sup> a respeito da quantificação do dano moral, nos ensina:

*“(...) A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função:*

*a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa - integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e*

*b) satisfatória ou compensatória, pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.*

*Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento”.*

Todavia, sabe-se que não existem parâmetros definidos em lei para estabelecer seu *quantum*. O caso concreto é quem fornecerá ao julgador os elementos necessários para delinear o valor a ser pago.

Na lição de Yussef Said Cahali<sup>7</sup>:

*“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.”*

<sup>6</sup> *In Curso de Direito Civil Brasileiro*. Editora Saraiva. 7º. Volume, pág. 79-80.

<sup>7</sup> *In Dano Moral*. Editora Revista dos Tribunais: SP, 1998, 2ª edição.

Do escólio de Rui Stoco<sup>8</sup>, mais uma vez, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro extraem-se os elementos sobre os quais pode o juiz fundar o arbitramento do valor do dano moral, no caso concreto que lhe é apresentado:

*“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 equitativo 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”.*

Outrossim, o julgador deve atentar para a natureza jurídica da indenização, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito.

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira<sup>9</sup>, nos seguintes termos:

*“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.”*

Sérgio Cavalieri Filho<sup>10</sup>, ao tratar do arbitramento do dano moral, também assim se manifestou:

*“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 uma certa proporcionalidade.*

8 *In Tratado de Responsabilidade Civil*. Ed. RT, São Paulo: 2001, pág. 1.030.

9 *In Responsabilidade Civil*. 4ª ed., 1993, p. 60.

10 *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed., Editora Atlas S/A, 2009, p. 93.

*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.”*

Neste aspecto, ilustrativa, ainda e mais uma vez, a lição de Maria Helena Diniz<sup>11</sup>:

*“Na avaliação do dano moral o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável”*

De se concluir que, na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

O caráter punitivo da condenação é justamente para evitar que se repitam casos semelhantes e que, por outro modo, tragam à vítima uma sensação de recompensa pelo acontecido.

O magistrado, em resumo, deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto e as partes envolvidas, tomando-se a cautela de não proporcionar enriquecimento ilícito à vítima do dano, nem que leve à míngua o ofensor, sem olvidar, ainda, o seu caráter pedagógico.

Assim, levando em conta essas considerações, atento às peculiaridades do caso concreto, reputo como razoável e hábil para atender as finalidades da reparação civil, especialmente ao caráter pedagógico de reprimenda pecuniária, a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a cada um dos dois filhos da vítima, autores apelantes, totalizando R\$ 60.000,00, é valor que se afeiçoa à razoabilidade e que vem sendo aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em casos idênticos.

Confira-se:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

*1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a simples alegação genérica, desprovida da indicação de quais os dispositivos teriam sido efetivamente violados pelo Tribunal de origem, não é suficiente para fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF.*

*2. A jurisprudência do STJ admite a revisão do quantum indenizatório fixado a títulos de danos morais em ações de responsabilidade civil quando configurada situação de anormalidade nos valores, sendo estes irrisórios ou exorbitantes.*

<sup>11</sup> Curso de Direito Civil Brasileiro. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89, V. 7.

3. Na hipótese em questão, foi com base nas provas e nos fatos constantes dos autos que o Tribunal de origem entendeu que é justo o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), arbitrado a título de indenização por danos morais, eis que baseado nos danos sofridos em decorrência de morte de preso sob custódia do Estado.

Desta forma, a acolhida da pretensão recursal demanda prévio reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 658.946/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/05/2015, DJe 13/05/2015)”

Em outro aresto, com o mesmo valor fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais):

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO POR TERCEIRO DENTRO DA DELEGACIA DO MUNICÍPIO DE PEDRO AVELINO/RN. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R\$ 30.000,00). IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O quantum indenizatório fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, levando em consideração o grau da lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de cumprir dupla finalidade: (a) amenização da dor sofrida pela vítima e (b) punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências.

2. Assim, a revisão do valor a ser indenizado somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa in casu diante da quantia fixada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

3. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Norte desprovido (AgRg no REsp. 1387929/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes. Maia Filho, DJe 04/12/2013).”

Também:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO, SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR. PRETENSÃO RECURSAL QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O ora agravante interpôs Recurso Especial, no qual busca a redução do valor da indenização por danos morais, fixados, na origem, em R\$ 50.000,00, devidos em decorrência da morte do marido da agravada, ocorrida em uma das celas da Cadeia Pública do Município de Capistrano/CE. II. Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra, de forma contundente, que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais é exorbitante ou irrisório – o que não ocorreu no caso –, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite o afastamento do óbice, previsto na Súmula 7/STJ, para que seja possível a sua revisão. III. Agravo Regimental improvido. (STJ – Relatora Ministra Aussete Magalhães – AgRg no REsp 1368026/CE – julgamento em: 18/11/2014).”

Considerando as peculiaridades do presente caso, bem como os parâmetros que vêm sendo adotados pelos Tribunais, entendo que a indenização de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a cada um dos autores, totalizando, assim, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cumpre, com razoabilidade, as finalidades da

reparabilidade civil, isto é, a de punir a ré pelo ato ilícito cometido e, de outro lado, a de reparar as vítimas pelo sofrimento moral experimentado.

Posto isso, atento às circunstâncias do caso concreto, tenho que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se perfaz no quantitativo médio que vem sendo sufragado pela jurisprudência, secundado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se viu do acórdão acima transcrito, sendo devidos R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a cada um dos autores.

#### Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelos autores, Andreliza da Silva Segateli e Tiago da Silva Segateli, e lhe dou provimento, reformando a r. sentença para julgar procedente o pedido de reconhecimento de responsabilidade objetiva do Estado de Mato Grosso do Sul e condenar este ao pagamento de indenização por danos morais, no *quantum* de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a cada um dos autores, totalizando assim 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos desde a prolação da sentença, substituída por este acórdão (súmula 362, STJ<sup>12</sup>) pelo IPCA, além de juros de mora de acordo com os índices da caderneta de poupança, desde o evento danoso (07.03.2015 – súmula 54, STJ<sup>13</sup>), até efetivo pagamento.

Declaro, conseqüentemente, a resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I, segunda figura, do CPC de 1973, ainda aplicável à espécie.

Inverto os ônus da sucumbência, para determinar que o apelado responda pelo reembolso das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios que, com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC e atendidas as diretrizes das alíneas “a” a “c” do mesmo parágrafo, fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigíveis monetariamente pelo IGPM-FGV a partir da data da publicação deste acórdão, até efetivo pagamento.

Os valores devidos serão inclusos em precatório, na forma do artigo 100 da Constituição Federal.

## 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. Claudionor Miguel Absz 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. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

\*\*\*

<sup>12</sup> “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

<sup>13</sup> “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

**4ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1405154-48.2016.8.12.0000 - Três Lagoas**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA – INCIDÊNCIA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA CORRENTE INCIDENTE SOBRE VERBA ORIUNDA DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO DO DEVEDOR, QUE SOFREU DESPEDIDA – VERBA INDENIZATÓRIA DESTINADA A FAZER FRENTE ÀS DESPESAS ALIMENTARES DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA – VALOR QUE, A despeito DE SE ENCONTRAR NA CONTA CORRENTE, DEVE SER CONSIDERADA COMO IMPENHORÁVEL POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 833, IV, DO NOVO CPC – INEXISTÊNCIA DE DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE DO VALOR LEVANTADO PELO DEVEDOR DE SUA CONTA DE FGTS – PENHORA INADMISSÍVEL, AINDA MAIS EM SE TRATANDO DE VALOR EM MUITO INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A despeito de ser possível a penhora *on line* em conta corrente do devedor, é vedada a constrição de dinheiro encontrado em conta proveniente de depósito oriundo do levantamento da conta vinculada do FGTS, ante o fato de ter sido o devedor despedido do emprego que tinha, presumindo-se, em caso tal, que o valor levantado e depositado, ainda que em sua conta corrente, é essencial para que possa fazer frente às despesas alimentares e de suprimento das necessidades básicas de sua família, exatamente em um período em que, desempregado, está também privado de renda.

Objetiva-se, assim, preservar o devedor do patrimônio mínimo indispensável à sua existência decente, evitando que sua vida se degrade a níveis insuportáveis. A verba de natureza indenizatória, no caso, tem por finalidade garantir a subsistência do trabalhador que foi demitido e, por isto mesmo, impenhorável, notadamente quando o valor encontrado é em muito inferior a quarenta salários mínimos, os quais, se depositados em caderneta de poupança, também seriam impenhoráveis, como consta no artigo 833, X, do NCPC.

Recurso conhecido 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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Fabiano da Costa, devidamente qualificado, interpõe agravo de instrumento em face de Sandro Inácio Botelho Cubas-ME, insurgindo-se contra a decisão de fls. 10/12 da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas, MS, Dr. Rodrigo Pedrini Marcos, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante em demanda executiva movida pelo agravado (autos n. 0007594-12.2011.8.12.0021).

Sustenta o agravante que foi penhorado em sua conta corrente, através do sistema Bacenjud, o valor correspondente a R\$ 7.241,85, de modo que opôs exceção de pré-executividade visando o levantamento do valor penhorado, tendo em vista a sua impenhorabilidade decorrente de sua natureza salarial, uma vez que proveniente de depósito do FGTS.

Aduz que comprovou mediante a juntada do extrato da Caixa Econômica Federal, o depósito no valor de R\$ 8.841,85, feito pela Empresa Z-Incorporações Imobiliárias Ltda., relativo à rescisão do contrato de trabalho.

Salienta que, do valor depositado, retirou apenas R\$ 1.600,00 para uso emergencial.

Defende o caráter alimentar da verba e a sua impenhorabilidade com base no art. 883, inciso IV, do NCPC.

Pede a concessão de efeito suspensivo e o final provimento do recurso para que seja reconhecida a impenhorabilidade da verba bloqueada.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, conforme decisão de fls. 347/348, apenas para suspender o capítulo da decisão que determinou o levantamento do valor penhorado.

Regularmente intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Versam os autos sobre ação de execução por quantia certa contra devedor solvente ajuizada por Sandro Inácio Botelho Cubas-ME em face de Fabiano da Costa-ME que tem por objeto contrato de locação de caminhões (fls. 23/24), cujo valor do aluguel foi pago apenas parcialmente, restando um débito correspondente a R\$ 38.635,49.

A demanda executiva foi ajuizada em 04/08/2011, sendo que em 31/03/2016 o douto juízo de primeiro grau determinou o bloqueio de valores existentes em conta corrente ou aplicação financeira em nome de Fabiano da Costa-ME e Fabiano da Costa, sendo bloqueado R\$ 7.241,00 em conta corrente do agravante, de modo que ele opôs exceção de pré-executividade, alegando a impenhorabilidade do dinheiro penhorado por se tratar de valor relativo a depósito do FGTS.

O nobre julgador de primeiro grau rejeitou a exceção de pré-executividade, conforme decisão que transcrevo a seguir:

*“Alega o Executado Fabiano da Costa que o valor bloqueado por meio do Sistema Bacenjud corresponde a parte do saldo de seu FGTS, recebido após ser demitido do emprego.*

*Juntou para tanto o Termo de Homologação de Rescisão do Contrato de Trabalho, datado de 22/03/2016, e o Comprovante de pagamento do FGTS, no importe de R\$ 8.841,85, na data de 29/03/2016.*

*Pois bem.*

*Segundo o inciso IV do art. 833 do NCCP, são impenhoráveis “os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º;” É cediço que mencionada impenhorabilidade não abrange tão somente os salários, mas toda e qualquer verba decorrente da relação empregatícia, independentemente do caráter alimentar ou indenizatório.*

*Desse modo, as verbas rescisórias do contrato de trabalho, assim como o FGTS são valores protegidos pela impenhorabilidade, nos termos do citado art. 833, IV do NCCP.*

*Não é outro o entendimento do STJ, vejamos:*

*PROCESSUAL CIVIL E LOCAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 591, 646, 649, INCISO IV, E 655, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. VERBA ALIMENTAR ORIUNDA DE SALÁRIO E CRÉDITO DE FGTS DECORRENTE DE RESCISÃO CONTRATUAL. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça somente tem admitido a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de FGTS, depositadas em conta-corrente, nas hipótese de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial desprovido. (REsp 805.454/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 08.02.2010).*

*Todavia, não há nos autos demonstração de que os valores bloqueados pelo Sistema Bacenjud de fato constituíam as verbas rescisórias do contrato de trabalho e seu FGTS.*

*Com efeito, não juntou o Executado o extrato da conta bancária mantida junto à Caixa Econômica Federal com o fim de demonstrar que o bloqueio ocorrido na data de 07/04/2016 compreendeu os valores recebidos em razão da rescisão do contrato de trabalho.*

*Há nos autos apenas o Extrato Completo dos depósitos efetuados à título de FGTS e verbas rescisórias, no qual se observa que em 29/03/2016 fora efetuado um saque no valor de R\$ 8.598,59 (fls. 322), não informado o destino de tais valores.”*

Irresignado, o executado interpôs o presente recurso, o qual, a meu ver, deve ser provido.

Buscando-se tutelar o mais supremo valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), o Código de Processo Civil Brasileiro arrolou em seu art. 649 bens considerados, por lei, absolutamente impenhoráveis, dentre eles, no inciso IV do referido dispositivo, “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo”.

A conclusão trazida pela análise do precitado dispositivo é de que a lei teve por intuito proteger como impenhorável a remuneração do indivíduo, presumindo ser essa indispensável para o seu sustento e sobrevivência.

Exatamente por ter a norma esse fim, deve-se dar uma interpretação ampla ao seu comando, sendo razoável o entendimento de que todos os recursos recebidos por força da relação de trabalho estão protegidos pelo benefício da impenhorabilidade, inclusive os valores afetos aos depósitos de FGTS.

Acerca do fundamento da impenhorabilidade do salário, e com o brilhantismo que lhe é peculiar, ensina Dinamarco:

*“O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. Não se trata de excluir da responsabilidade executiva os próprios direitos da personalidade, porque estas nada têm de patrimonial e, por si próprios, não são suscetíveis de qualquer constrição jurisdicional executiva; são declarados impenhoráveis certos bens sem os quais o obrigado não teria como satisfazer as necessidades vitais de habilitação, alimentação, saúde, educação, transporte e mesmo lazer, nos limites do razoável e proporcional - esses, sim, direitos da personalidade. A execução visa à satisfação de um credor, mas não pode ser levada ao extremo de arrasar a vida de um devedor.*

*As normas que estabelecem as impenhorabilidades constituem limitações políticas à execução forçada; integram-se no quadro do devido processo legal, que é um sistema democrático de limitações ao exercício do poder estatal, na medida em que proibem o juiz de exercer atos de constrição sobre esses bens impenhoráveis.”<sup>1</sup>*

Em última análise, comporta dizer que a legislação em vigor erigiu as verbas decorrentes de emprego como bem impenhorável, cuja aceção há que ser tomada de forma ampla, como forma de concretização do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesta extensão, tem-se a impenhorabilidade da verba decorrente de depósito do FGTS, que tem por desiderato garantir a subsistência do trabalhador em caso de demissão.

Ainda que se admita uma certa relativização da vedação de penhora, é certo, de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, enquanto estiver destinado ao sustento do devedor e sua família, não poderá, em hipótese alguma, ser objeto de penhora.

Em contrapartida, perde a proteção legal se houver o desvirtuamento da verba depositada a título de FGTS.

Observa-se que, conforme documento de f. 358, os depósitos foram realizados em conta vinculada, mas houve um saque, no valor de R\$ 8.598,59, em 29/03/2016.

No entanto, o bloqueio judicial somente foi realizado em 07/04/2016 em corrente n. 013.00003597-9, no valor de R\$ 7.241,85 (f. 335).

Ocorre que o valor levantado decorreu de rescisão do contrato de trabalho do agravante com a empresa Z – Incorporações Imobiliárias, e o valor levantado corresponde ao valor do FGTS existente em depósito acrescido da multa rescisória de 40%.

Ora, o levantamento do dinheiro existente na conta vinculada ao FGTS se fez por um dos motivos previstos em lei, a saber, a despedida do empregado. Em momentos assim, de maior importância e de dificuldades na vida do trabalhador que vem a ser despedido, não me parece que se possa permitir ainda aí a penhora do valor sacado e depositado em conta do empregado, porque se trata de verba acumulada ao longo do tempo em que trabalhou para ser sacada, exatamente, quando da despedida (um dos motivos previstos em lei), quando se presume a extrema dificuldade de manutenção do devedor e de sua família.

Permitir-se a penhora, em casos tais, pela razão de que o valor não mais se encontra depositado na conta vinculada, é impossibilitar o devedor, na prática, de fruir do labor de seu trabalho ao longo dos anos, para utilização em momento de extrema necessidade financeira, o que não pode ser desconsiderado pelo Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Op. cit. p. 340.

Visa-se proteger, mantendo-se a impenhorabilidade, a dignidade da pessoa humana e da qualidade de vida de sua família, até que o ex-trabalhador possa lograr êxito em encontrar outro emprego e voltar a ter rendimentos para sua manutenção.

Veja-se, outrossim, que a agravada sequer respondeu à exceção de préexecutividade, mas mesmo assim teve decisão em seu favor. Aqui também sequer respondeu ao agravo, o que revela, na realidade, menor interesse pelo desfecho do feito.

De qualquer forma, reputo que se o devedor tem em sua conta corrente produto decorrente do levantamento do FGTS, o que é indubitável, o valor encontrado equivale à verba de natureza salarial depositada em sua conta corrente que, de igual forma, é impenhorável e esse fato é inquestionável.

Embora haja voz discordante na jurisprudência no sentido de que em casos tais o valor levantado perdeu a natureza prevista, de garantir a subsistência do trabalhador e, por isso, penhorável a partir do momento em que o trabalhador faz o levantamento e deposita em sua conta corrente, ou mesmo em poupança, penso que se deve prestigiar a regra da impenhorabilidade por ser dinheiro assemelhado à verba salarial, impenhorável por natureza, exceto em se tratando de dívida alimentar, quando a constrição passa a ser possível.

Na colisão de dois direitos fundamentais, nessa circunstância, pesa mais a razoabilidade em favor do alimentando, daí a possibilidade de penhora.

Não aqui, contudo, em que o credor não é detentor de direito a alimentos, mas sim de crédito quirografário, de tal forma que, na colisão do direito de percepção de seu crédito com base na responsabilidade patrimonial do devedor, e o direito à manutenção de uma vida digna do devedor, que se utiliza do valor sacado no FGTS para sobreviver em um período de grandes dificuldades financeiras em razão do fato de ter perdido o emprego (e o credor, aqui, não provou que outro teria sido obtido de imediato pelo devedor), deve prevalecer este último, que – em última análise – reporta-se à preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, inclusive, recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que reproduzo:

*“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. VALORES PROVENIENTES DE FGTS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. Esta Corte admite a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de FGTS, depositadas em conta-corrente somente nos casos de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV do CPC.*

*Precedente: AgRg no REsp. 1.127.084/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 16.12.2010.*

*2. No caso, o acórdão regional está em dissonância com o entendimento desta Corte, pois trata-se de penhora de numerários oriundos do FGTS para pagamento de dívida fiscal.*

*3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1570755/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 18/05/2016)”*

Ou seja, nos termos desse precedente, a penhora de valores decorrentes do FGTS, mesmo depositados em conta corrente do devedor (e não à conta vinculada) só podem ser penhorados se o crédito perseguido na execução contra o devedor for de natureza alimentar. Verba indenizatória que é o pagamento do FGTS quando da despedida imotivada do trabalhador, deve-se garantir que o valor levantado atenda às necessidades e prioridades do devedor e de sua família, cumprindo a manutenção da impenhorabilidade,

ou sua extensão à conta corrente, a função primordial de tutelar bem maior envolvido, que é a dignidade da pessoa do próprio devedor, bem assim de sua família.

Há, aqui, a presunção – que não foi desfeita pelo credor, que sequer impugnou o agravo – de que o benefício levantado tem caráter alimentar e, como tal, absolutamente impenhorável, dando-se a devida concretude ao disposto no atual artigo 833, inciso IV, do NCPC, aplicável à espécie. Como consta do dispositivo, se se afere que o valor existente na conta corrente é proveniente do levantamento do FGTS por despedida do trabalhador, há uma presunção – não elidida pelo credor, reafirmo – de que essa verba é destinada ao sustento do devedor e de sua família e, assim, impenhorável.

Secundando esse pensamento, destaco que na jurisprudência também se afere o entendimento de que a impenhorabilidade antes descrita no artigo 649-IV do CPC/73 e, agora, no artigo 833,IV do NCPC/2015, é disposição que “*abrange salário a qualquer título, isto é, todo direito do empregado, presente, passado, futuro, pago ou não, na constância do emprego ou por despedida*” (RT 618/198; JTJ 205/231; 352/82), dentre outros.

E, finalmente, no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do aresto acima transcrito, vem se consolidando o entendimento de que “*é inadmissível a penhora dos valores recebidos a título de verba rescisória de contrato de trabalho e depositados em conta corrente destinada ao recebimento de remuneração salarial (conta salário), ainda que tais verbas estejam aplicadas em fundos de investimentos, no próprio banco, para melhor aproveitamento do depósito*” (STJ, 4ª Turma, RESp 978.689, Rel.Min, Luís Felipe, DJ de 24.08.09). E no mesmo sentido: STJm 1ª Turma, RES 164.037, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, 20.02.14, DJU de 09.05.14).

O valor levantado e existente em conta corrente do autor, decorrente de sua despedida, deve ter mantida a cláusula de impenhorabilidade, se não mais com fundamento no art. art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.036/90<sup>2</sup>, mas sim com fundamento no art. 833, IV do novo diploma processual, ainda mais em se considerando que o valor encontrado é em muito inferior a quarenta salários mínimos que, se na poupança, seria também absolutamente impenhorável, tal como contido no artigo 833, X, do NCPC.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Fabiano da Costa e lhe dou provimento para tornar insubsistente a r. decisão invectivada, declarando a impenhorabilidade do valor constrictado, de R\$ 7.241,85, mais seus acréscimos, o que faço com fundamento no artigo 833, IV, do NCPC, ordenando seu desbloqueio e imediato levantamento em favor do agravante.

## 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. 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. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

\*\*\*

<sup>2</sup> Art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.036/90:

“Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

§ 2º As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis.”

**3ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0826791-72.2014.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO – CONTRATO DE INTERMEDIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS – NÃO PAGAMENTO PELA OPERADORA DO CARTÃO DE CRÉDITO – RESPONSABILIDADE DA AGÊNCIA DE TURISMO – PREVISÃO CONTRATUAL – PROCEDIMENTO DENOMINADO *CHARGEBACK* – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

De acordo com previsão contratual cabe a agência de turismo arcar com o não pagamento pela operadora de cartão de crédito de venda de passagens aéreas, procedimento este denominado *chargeback*.

### 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de agosto de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

R. Cellia de Turismo Ltda. interpõe apelação cível inconformada com a sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação declaratória c/c indenizatória movida contra Gap Net Viagens e Turismo Ltda., que julgou improcedente o pedido e condenou ao pagamento das custas e despesas processuais remanescentes e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Alega que é agência de viagem e, assim, cliente da apelada, na qualidade de operadora de turismo, disponibiliza para venda passagens aéreas nacionais e internacionais, mediante preços e condições exibidas em seu *web site*.

Aduz ter intermediado vendas nos meses março e abril de 2014, todavia, a apelada cancelou os pagamentos aos argumentos de que os cartões de crédito seriam clonados.

Sustenta que os procedimentos adotados foram regulares, não podendo suportar por eventual falha no sistema de segurança da apelada ou da própria operadora de cartão de crédito.

Afirma que não assinou o contrato juntado aos autos, bem como se trata de cláusulas de adesão unilateralmente estabelecidas pela apelada, que devem ser revistas por gerar onerosidade excessiva no cumprimento do ajuste.

Requer o provimento do recurso (f. 154/163).

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do apelo (f. 168/174).

## VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por R. Cellia de Turismo Ltda. em face da sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação declaratória c/c indenizatória movida contra Gap Net Viagens e Turismo Ltda., que julgou improcedente o pedido e condenou ao pagamento das custas e despesas processuais remanescentes e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Segundo consta dos autos, a requerente alegou que é cliente da requerida e atua como agência de viagem disponibilizando para venda passagens aéreas nacionais e internacionais, mediante preços e condições exibidas na web site da requerida. Aduziu ter intermediado vendas nos meses março e abril de 2014, todavia, a requerida cancelou os pagamentos ao argumento de que os cartões de crédito seriam clonados e inscreveu o seu nome no órgão de proteção ao crédito. Defendeu a legalidade do procedimento adotado e afirmou que não é responsável pelos prejuízos advindos de eventual clonagem realizada por terceiros, que sequer é provada pela requerida. Por tais razões, requereu a declaração de invalidade do ato jurídico, a inexistência de débito e a condenação ao reembolso de valores cobrados indevidamente e indenização por danos morais.

Por meio da decisão de f. 75/78, restou deferida parcialmente os efeitos da tutela para determinar que a requerida se abstenha de incluir o nome da requerente nos cadastros de inadimplentes em relação às faturas discutidas na presente demanda.

A requerida citada (f. 81), apresentou contestação rechaçando a pretensão deduzida no feito (f. 82/91).

Sobreveio sentença de improcedência (f. 143/150), contendo o seguinte dispositivo:

*“Pelo exposto, verificada a responsabilidade da autora pelo pagamento dos valores que lhe são imputados pela ré, por força do disposto no item 7 do contrato firmado entre as partes, revogo a decisão de f. 75/78, que antecipou os efeitos da tutela, e julgo improcedentes os pedidos formulados por R Cellia de Turismo Ltda. em face de Gap Net Viagens e Turismo Ltda., e decreto a extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC”.*

Inconformada, a requerente apela objetivando a reforma do *decisum*.

Nas razões recursais, reitera os fatos narrados na exordial e em complemento, sustenta que a representante legal da autora não assinou o contrato juntado aos autos. Alega ainda que se trata de cláusula de adesão unilateralmente estabelecida pela apelada, que deve ser revista por gerar onerosidade excessiva no cumprimento do ajuste.

Cumpra esclarecer, de início, que será aplicado no julgamento deste recurso às normas do Código de Processo Civil de 1973, na medida que a sentença recorrida restou publicada quando ainda vigente.

Nesse sentido é o Enunciado Administrativo n. 2 do STJ:

*“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.”*

Assim, adota-se o Código de Processo Civil de 1973 aos atos praticados e recursos interpostos sob sua égide.

No caso, verifica-se que o litígio se dá entre duas sociedades do tipo limitada (LTDA), não havendo vulnerabilidade de nenhuma das partes do conflito. Não incide, portanto, as normas da relação de consumo.

Sendo assim, deve prevalecer o que foi previamente pactuado por meio de contrato. Submete-se esse tipo de relação ao princípio da autonomia da vontade, sendo de livre escolha da apelante contratar ou não com a apelada.

A respeito:

*“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE (“PACTA SUNT SERVANDA”) E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS (“INTER ALIOS ACTA”). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. 2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. 4. Recurso Especial Provido” (STJ - REsp 1409849/PR, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 05/05/2016)*

De acordo com o contrato acostado às f. 125/129, a apelada, como operadora do turismo, possui créditos em passagens aéreas junto a diversas companhias aéreas nacionais e internacionais, repassando-as à apelante (agência de viagens), para que esta possa vender passagens para seus clientes.

No mesmo pacto consta expressamente que a apelante seria responsável pelo não pagamento da operadora de cartão de crédito do valor da operação, procedimento este denominado *chargeback*. Oportuno ressaltar que o contrato está assinado pela representante legal da sociedade apelante (f. 129).

Como bem consignado pelo magistrado singular, *“a ré logrou comprovar que a autora, por força do contrato firmado entre as partes, responsabilizou-se pelo pagamento de valores relativos à compra de passagens aéreas por meio de cartão de crédito, caso o pagamento viesse a ser recusado pelo titular do cartão, procedimento este denominado chargeback”* (f. 146/147).

Eis o teor da Cláusula Sétima do contrato:

“[...]”

7. O resultado líquido da venda de passagens e/ou serviços objeto deste contrato deverá ser pago a GAPNET nos vencimentos constantes das respectivas faturas.

7.1 Caso a AGÊNCIA solicite que sejam emitidos bilhetes e/ou vouchers pela GAPNET, mediante pagamento por meio de cartão de crédito de titularidade de seu cliente (ou de terceiros), a AGÊNCIA se responsabilizará pelo pagamento do débito que venha a ser gerado pela inadimplência ocasionada pela oposição do titular do cartão de crédito ao pagamento daquele apontamento (relativo aos bilhetes emitidos), seja na hipótese de operação efetuada com assinatura do próprio interessado, seja na modalidade “assinatura em arquivo”, mesmo que tal oposição seja motivada por erro de processamento, roubo, furto, extravio, clonagem do cartão ou qualquer fraude que afaste a responsabilidade do seu titular.

7.2. Nas vendas de bilhetes e/ou vouchers efetuadas para pagamento com cartão de crédito, a AGÊNCIA deverá ser diligente e cumprir todos os procedimentos comercialmente aceitáveis, usuais e recomendáveis, observando as normas emanadas pelas administradoras de cartões de crédito, sob pena de responder pelas perdas e danos decorrentes da aceitação irregular desta modalidade de pagamento.

7.3 **A AGÊNCIA reconhece que é a única e exclusiva responsável pela aceitação de transações com pagamentos feitos através de cartão de crédito e, conseqüentemente, pela correta conferência e preenchimento dos dados e informações inseridos no(s) boletos/notas de venda dessas transações, em atendimento as determinações e regras de aceitação das administradoras de cartões e da Companhia Aérea que prestará o serviço de transporte. [...]”** - destaquei.

Sobre o tema, colhe-se o entendimento da jurisprudência:

“AÇÃO DE COBRANÇA- CERCEAMENTO DE DEFESA- INOCORRÊNCIA- DENUNCIÇÃO DA LIDE- NÃO CABIMENTO- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS- PASSAGENS EMITIDAS E NÃO PAGAS- CHARGEBACK- RESPONSABILIDADE DA AGÊNCIA DE TURISMO POR ATO PRATICADO POR SEU PREPOSTO, ILEGITIMIDADE DE PARTE- NÃO VERIFICADA- VALOR LÍQUIDO E CERTO- DEVIDO- SENTENÇA QUE DEVE SER MANTIDA, PORQUANTO IRREPREENSÍVEL SUA ANÁLISE DOS FATOS E FUNDAMENTOS, PASSÍVEL DE RATIFICAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE- RECURSO NÃO PROVIDO” – destaquei. (TJ-SP - APL: 10040658620148260048 SP 1004065-86.2014.8.26.0048, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 22/03/2016, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/03/2016)

“AÇÃO DE COBRANÇA –VENDA DE PASSAGENS AÉREAS, VIA TELEFONE, PARA PAGAMENTO ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO – FRAUDE – NEGLIGÊNCIA DA AGÊNCIA COMISSIONADA E PRESTADORA DE SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. Cabe à agência intermediadora conferir os dados do portador do cartão antes de efetivar a venda, sob pena de ser responsabilizada pelos prejuízos advindos de eventual fraude”. (TJPR - 7ª C.Cível - AC - 626700-7 - Curitiba - Rel.: Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira - Unânime - J. 02.03.2010)

Destarte, não prospera a alegação de nulidade do contrato e cláusula que estabelece a responsabilidade exclusiva da apelante pelas transações efetivas através de cartão de crédito, sendo de rigor a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial.

Ante o exposto, conheço do recurso, 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. Marco André Nogueira Hanson

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, 23 de agosto de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1405786-74.2016.8.12.0000 - Corumbá**  
**Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE LIMINAR – TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – AUSÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO – ART. 300 DO CPC – OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES FISCAIS DIRETAMENTE DAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO – ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF – LEI Nº 1.810/1997 (CTE) – OBRIGAÇÃO DAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO ENCAMINHAREM INFORMAÇÕES AO FISCO – RECURSO DESPROVIDO.

Segundo dispõe o art. 300 do CPC, 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.

Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto do recurso extraordinário nº 601.314, com repercussão geral reconhecida e em quatro ADIs (2390,2859,2386 e 2397), o acesso direto do Fisco às informações sobre a movimentação bancária do contribuinte permitida pelo art. 6º da LC nº 105/2001 não resulta em quebra de sigilo bancário, pois os dados são repassados ao fisco em caráter sigiloso e permanecem com essa natureza na Administração Tributária, sem acesso a terceiros.

Na via estreita da cognição sumária, não é possível vislumbrar a ilegalidade do Auto de Lançamento e Imposição de Multa (ALIM) tão somente porque a empresa agravante não teria sido previamente notificada para acompanhar a apuração dos valores informados pelas administradoras de cartões de débito e crédito, que redundou na constituição do crédito tributário (ICMS) sobre as diferenças de valores declarados a menor pela contribuinte ao Fisco Estadual.

Isso porque em tributos como o ICMS, em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, esta poderá se valer de informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito para verificar o acerto do tributo recolhido para, posteriormente, efetuar a homologação do pagamento, consoante previsão inserta no art. 150, do CTN e art. 5º, § 4º V-A, do Código Tributário Estadual.

## 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de agosto de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Diogo Staut Albaneze - ME interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Corumbá, nos autos da ação anulatória de débito fiscal movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que indeferiu a antecipação de tutela visando a suspensão da exigibilidade do crédito cobrado no executivo fiscal nº 0840575-62.2015.8.12.0008, a abstenção de qualquer ato expropriatório baseado nos supostos créditos, bem como que o agravado se abstenha de protestar extrajudicialmente a certidão de dívida ativa enquanto não houver pronunciamento definitivo sobre a matéria.

Alega que o fisco utilizou de seus dados bancários prestados pelas administradoras de cartões de crédito e débito para apuração de lançamento do ICMS, contudo, não efetuou qualquer notificação prévia da empresa agravante para acompanhar a apuração dos valores informados, violando parâmetros estabelecidos nas decisões proferidas pelo STF nas ADIs 2390, 2859, 2386 e 2397, bem como o RE 601314, julgados em 17 de fevereiro de 2016.

Afirma que o acesso aos dados bancários do contribuinte não pode ser franqueado sem que haja garantias de que seus direitos à intimidade e ao sigilo de seus dados bancários sejam respeitados minimamente.

Assevera que o agravado não apenas violou o direito ao sigilo dos dados bancários do agravante, como também desprezou forte jurisprudência do próprio STF, firmada de longa data, que inadmitia esse acesso sem prévia autorização judicial.

Argumenta que, mesmo com a mudança de posicionamento do Pretório Excelso, que agora entende pela desnecessidade de autorização judicial para o acesso aos dados prestados pelas administradoras de cartões, não foram obedecidos os parâmetros garantísticos para que o lançamento tributário fosse considerado válido aos olhos da lei.

Explana que o crédito apurado considerou toda a movimentação bancária apontada pelas administradoras, sem descontar valores referentes às gorjetas dos garçons, que serão apurados na ação originária, em tempo oportuno.

Por fim, requer o provimento do recurso com a concessão da tutela de urgência.

Foi concedida a antecipação da tutela recursal às f. 99-106.

Em contraminuta, o agravado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 111-128)

## VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Diogo Staut Albaneze - ME interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Corumbá, nos autos da ação anulatória de débito fiscal movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que indeferiu a antecipação de tutela visando a suspensão da exigibilidade do crédito cobrado no executivo fiscal nº 0840575-62.2015.8.12.0008, a abstenção de qualquer ato expropriatório baseado nos supostos créditos, bem como

que o agravado se abstenha de protestar extrajudicialmente a certidão de dívida ativa enquanto não houver pronunciamento definitivo sobre a matéria.

A decisão agravada está redigida nos seguintes termos:

*“(…). Pela análise das alegações e dos documentos colacionados, tem-se que a questão não se reveste da excepcionalidade que autoriza a concessão da tutela pretendida, visto que não estão evidentes os pressupostos necessários para tanto.*

*Isso porque, muito embora de uma cognição sumária seja possível concluir pela possibilidade da presença do requisito denominado como perigo da demora, não há qualquer demonstração quanto a evidência da probabilidade do direito reivindicado, mormente se considerarmos o que dispõe o artigo 1º, §4º, do Decreto n. 9.203/98, do Estado de Mato Grosso do Sul:*

*[...]*

*§ 4º A presunção de ocorrência de operações ou prestações sujeitas à incidência do ICMS, ressalvado prova em contrário, pode ser estabelecida em face da comprovação dos seguintes fatos:*

*V-A - informação prestada ao Fisco por administradoras de cartão de crédito ou de débito ou estabelecimentos similares, de valor de operações de crédito ou débito superior ao valor das operações e ou prestações declarado ao Fisco pelo respectivo estabelecimento, incidindo a presunção sobre o valor excedente, sem prejuízo de presunção fundamentada em outros fatos;*

*Corroborando com a legislação supracitada, que entende pela constitucionalidade do acesso do Fisco aos dados bancários do contribuinte, decidiu recentemente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:(...)*

*Além disso, consoante afirmado pela própria requerente, a matéria funda-se em questão de fato e de direito, sendo necessária a realização de dilação probatória para aferir os valores passíveis de tributação, devendo prevalecer, contudo, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos Administrativos.*

*Sendo assim, ante a ausência dos requisitos autorizadores INDEFIRO o pedido de concessão de antecipação de tutela” (fls. 72-77).*

Irresignada a empresa agravante interpôs o presente recurso pretendendo a concessão da antecipação da tutela provisória de urgência.

Para tanto alega que o fisco utilizou de seus dados bancários prestados pelas administradoras de cartões de crédito e débito para apuração de lançamento do ICMS, contudo, não efetuou qualquer notificação prévia da empresa agravante para acompanhar a apuração dos valores informados, violando parâmetros estabelecidos nas decisões proferidas pelo STF nas ADIs 2390, 2859, 2386 e 2397, bem como o RE 601314, julgados em 17 de fevereiro de 2016; que o acesso aos dados bancários do contribuinte não pode ser franqueado sem que haja garantias de que seus direitos à intimidade e ao sigilo de seus dados bancários sejam respeitados minimamente; o agravado não apenas violou o direito ao sigilo dos dados bancários do agravante, como também desprezou forte jurisprudência do próprio STF, firmada de longa data, que inadmitia esse acesso sem prévia autorização judicial; mesmo com a mudança de posicionamento do Pretório Excelso, que agora entende pela desnecessidade de autorização judicial para o acesso aos dados prestados pelas administradoras de cartões, não foram obedecidos os parâmetros garantísticos para que o lançamento tributário fosse considerado válido aos olhos da lei; o crédito apurado considerou toda a

movimentação bancária apontada pelas administradoras, sem descontar valores referentes às gorjetas dos garçons, que serão apurados na ação originária, em tempo oportuno. Requereu o provimento do recurso, com a suspensão do crédito tributário enquanto perdurar a discussão de sua validade.

Cumpra esclarecer, de início, que será aplicado no julgamento deste recurso às normas do novo Código de Processo Civil, na medida que a decisão agravada foi proferida em maio de 2016 (f. 72-77), quando já vigente o atual Código (art. 14 c/c art. 1.1.046, CPC/2015<sup>1</sup>).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça elaborou alguns enunciados administrativos, dentre os quais se destaca:

*“Enunciado administrativo número 2. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

*Enunciado administrativo número 3. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.*

Sendo assim, adota-se ao presente recurso as regras do atual Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Conforme relatado, a agravante pleiteia a antecipação da tutela de urgência visando à suspensão da exigibilidade do crédito tributário consubstanciado no Auto de Lançamento e Imposição de Multa nº 27370-E/2014 e a consequente suspensão do feito executivo fiscal, até a resolução da demanda originária.

Pois bem, conquanto tenha concedido a antecipação da tutela recursal para suspender a exigibilidade do crédito tributário consubstanciado no auto de lançamento e imposição de multa acima referido, como também o andamento do processo executivo fiscal nº 0840575-62.2015.8.12.0008, tenho que não é caso de prover o recurso ora examinado.

Com efeito, analisando o caso com maior acuidade, verifico que, de fato, a agravante não preenche os pressupostos necessários para a antecipação da tutela provisória de urgência.

Como já mencionado, a tutela provisória de urgência é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, quando não há certeza da existência do direito da parte, mas uma forte aparência de que esse direito existe. Esse tipo de tutela é consequência natural da cognição sumária, pois como ainda o juiz não tem acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas apenas na aparência – ou probabilidade do direito existir.

Desse modo, por se tratar de uma medida de cunho excepcional, concedida com base em cognição sumária e à luz dos elementos apresentados pela parte autora na inicial, a sua concessão está adstrita à demonstração da “*probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”, segundo estabelece o artigo 300 do Novo CPC:

*“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.*

<sup>1</sup> 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. 1.046. 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 *Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*

§ 2º *A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*

§ 3º *A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*” (grifei)

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, “os requisitos, portanto, para alcançar-se uma providência de urgência de natureza cautelar ou satisfativa são, basicamente, dois: a). Um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável; b) A probabilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*”. (in Curso de Direito Processual Civil, V. I, 57 ed. Ed. Gen/Forense, ano 2016, p. 623).

Vê-se, portanto, que o dispositivo citado exige a probabilidade do direito, como também o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo, sem os quais a tutela de urgência provisória não deve ser concedida.

A propósito:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA – REALIZAÇÃO DE CIRURGIA NO OMBRO – PRESENÇA DOS REQUISITOS (ART. 300, CAPUT, NCPC) – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO – 30 DIAS – MINORAÇÃO DO VALOR E PERIODICIDADE DE MULTA – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.**

*1. Impõe-se a concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada se evidenciado no caso concreto a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...)*” (Agravado de Instrumento nº 1403248-23.2016.8.12.0000, Relator(a): Juiz Jairo Roberto de Quadros; Comarca: Sidrolândia; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/05/2016; Data de registro: 24/05/2016)

**“PROCESSUAL CIVIL AGRAVO INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA. URGÊNCIA. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para a concessão da tutela provisória de urgência, é mister a demonstração dos requisitos da plausibilidade das alegações ou probabilidade do direito, além da demonstração do perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, consoante o disposto no art. 300 do CPC/ 2015 (correspondente à tutela antecipada prevista no art. 273, I, do CPC/1973). 2. Na hipótese, não houve demonstração dos requisitos legais pelo agravante, havendo apenas alegações genéricas de perigo de dano. 3. Agravado de instrumento desprovido. (TRF 3ª R.; AI 0022513-15.2015.4.03.0000; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira; Julg. 24/05/2016; DEJF 06/06/2016) (grifei)**

No vertente caso, não existe dúvida quanto a presença do perigo de dano, notadamente porque a agravante tem contra si um processo executivo visando o recebimento de crédito tributário no montante de R\$ 761.930,30 (setecentos e sessenta e um mil novecentos e trinta reais e trinta centavos).

Contudo, não é possível vislumbrar a probabilidade do direito alegado.

Com efeito, a agravante sustentou a ilegalidade no procedimento de constituição do crédito tributário porque o Fisco teria, sem sua notificação prévia, requisitado suas movimentações financeiras junto à “administradoras de cartões de crédito e débito ou estabelecimentos similares de valores de operações de crédito ou débito” e com base nelas constatado que os valores movimentados pela agravante, no período de 01/01/2009 a 31/12/2013, foram “superiores aos valores das operações declaradas ao fisco e/ou registradas nos livros contábeis, incidindo a presunção de comercialização de mercadorias e/ou serviços (alimentação) sobre o valor excedente, totalizando a base de cálculo de R\$1.792.776,72”. Sustentou que o “crédito apurado considerou toda movimentação bancária apontada pelas administradoras, sem descontar os valores referentes às gorjetas dos garçons (10%)” (f. 07). Tal presunção constituiu fato gerador do ICMS, e na consequente lavratura de Auto de Lançamento e Imposição de Multa (ALIM) de nº 27370-E/2014, em 17/06/2014 (fls ).

Sucedo que, na via estreita da cognição sumária, não é possível vislumbrar a ilegalidade do auto de lançamento tão somente porque a empresa agravante não teria sido previamente notificada para acompanhar a apuração dos valores informados pelas administradoras de cartões de débito e crédito, que redundou na constituição do crédito tributário (ICMS) sobre as diferenças de valores declarados a menor pela contribuinte ao Fisco Estadual.

Isso é assim porque em tributos como o ICMS, em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, esta poderá se valer de informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito para verificar o acerto do tributo recolhido para, posteriormente, efetuar a homologação do pagamento. Tal previsão está inserta no art. 150, do CTN e art. 5º, §4º V-A, do Código Tributário Estadual, *verbis*:

*“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”*

*“Art. 5º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incide sobre:*

*I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;*

*(...)*

*§ 4º A presunção de ocorrência de operações ou prestações sujeitas à incidência do ICMS, ressalvado prova em contrário, **pode ser estabelecida em face da comprovação dos seguintes fatos:** [/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/0387e139f5cc332f04256c7800629b63?OpenDocument](https://appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/0387e139f5cc332f04256c7800629b63?OpenDocument)*

*(...)*

*V-A - informação prestada ao Fisco por **administradoras de cartão de crédito ou de débito ou estabelecimentos similares**, de valor de operações de crédito ou débito superior ao valor das operações e ou prestações declarado ao Fisco pelo respectivo estabelecimento, **incidindo a presunção sobre o valor excedente**, sem prejuízo de presunção fundamentada em outros fatos; (acrescentado pela Lei nº 3.477, de 20 de dezembro de 2007) (grifei)*

Não bastasse isso, constato que a empresa agravante ao ser notificada do auto de lançamento e de imposição de multa nº 27370 (f. 32), ofertou impugnação apenas discutindo a impossibilidade do acesso

direto do Fisco às informações sobre movimentação bancária, sem prévia autorização judicial, entendendo não ser aplicável a Lei Complementar nº 105/2001 que permite aos agentes tributários essa possibilidade.

Esse tema foi recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual ao concluir o julgamento conjunto de um Recurso Extraordinário com repercussão geral (nº 601.314) e de quatro ações de inconstitucionalidade (nºs 2390, 2859, 2386 e 2397) que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 (que dispõe sobre sigilo das operações de instituições financeiras), estabeleceu o entendimento de que não resulta em quebra de sigilo bancário a norma contida no art. 6º, que permite aos agentes fiscais tributários examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, uma vez que os dados são repassados ao Fisco em caráter sigiloso e permanecem com essa natureza na Administração Tributária, e sem acesso de terceiros. Confira o teor do artigo:

*“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”*

No aludido julgamento, o Supremo Tribunal Federal também fixou a tese de que os Estados e Municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, após a regulamentação da matéria, conforme já existente no âmbito federal pelo Decreto nº 3.724/2001. Além disso, ressaltou que essa regulamentação deve assegurar garantias mínimas ao contribuinte, como a de ser previamente notificado quanto a instauração do processo e a todos os demais atos. Confira-se:

*“Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que conhecia da ação e a julgava improcedente, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia; o voto do Ministro Roberto Barroso, que acompanhava em parte o Relator, conferindo interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, **para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação**, em que se assegure, tal como se dá com a União, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto nº 3.724/2001, **no mínimo as seguintes garantias**: a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos; b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente; c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios; e o voto do Ministro Marco Aurélio, que dava interpretação conforme aos dispositivos impugnados de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.02.2016*

(...)

*Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Reajustou o voto o Ministro Roberto Barroso para acompanhar integralmente o Relator. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. **Plenário, 24.02.2016.** “ (grifei)*

Sucedem que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito foi em observância a regra contida no art. 81-A do Código Tributário Estadual que impõe a obrigação de prestarem,

no prazo e forma estabelecidos em regulamento, informações relativas às operações de crédito e débito que realizarem, vinculadas às operações realizadas por contribuintes no Estado de Mato Grosso do Sul. Confira:

*“81-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito e os estabelecimentos similares são obrigados a prestar, no prazo e na forma estabelecidos em regulamento, as informações relativas às operações de crédito e de débito que realizarem, vinculadas às operações ou prestações realizadas por contribuintes deste Estado. (acrescentado pela Lei nº 3.477, de 20 de dezembro de 2007)*

*Parágrafo único. Das informações previstas no caput, não poderão constar quaisquer dados relativos às pessoas físicas clientes dos estabelecimentos contribuintes de ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul, vedada a divulgação dessas informações para qualquer finalidade e por qualquer meio, observadas as normas contidas nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal e no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), com redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. (acrescentado pela Lei nº 3.477, de 20 de dezembro de 2007)”*

Ademais, a empresa agravante foi devidamente notificada do auto de lançamento e imposição da multa, de modo que, dentro de um exame sumário, constato que os agentes fiscais apenas deram cumprimento às determinações legais, observando o princípio da legalidade estrita que norteia a administração pública. Isso porque a legislação estadual expressamente prevê a presunção de ocorrência das operações sujeitas à incidência do ICMS quando o valor das receitas oriundas de transações com cartão de crédito/débito, informado pelas respectivas administradoras de cartões, é superior ao valor declarado pelo contribuinte ao Fisco.

Por fim, a alegação da agravante de que a base de cálculo utilizada como fato gerador do ICMS está composta por gorjetas dos garçons (10%) também não é suficiente para a concessão da tutela provisória de urgência, notadamente porque demanda uma análise mais apurada por parte do magistrado *a quo*.

Destarte, não vislumbrando a probabilidade do direito alegado, não há como, em caráter de juízo provisório, conceder a tutela provisória de urgência pretendida.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento. Por conseguinte, revogo a antecipação da tutela recursal anteriormente concedida.

## 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. Marco André Nogueira Hanson

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, 16 de agosto de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1406906-55.2016.8.12.0000 - Dourados**  
**Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ELEMENTOS DE PROVA QUE DEMONSTRAM A PRÁTICA DE ESBULHO PELA AGRAVANTE – NEGÓCIO FEITO POR HERDEIRO ENVOLVENDO IMÓVEL DE ACERVO HEREDITÁRIO – AUSÊNCIA DE EFEITO JURÍDICO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS HERDEIROS – ART. 1.793, § 2º, DO CC – ESBULHO COMPROVADO – ART. 561 DO CPC - DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Os herdeiros não podem individualmente praticar atos de disposição em relação aos bens componentes do acervo hereditário. Caso assim procedam, tais atos não geram qualquer efeito jurídico em relação aos coerdeiros (§ 2º do art. 1.793 do CC).

A administração do espólio compete ao inventariante, e este somente pode praticar atos de disposição dos bens inventariados, caso sejam judicialmente autorizados e, após manifestação de todos os demais interessados, situação não vislumbrada nos autos.

Não existindo documento hábil a comprovar a negociação feita pela agravante, correta a decisão agravada que, vislumbrando o esbulho, determinou a reintegração da posse do agravado no imóvel de propriedade do espólio.

## 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de agosto de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Jadna Corrêa Kammer interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da ação de reintegração de posse movida por Espólio de Luiz Rogério de Sá, que deferiu a liminar para determinar a reintegração do imóvel.

Alega que a posse do imóvel em questão lhe foi transferida de forma lícita, formalizada mediante termo de entrega do imóvel assinada pelo irmão do inventariante e também cotista do espólio agravado, o Sr. Vladimir Ribeiro de Sá em 09/12/2015.

Afirma que já havia firmado acordo verbal com o irmão adotivo do inventariante (Sr. Rogério) e, também, o patrono da agravada, em que pagaria a quantia de R\$ 50.000,00 pela retomada da posse do

seu imóvel, aguardando somente a posterior formalização do negócio jurídico entabulado, conforme atas notariais juntadas aos autos.

Explana que a ação possessória está sendo utilizada como meio inidôneo para coagir a agravante a desembolsar um valor ainda maior para a efetivação do negócio.

Argumenta que não houve esbulho do imóvel, mas sim uma recompra, tendo ficado acordado com o filho do falecido que a agravante pagaria a quantia de R\$ 50.000,00, além de assumir o pagamento dos débitos fiscais do imóvel, que somavam o valor aproximado de R\$ 47.000,00.

Requer seja concedido o efeito suspensivo ativo, tendo em vista que o regular prosseguimento da ação causará irreparáveis prejuízos à autora, pois foi determinada a reintegração da posse do imóvel de propriedade e posse da agravante

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (fls.73-78).

Em contraminuta, o(a) agravado(a) manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Jadna Corrêa Kammer interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da ação de reintegração de posse movida por espólio de Luiz Rogério de Sá, que deferiu a liminar para determinar a reintegração do imóvel.

A decisão agravada está redigida nos seguintes termos:

*“(...) Defiro a liminar de reintegração de posse requerida pelo espólio de Luiz Rogério de Sá, uma vez que está provado o esbulho, a data do esbulho, primeiros dias de dezembro de 2015, (menos de ano e dia) e a posse anterior do imóvel por Luiz Rogério de Sá (art. 561 do CPC), por aproximadamente 15 anos, e após o falecimento (falecido em 13/07/2015) deste, pelo espólio de Luiz Rogério de Sá através de seu inventariante Christophe Alves de Sá.*

*Provado ainda que o esbulho foi praticado pela ré, e a mesma está na posse do imóvel que trata a inicial. Havia indícios na prova documental a qual foi corroborada pela prova testemunhal produzida na audiência de hoje, dia 29/06/2016. Considerando que estão provados os três requisitos supramencionados é que defiro a liminar de reintegração de posse em favor do espólio de Luiz Rogério de Sá, nesta fase de análise preliminar (art. 563 do CPC), baseado nas provas documental e oral e no art. 562 do CPC.”*

Nas razões recursais, a agravante alegou que a posse do imóvel em questão lhe foi transferida de forma lícita, formalizada mediante termo de entrega do imóvel assinada pelo irmão do inventariante e também cotista do espólio agravado, o Sr. Vladimir Ribeiro de Sá em 09/12/2015; afirmou que já havia firmado acordo verbal com o irmão adotivo do inventariante (Sr. Rogério) e, também, o patrono da agravada, em que pagaria a quantia de R\$ 50.000,00 pela retomada da posse do seu imóvel, aguardando somente a posterior formalização do negócio jurídico entabulado, conforme atas notariais juntadas aos autos; explanou que a ação possessória está sendo utilizada como meio inidôneo para coagir a agravante a desembolsar um valor ainda maior para a efetivação do negócio; argumentou que não houve esbulho do imóvel, mas sim uma recompra, tendo ficado acordado com o filho do falecido que a agravante pagaria a quantia de R\$ 50.000,00, além de assumir o pagamento dos débitos fiscais do imóvel, que somavam o valor aproximado de R\$ 47.000,00.

Em resposta, o agravado manifestou pelo desprovimento do recurso.

Em que pese a irrisignação da agravante, seu recurso não comporta provimento.

Com efeito, de acordo com os autos da ação originária o falecido Luiz Rogério de Sá, no ano de 2004, entabulou um contrato de promessa de compra e venda com a agravante Jadna Correa Kammer e seu marido Ludwing Kammer, tendo como objeto o imóvel determinado pelo lote 01 da quadra 18, situado no loteamento denominado Parque Alvorada, objeto da matrícula nº 32.764, do CRI de Dourados, ajustando o pagamento à vista do preço de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) e a entrega da posse ao promitente comprador, conforme se vê do instrumento de contrato de promessa de compra e venda com cessão de direitos e obrigações juntado às fls. 94-97.

De igual modo, os elementos de prova carreados aos autos demonstram que, de fato, o promitente comprador Luiz Rogério exerceu a posse do imóvel até o momento do seu falecimento. A certidão de óbito acostada às fls. 121 consigna como local de falecimento o endereço do citado imóvel (Rua Ali Hassan Gadie nº 240, Parque Alvorada, Dourados/MS), como também as testemunhas ouvidas em audiência de justificação comprovam esse fato e ainda corroboram o alegado esbulho perpetrado pela agravante no imóvel que outrora foi de sua propriedade. Confira-se:

*“(…). Que por volta das 7 horas da manhã do dia que faleceu Luiz Rogério de Sá, a companheira deste pediu a presença do depoente, o depoente foi até lá e constatou o falecimento do Luiz, chamando o SAMU; Que apareceu uma pessoa do SAMU de moto e constatou o falecimento de Luiz Rogério de Sá; Que Luiz Rogério de Sá e sua mulher residiam naquele imóvel há mais de 15 anos. Dada a palavra ao advogado do autor, para suas perguntas, disse: Que o depoente é genro do advogado do espólio e quando o advogado do espólio esteve no imóvel que trata a inicial e foi atendida pela ré; Que o depoente é policial civil e arquiteto; Que assim que Luiz Rogério de Sá faleceu, o ora inventariante deixou cópia das chaves do imóvel com o depoente com a finalidade do depoente cuidar do imóvel; Que o inventariante ainda deixou cópias das chaves com mais três ou quatro pessoas, com a mesma finalidade, ou seja, que de vez em quando dessem uma olhada no imóvel, pois Sônia havia se mudado para outra cidade do estado de São Paulo;(…)” (Testemunha Rogério Yuri Farias Kintschev – f. 150)*

*“(…) O depoente é proprietário de uma imobiliária chamada Líder Imóveis e Serviços Ltda ME; Que Christophe Alves de Sá procurou o depoente para alugar o imóvel que trata a inicial; Que sua imobiliária locou parte do imóvel; Que o imóvel foi dividido em duas partes, uma contendo a parte principal o qual foi locado pelo depoente e a outra parte era constituída de área de lazer, contendo piscina, churrasqueira e dependência de empregada; Que no início de dezembro o depoente constatou a presença da ré na parte de lazer, onde está a piscina; Que a ré disse ao depoente ser proprietária do imóvel que então estava ocupando, que o depoente pediu a presença dela na imobiliária e lá demonstrou que a área da casa estava locada através da imobiliária do depoente. Dada a palavra ao advogado do autor, para suas perguntas, disse: Que o representante do imóvel Christophe Alves de Sá fez um contrato escrito de administração de imóvel assinado em agosto de 2015; Que foi feito um contrato de locação que tem por locatário “Jason”, tendo iniciado em junho ou julho de 2015; Que quando a ré entrou no imóvel em dezembro de 2015, o locatário procurou a imobiliária do depoente reclamando do imóvel que vinha sendo ocupado pela ré, problemas com o carro que parava no local inadequado e algazarras;(…)” (Testemunha Reginaldo Batista Palhano – f. 151)*

*“Que o depoente trabalha na imobiliária Líder Imóveis; Que o inventariante Christophe Alves de Sá e a ré na imobiliária onde o depoente trabalha; Dada a palavra ao advogado do autor, para suas perguntas, disse: Que o depoente esteve no imóvel que trata*

*a inicial para fazer uma vistoria no mesmo para a administração que trata a mencionada imobiliária; Que Christophe Alves de Sá formou um contrato de administração do imóvel com a imobiliário Líder; Que o imóvel foi dividido em duas partes, sendo locado apenas a parte principal, dos quartos, sala e cozinha para o locatário Jason; Que a área de lazer não foi alugada ao locatário; Que o referido contrato e locação foi preciso ser desfeito em razão da área de lazer ter sido invadida pela ré e seus familiares; Que a data do esbulho foi em dezembro de 2015; Que a área ocupada pela ré, área de lazer, era contígua a área locada e o locatário reclamou com a imobiliária a perturbação por parte da ré, pois a esposa do locatário estava gestante; Que a tal perturbação foi o motivo da rescisão do contrato de locação ante as reclamações do locatário; Que a imobiliária pagou a importância de R\$ 750,00 de mudança do locatário e R\$ 1.500,00 de multa contratual em favor do locatário; Que a ré esteve na imobiliária e disse ao depoente que ela estava no imóvel porque o imóvel era dela e estava no direito dela(...)" (Testemunha Osmir alves Marques – f. 153)*

Embora a agravante afirme que os documentos juntados aos autos sejam suficientes para comprovar a recompra do imóvel e a licitude de sua posse, não é possível acolher essa alegação.

Primeiro, porque o documento que a agravante denomina de termo de entrega do imóvel não tem lastro jurídico para embasar o suposto negócio firmado por ela, pois como ela própria informa, aludido documento foi assinado pelo “irmão do inventariante e também cotista do espólio Agravado, Sr. Vladimir Ribeiro de Sá em 09/12/2015”.

Ora, é consabido que os herdeiros não podem individualmente praticar atos de disposição em relação aos bens componentes do acervo hereditário. Caso assim procedam, tais atos não geram qualquer efeito jurídico em relação aos coerdeiros, conforme dispõe o art. 1.793, §2º, do Código Civil:

*“Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.*

*§ 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.*

*§ 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.*

*§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.”* (grifei)

Isso é assim porque a herança se transmite aos herdeiros no momento do falecimento do proprietário ou possuidor (art. 1.784, CC), conforme aplicação do princípio da *saisine*. Essa transmissão é feita como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros, e permanece indivisível até a realização da partilha (art. 1.791, CC). Desse modo, os bens componentes do acervo hereditário somente podem ser objeto de negócios jurídicos mediante autorização judicial, após manifestação de todos os demais interessados, situação não vislumbrada no presente caso.

Pelo mesmo motivo, não é possível atribuir credibilidade às conversas transcritas em atas notariais relativamente a bem componente do acervo hereditário. Ainda que tenha existido tratativas em torno do imóvel ocupado pela agravante com a finalidade de efetuar a tal recompra do imóvel (f. 29-47), essas conversas não legitimam o esbulho por ela perpetrado. Isso porque a administração do espólio compete ao inventariante, e este somente pode praticar atos de disposição dos bens caso seja judicialmente autorizado, consoante disposto no art. 619, do CPC, *verbis*:

*“Art. 619. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz:*

*I – alienar bens de qualquer espécie;*

*II – transigir em juízo ou fora dele;*

*(...)” (grifei)*

A propósito:

*“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ação declaratória. ausência de boa-fé. pedido para obstaculizar a posse dos compradores de bem imóvel transacionado sem a anuência de todos os herdeiros. O comprador que tem ciência que a transação imobiliária alijou alguns dos herdeiros do bem não pode exercer a posse do imóvel, pois o negócio padece de vício. “ (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70062954706, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).*

Destarte, não existindo documento hábil a comprovar a negociação alegada pela agravante, correta a decisão agravada que, vislumbrando o esbulho, determinou a reintegração da posse do agravado no imóvel descrito na inicial.

Assim, o desprovimento do recurso é de rigor.

Ante o exposto, conheço do recurso, 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. Marco André Nogueira Hanson

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, 02 de agosto de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0802060-68.2012.8.12.0005 - Aquidauana**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IDOSO – QUEDA DE LEITO HOSPITALAR – FRATURA DO FÊMUR – RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO COMPROVADA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RAZOABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Os cuidados do tratamento profissional juntam-se aos deveres de assistência e vigilância, razão pela qual, internado o paciente em hospital, a responsabilidade pela sua saúde passa a ser completamente do estabelecimento hospitalar.

Ausente quaisquer das excludentes de responsabilidade estatuídas no § 3º do artigo 14 do Código de defesa do Consumidor, já que comprovada a falha no atendimento, o dano e o nexo de causalidade com o quadro apático pós-traumático sofrido, impõe-se o dever de indenizar.

A indenização por danos morais deve ser fixada com moderação em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado.

## 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Hospital Geral El Kadri Ltda contra decisão proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por Anália Aparecida Carvalho de Figueiredo da Costa.

Em síntese, alega que:

*I - “ainda que haja indicativos de necessidade de proteção do leito no laudo pericial, questão na qual se escora a referida sentença, o profissional competente para firmar a necessidade ou não da proteção é o médico assistente do paciente, caso a caso”, sendo que “No caso em comento, a recomendação médica era o repouso parcial, permitindo que o paciente caminhasse. Evidente que essa recomendação é incompatível com qualquer*

*método que tenha finalidade de evitar que o paciente se levante”, colacionando julgado que corrobora com essa tese;*

*II – insiste que “muito embora a perícia tenha determinado alguns fatores que impliquem na necessidade de proteção na cama, a recomendação deve ser feita caso a caso, sendo que, no caso em epígrafe, a recomendação médica foi o repouso parcial, que vai de encontro à colocação de grades no leito do Paciente”, apregoando que não existe norma que determine a obrigatoriedade de grade de proteção, motivo pelo qual “geralmente essa proteção decorre de orientação médica”;*

*III - “a presença de proteção em camas hospitalares, ainda que haja fatores de risco, depende de recomendação médica, que, in casu, não se vislumbra. Contrário a isso, a recomendação era que o paciente caminhasse frequentemente”*

*IV - “embora seja inconteste que o paciente Sr. Argemiro tenha de fato sofrido uma fratura nas dependências do Hospital Requerido, tal fato não consolida ocorrência de responsabilidade civil por parte do ora Apelante, ainda que na modalidade objetiva”, destacando que o laudo pericial não foi conclusivo “no que tange ao motivo da fratura, limitando-se a dizer que a fratura teve como fator causal impacto de baixa para moderada quantidade de energia”, tampouco há fatores que indiquem que a lesão “decorreu da queda do leito após rolamento”, já que “a inexistência de outras lesões leva a crer que o paciente não sofreu uma queda dormindo como exalta a exordial. Não é crível que após rolar da cama dormindo, o paciente tenha sofrido um impacto que não cause nenhuma lesão que não uma fratura no colo do fêmur”;*

*V - “excluindo a possibilidade de queda, a fratura em decorrência do simples fato de descer da cama é fato imprevisível e inevitável, uma vez que ocorreria independentemente de utilização de qualquer meio de evitar a queda. Na própria síntese inicial a parte afirma que o repouso era parcial, havendo recomendação médica para que o paciente caminhasse”*

*VI - “diante das orientações médicas, não há medidas que o Hospital Requerido pudesse tomar que efetivamente impedisse que o paciente descesse da cama”, insistindo que não ficaram demonstrado nos autos que “a alteração no quadro do Sr. Argemiro, se deu em virtude da fratura. Em atenção ao Relatório às fls. 64, verifica-se que mesmo após sofrida a fratura, o paciente permaneceu consciente, orientado e aceitando a dieta, passando somente a constar a informação ‘acamado’, que se dá em virtude da necessidade de imobilização” ou ainda “ainda inadmitindo que a fratura tenha ocorrido em virtude de uma suposta queda, cabe salientar que não há nos autos qualquer indício de que o Sr. Argemiro, após o incidente, teve alteração drástica de comportamento, ou que qualquer alteração em seu quadro de saúde tenha tido a queda como fator desencadeante”;*

*VII - “ocorrida a fratura no momento em que o paciente descia da cama, voluntariamente, na presença de seu acompanhante, não há que se questionar a existência de outro tipo de proteção na cama, ou mais, atribuir a essa possível inexistência fato gerador da queda e, por conseguinte, do dano sofrido pelo Sr. Argemiro”.*

Subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Hospital Geral El Kadri Ltda contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana nos autos da ação de

indenização por danos morais movida por Argemiro José da Costa Figueiredo, substituído por Anália Aparecida Carvalho de Figueiredo da Costa.

Extraí-se dos autos que Argemiro José da Costa Figueiredo, pai da apelada, há época com 84 anos de idade, foi internado nas dependências do apelante em 11.08.2012 com o diagnóstico de ITU (infecção do trato urinário) e tumor vesical, necessitando submeter-se procedimento cirúrgico para retirada do tumor.

Contudo, à 1h40min do dia 19.08.2012, sofreu queda do leito que ocupava na enfermaria 715 B, que estava sem a proteção lateral, causando fratura no colo do fêmur, conforme relatado pelo auxiliar de enfermagem Mauro Pereira Lima, necessitando submeter-se à cirurgia ortopédica em 24.08.2012, que sobrestou por tempo indeterminado o tratamento para o câncer que o acometia.

Segundo consta dos autos, até a queda, o paciente “*encontrava-se consciente, orientado, colaborativo, aceitando a dieta oferecida, em repouso parcial no leito, já que havia prescrição médica para que fosse estimulada a sua saída do leito*” e que após 19.08.2012, tornou-se pouco comunicativo, agressivo, “*acamado e contido no leito para sua própria segurança, e já não aceitava a dieta oferecida, tudo conforme descrito no relatório da enfermeira Ellen Ribeiro, do dia 22/08/2012*” (f. 1.114)

Argemiro teve alta hospitalar em 30.08.2012, sem que tivesse sido realizado o procedimento cirúrgico necessário à retirada do tumor vesical e faleceu em 09.10.2012 (f. 106), sendo substituído nos autos pela filha e inventariante.

Em contestação, alegou que:

*“Os leitos hospitalares do Requerido são equipados de grade lateral que impedem a queda por rolamento do paciente”, justificando que “o Requerente que se encontrava acompanhado pela filha no quarto onde estava internado, levantou-se de madrugada e, sem requerer ajuda da equipe de enfermagem ou até mesmo de sua acompanhante, tentou descer da cama sozinho vindo a sofrer a lesão nesse momento, em razão da fragilidade de seu osso”, destacando que “as fraturas do colo do fêmur são comuns em pacientes acima de 65 anos” e que “O quadro de saúde apresentado pelo Autor era delicado e não houve qualquer prejuízo ao tratamento médico hospitalar das moléstias em razão da fratura ocasionada pela queda da própria altura”*

Neste recurso, em síntese, o nosocômio apelante insiste que “*ocorrida a fratura no momento em que o paciente descia da cama, voluntariamente, na presença de seu acompanhante, não há que se questionar a existência de outro tipo de proteção na cama, ou mais, atribuir a essa possível inexistência fato gerador da queda e, por conseguinte, do dano sofrido pelo Sr. Argemiro*”, não há qualquer omissão de sua parte a justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Assim, a solução da lide passa pela verificação de omissão por parte do nosocômio capaz de causar o dano reportado.

Destaco que a aplicação do artigo 14 Código de Defesa do Consumidor é latente, porquanto os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviço, respondendo objetivamente pelos danos causados aos pacientes, ressalvadas, obviamente, as excludentes do §3º.

Vejamos:

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

*§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*

*I - o modo de seu fornecimento;*

*II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*

*III - a época em que foi fornecido.*

*§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.*

*§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*

*I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*

*II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

*§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

Doutrinariamente, a responsabilização civil reclama pela existência de três requisitos, a conduta (culposa/dolosa), o dano e o nexa causal entre ambos. Quando na espécie objetiva da responsabilidade civil o elemento culpa/dolo é mitigado, bastando a existência de dano e de nexa.

Após, demorado exame do vasto campo probatório existente nos autos, verifico não merece qualquer censura a sentença.

Constou da perícia de f. 1.072-1.091:

*3.3) O PACIENTE apresentava diversos fatores conhecidos que aumentam consideravelmente o risco de queda:*

*- idade avançada maior que 65 anos, o paciente tinha 84 anos;*

*- quarto não familiar;*

*- patologia consuptiva - câncer;*

*- presença de infecção ativa, em uso de antibioticoterapia endovenosa com cefalosporina de terceira geração (ceftriaxona) e, 14 dias depois da internação o PACIENTE ainda tinha um exame de sangue (hemograma) com sinais evidentes e importantes de infecção;*

*- fez um preparo para colonoscopia, que induz a diarreia osmótica e faz grande depleção de líquido e sais no organismo, produzindo um quadro de desidratação que é um causador de hipotensão e queda;*

*- tinha quadro de hiponatremia comprovado pelos exames laboratoriais desde a entrada. A hiponatremia produz sintomas neurológicos de rebaixamento do nível de consciência;*

*- estava anêmico e foi programado uma transfusão de concentrado de hemácias, que é o que popularmente se conhece como 'tomar sangue', mas nesse caso foi feito apenas o componente sanguíneo específico para anemia;*

*- uso de medicamento antidepressivo (Amitriptilina – prescrito para a noite);*

- uso de medicamento anti-hipertensivos (*Ablok e Aradois*);
- uso de medicamento analgésico opióide (*Tramadol*);
- polifarmácia (uso de 5 ou mais drogas associadas);

*Qualquer um dos itens acima, isoladamente, aumenta o risco de queda de qualquer paciente, porém, para uma pessoa com 84 anos, com câncer, séptico por infecção urinária, anêmico, fazendo preparo para exame colonoscópico, com hiponatremia, usando várias medicações associadas (antidepressivo, opióide, hipotensores), a queda do seria praticamente uma certeza, principalmente se fosse deixado só. Três dias antes do relato da fratura o paciente apresentou 'queda de altura sem grandes consequências', ou seja, não foi apenas uma, mas sim duas.*

Os *experts* que elaboraram o laudo continuaram esclarecendo:

*3.4) A fratura do paciente ocorreu por impacto. O fator causal tem de baixa para moderada quantidade de energia e é compatível com queda do leito, inclusive o lado direito é correspondente ao lado que o paciente desceria do leito, conforme as fotos inseridas aos Autos. O lado direito é o lado que o fêmur sofreria o impacto contra o piso. Durante a madrugada o paciente pode ter rolado da cama ou mesmo tentado se levantar e caído, qualquer um dos processos seriam compatíveis com a lesão produzida. Efetivamente não faz diferença de como a fratura aconteceu, rolando ou tentando se levantar ou iniciando a caminhada. O paciente rolou da cama, que estava sem um mecanismo de proteção (grade) ou se levantou sem chamar ajuda da enfermagem (sem a campainha).*

*3.5) O uso de contenções mecânicas que limitam a mobilidade dos pacientes para diminuir o risco de queda é controverso. Existem vários mecanismos de contenção que incluem jaquetas e coletes prendedores para a extremidade, luvas, munhequeiras, tornozeleiras e apoios para as cadeiras de roda. A natureza das grades são menos claras, pois podem ser vistas como um mecanismo de apoio ou como um sistema de segurança. Alguns estudos demonstram que algumas quedas acontecerão apesar do uso de contenções. As grades também são utilizadas de maneira habitual no hospital para diminuir as quedas da cama, mas estudos descritivos demonstram que continua havendo quedas apesar das grades estarem levantadas.*

*Como a maioria das quedas ocorre ao lado da cama, muitos estudos utilizaram algumas intervenções com o objetivo de reduzir esse risco. Como exemplo, garantir que a cama esteja em posição baixa.*

Ao final, assim concluíram:

*4.1) conforme claramente exposto no item '3.4' deste Laudo, os relatos da enfermagem, dos médicos e os exames apresentados nos Autos, corroboram os registros fotográficos também inseridos aos Autos, de que não havia proteção lateral no leito do paciente que, por todo o analisado teve a fratura do colo do fêmur causada pela queda do leito, seja pelo rolamento lateral, seja na tentativa de se levantar; ou no início do movimento de caminhada;*

*4.2) não há qualquer elemento documental que aponte para uma fratura patológica, que seria aquela decorrente de uma doença óssea não previsível.*

*Nesse caso ocorreria primeiro a fratura e, em seguida a queda. A hipótese de fratura causada enquanto o paciente estivesse caminhando ocorreria no caso de uma fratura patológica, nada havendo nos Autos, contudo, que ateste tal assertiva;*

*4.3) devemos destacar, ainda, que a queda que causou a fratura em análise neste Laudo foi a segunda queda relatada durante o período de internação. A primeira queda não teve consequências mais graves, tendo ocorrido a fratura na segunda queda. O paciente apresentava todos os riscos listados item 'IV' e já havia sofrido uma queda real, mesmo assim, não existe relato da enfermagem dessa primeira queda e também não há nos autos qualquer documento que relate alguma providência que pudesse evitar ou minimizar o risco da segunda queda.*

Como se vê, a perícia concluiu que a fratura no fêmur foi causada quando da segunda queda sofrida pelo paciente no período em que ficou internado no nosocômio requerido; que não havia grade de proteção no leito, tampouco dispositivo de chamada para assistência de enfermagem.

O laudo confirmou o que restou comprovado nos autos pela documentação acostada à exordial, valendo destaque que à f. 59 dos autos encontramos o relatório de equipe de enfermagem do dia 29.08.2012, dando conta de que “AS 01:40 pcte veio cair da cama” enquanto que as fotografias de f. 75-79 demonstram a inexistência de grade de contenção da cama, que, contudo, foi providenciada após a queda, já que nas imagens de f. 80-84 do paciente encontrava-se com o membro inferior direito imobilizado.

As testemunhas ouvidas pelo juízo em 09.12.2013, confirmar a conclusão de que houve falha na prestação dos seus serviços, especialmente porque restou amplamente demonstrado que o leito onde o autor se encontrava não possuía a proteção lateral, revelando uma negligência e prestação de um serviço defeituoso. diante das particularidades acima narradas.

A testemunha Mauro Pereira Lima afirmou que o paciente caiu por falta de alguém que tivesse atento aos cuidados que deveria existir no caso e que ele pode ter rolado e caído no chão por falta de acionamento da proteção, inexistente, confirmando, ainda “que é necessário ter as proteções, especialmente quando o paciente é idoso”.

As teses de que o paciente estar acompanhado de familiar e com indicação médica apenas para repouso não são aptas a retirar a responsabilidade do hospital, que deveria ter tomado a precaução simples de substituição do leito, o que certamente evitaria sua queda e conseqüentemente a lesão ortopédica sofrida.

Quanto ao dano sofrido em virtude da queda, notório que os idosos deprimem em situações como a dos autos, não precisando de provas ou perícia para confirmar tal situação. Tanto que basta uma rápida pesquisa na rede mundial de computadores para se confirmar a sapiência popular a respeito da questão.

Vejamos alguns artigos publicados abordando a temática:

*Com o crescente número da população de idosos no Brasil, tem surgido uma reflexão no que diz respeito aos eventos incapacitantes nessa faixa etária, dentre os quais sobressaem a ocorrência de quedas e o temor gerado devido às suas conseqüências, que incluem possíveis fraturas, risco de morte, restrição de atividades, declínio na saúde, aumento do risco de institucionalização e medo de cair.*

*Após a queda, portanto, o idoso torna-se mais propício à baixa autoconfiança em realizar suas atividades, seja por medo de novos episódios de queda ou devido a outros fatores físicos, psicológicos ou sociais. Pode ocorrer, ainda, um comprometimento progressivo da capacidade funcional desse idoso ao longo do tempo, o que pode torná-lo mais propenso a quedas recorrentes.*

*As alterações psicológicas que surgem após a queda se mostram problemáticas e incapacitantes por se relacionarem ao déficit da capacidade funcional. Levam, assim, à disfunção do equilíbrio, depressão, alterações no controle postural, ansiedade e diminuição*

*do convívio social.* (O olhar o sentido do idoso no pós-queda, in <http://www.scielo.br/pdf/rbpg/v13n1/a02v13n1.Pdf>)

*“Para uma pessoa idosa, a queda pode assumir significados de decadência e fracasso gerados pela percepção da perda de capacidades do corpo, potencializando sentimentos de vulnerabilidade, ameaça, humilhação e culpa. A resposta depressiva subsequente é um resultado esperado.”* (Sathler, J. Cuidados especiais com o idoso no ato cirúrgico. Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia Jornadas. Rio de Janeiro: LIBBS Farmacêutica, 1994, p. 42. Citado em Proposta de Intervenção na prevenção de quedas dos idosos no ambiente domiciliar. In <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3129.pdf>)

É certo que aos cuidados do tratamento profissional juntam-se os deveres de assistência e vigilância; portanto, internado o paciente em hospital, a responsabilidade pela saúde daquela passa a ser completamente do estabelecimento.

Não é por menos que o nosocômio, quando a pessoa é internada, mesmo estando em perfeitas condições, disponibiliza a locomoção interna através de cadeiras de rodas ou macas.

Pela oportunidade, não visualizo quaisquer das excludentes de responsabilidade estatuídas no §3º do artigo 14 do Código de defesa do Consumidor, restando, pois, comprovada a falha no atendimento, o dano e o nexó de causalidade com o quadro apático pós traumático sofrido, o que impõe a manutenção da sentença de procedência do pleito indenizatório por danos morais sofridos pelo falecido que foram transferidos aos seus sucessores.

Quanto ao valor da indenização, deve ser fixado com moderação em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado.

Acerca do valor da indenização, Carlos Alberto Bittar<sup>1</sup> explica que:

*“(...) diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-as, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado, a reparação devida no caso concreto”.*

Adiante destaca que:

*“(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresse, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 205/206

<sup>2</sup> Ob. Cit, p. 220

*In casu*, o *de cujus* contava com 84 anos de idade e estava internado para tratamento de tumor vesical. Assim, levando em conta as particularidades do caso em apreço, em especial o fato de se tratar de pessoa com 84 anos de idade, internada há mais de uma semana quando da queda, a gravidade da lesão, a condição econômica das partes, entendo que para a controvérsia examinada, adequada se mostra a indenização fixada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), montante este que não se mostra nem tão baixo – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevado – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

*Ex positis*, nego provimento ao recurso.

## **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. Marco André Nogueira Hanson

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 e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0800777-56.2013.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO – PRELIMINAR – SENTENÇA GENÉRICA – AFASTADA – MÉRITO – DETENTO DENTRO DA CELA – AGRESSÃO FÍSICA – BALA DE BORRACHA NA FACE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – *QUANTUM* REDUZIDO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Não é genérica a sentença, pois a determinação de custear todas as despesas e tratamento relacionado à cirurgia estética situa-se nos limites do pedido.

O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal estabelece que “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”, ou seja, a partir do momento em que se efetua a prisão de um indivíduo, o Estado deve garantir a este o direito à integridade física e moral.

O dever de ressarcir danos, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização.

Atendidos os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerando a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização, entendo que deve ser reduzido o dano moral para o importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por ser mais condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para o réu, evitando a reiteração de atos análogos.

O dano estético é perfeitamente perceptível por meio das provas dos autos, eis que restou comprovada a existência da alteração externa da aparência do autor, devendo tão somente ser reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil) reais.

## 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, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste, nos autos da ação de indenização movida por Everaldo Gonçalves.

Em síntese, alega que: I) a sentença ofendeu ao direito de defesa do recorrente, já que foi genérica não havendo como se defender da obrigação de fornecer “(...) *tratamentos e despesas relacionadas às operações cirúrgicas estéticas ou reparadoras, ligadas ao dano estético objeto da demanda (...)*”; II) a ação policial visava conter a rebelião que estava ocorrendo no referido presídio, de forma a evitar a iminente saída dos presos de suas celas, o que desencadearia um verdadeiro caos, vez que o número de policiais na operação era menor que o de internos, não havendo tempo hábil para solicitar reforços em outros municípios; II) não se negue que o acidente aconteceu no interior de cela do referido presídio, porém, tudo que era possível o Estado fazer para recuperação da saúde do apelado foi feito, não havendo, assim, que se cogitar em responsabilidade civil estatal nesse caso; III) não há que se falar em indenização devida ao apelado em virtude do ferimento em sua face, vez que este participou do evento que ensejou tal fato, tendo, posteriormente recebido toda a assistência do apelante, sendo levado imediatamente ao médico e encaminhado à Santa Casa de Campo Grande para melhor atendimento, com os demais cuidados posteriores; IV) não deve arcar com os danos morais e estéticos e; V) prequestiona das matérias trazidas no recurso.

Contrarrazões f. 827/838.

## VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste, nos autos da ação de indenização por dano moral e estético movida por Everaldo Gonçalves.

Em síntese, alega que a sentença ofendeu ao direito de defesa do recorrente, já que foi genérica não havendo como se defender da obrigação de fornecer “(...) *tratamentos e despesas relacionadas às operações cirúrgicas estéticas ou reparadoras, ligadas ao dano estético objeto da demanda (...)*”

Do contido nos autos, tem-se que o requerente propôs a presente ação de indenização em face do requerido, aduzindo, em apertada síntese, que: a) encontrava-se cumprindo pena em regime fechado no estabelecimento penal da Comarca de São Gabriel do Oeste, quando, em determinado dia, um companheiro de cela começou a passar mal, momento em que seus colegas de cárcere, por desespero, começaram a fazer barulho para chamar a atenção dos agentes carcerários, no intuito de os responsáveis socorressem o detento; b) estava prestando socorro àquela pessoa, que estava “estremecendo ao chão” e verificando não poder fazer nada para socorrê-la, sentou-se na cama quando escutou alguém dizer “chegou a escolta”, momento em que se levantou, sendo atingido por uma “bala de borracha” (arma de elastômero) no lado direito do rosto, disparada por membro da Polícia Militar dentro da cela; c) depois de atingido foi retirado da cela ferido e sangrando, sendo obrigado a virar-se para a parede e a levantar as mãos, momento em que teria desmaiado.

O juiz *a quo*, julgou procedente o pedido do autor, condenando o réu ao pagamento de indenização no importe total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos estéticos, devidamente corrigido pelo IGPM/FGV a partir desta data (súmula 362 -STJ) e acrescido de juros à ordem de 1% a.m. (um por cento ao mês) a contar do evento danoso (súmula 54 - STJ). Condenou o requerido, ainda, a fornecer ou custear ao requerente todos os tratamentos e despesas relacionados às operações cirúrgicas estéticas ou reparadoras,

ligadas ao dano estético objeto da demanda, sendo este capítulo liquidado em posterior fase de liquidação de sentença, a ser promovida na modalidade estampada no art. 475-E do CPC (liquidação por artigos).

Na inicial o autor, requereu a procedência dos pedidos, para condenar o requerido ao pagamento dos danos morais e estéticos, bem como sua condenação em fornecer ou custear toda a despesa e tratamento com cirurgia estética e reparadora ao requerente (f. 17).

Assim, verifica que o autor pleitou na inicial o fornecimento/custear despesas com o tratamento estético, não havendo que falar em cerceamento de defesa.

Nestes termos, seguem julgados:

*“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SANTA MARIA. IMPLEMENTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTRUTURA DE ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS. LIMPEZA DE BOCAS DE LOBO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. SENTENÇA EXTRA PETITA. Não é extra petita a sentença, pois a determinação de limpeza rotineira de bocas de lobo situa-se nos limites do pedido...”* (TJRS; Apelação e Reexame Necessário Nº 70064155583, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/09/2015)

*“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESOS Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul CUSTODIADOS EM DELEGACIA DE POLÍCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES. PROVA TESTEMUNHAL. AFASTAMENTO DA CULPA. DESNECESSIDADE. SENTENÇA ‘EXTRA PETITA’. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de pessoas custodiadas é objetiva, portanto, desnecessária determinação de audiência para colheita de prova testemunhal cujo objetivo seria demonstrar a ausência de culpa do Estado. Precedentes STJ e STF. 2. A interpretação do pedido do autor deve ser feita levando em consideração toda a petição inicial, e não apenas o capítulo “dos pedidos”, utilizando-se o método lógico-sistemático e, ainda, a própria causa de pedir. Nesse sentido: Resp 1040448/RJ, DJe 28.05.2008; Resp 613.732/RR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.02.2006; Resp 337.785/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002; Resp 931.659/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 18.06.2007). No caso, embora a petição inicial não se revista de apurada técnica, e tenha sido confeccionada em 11 de agosto de 1987, pode-se extrair de todo seu conteúdo, o desejo à reparação dos danos causados pelo ato lesivo, tanto materiais quanto morais. 3. A fixação do valor dos danos morais no patamar de 150 salários mínimos não destoa da jurisprudência da Corte em casos semelhantes. 4. Recurso especial não provido”. (Resp 1022798/ES Relator Ministro Castro Meira 2ª Turma - data do julgamento 14/10/2008)*

Assim, afasto a prefacial.

Passo ao exame do mérito:

Aduz o recorrente que: I) a ação policial visava conter a rebelião que estava ocorrendo no referido presídio, de forma a evitar a iminente saída dos presos de suas celas, o que desencadearia um verdadeiro caos, vez que o número de policiais na operação era menor que o de internos, não havendo tempo hábil para solicitar reforços em outros municípios; II) não se nega que o acidente aconteceu no interior de cela do presídio, porém, tudo que era possível o Estado fazer para recuperação da saúde do apelado foi feito, não havendo, assim, que se cogitar em responsabilidade civil estatal; III) não há que se falar em indenização devida ao apelado em virtude do ferimento em sua face, vez que este participou do evento que ensejou tal fato, tendo, posteriormente recebido toda a assistência do apelante, sendo levado imediatamente ao

médico e encaminhado à Santa Casa de Campo Grande para melhor atendimento, com os demais cuidados posteriores; IV) não deve arcar com os danos morais e estéticos e; V) prequestiona das matérias trazidas no recurso.

Pelas provas constantes aos autos, ficou comprovado a existência dos danos alegados na inicial, como também o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e os danos ocasionados no evento fático em exame.

Além do mais, inexistem provas de ocorrência de motim ou rebelião, pois os presos continuaram encarcerados em suas celas durante toda a ação dos agentes penitenciários e policiais.

Evidente a conclusão, diante das informações trazidas pelo agente policial responsável pela operação (Cleber Aécio Segato -, que afirma em seu depoimento, que todos os detentos estavam em suas respectivas celas e que a última delas, inclusive, estava com o cadeado rompido, sem que qualquer detento dela saísse.

Por tal, a conduta dos policiais, ao efetuarem disparos de bala de borracha dentro de um ambiente fechado, quando os presos encontravam-se dentro de suas celas, configura clara conduta excessiva na imposição de disciplina aos encarcerados.

Diante disso, não se mostra presente qualquer causa de excludente de nexo de causalidade (culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro ou força maior), mas excesso de força na contenção dos ânimos dos presos.

Como bem salientou o juiz *a quo*, existem provas concretas nos autos, que demonstram que o Estado praticou sim ato ilícito reprovável, ao não zelar pela incolumidade física do detento, enquanto este se encontrava sob a sua custódia.

O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal estabelece que “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”, ou seja, a partir do momento em que se efetua a prisão de um indivíduo, o Estado deve garantir a este o direito a integridade física e moral.

Em matéria de responsabilidade do Estado, prevalece em nosso país a teoria do risco administrativo, segundo o qual “*o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em virtude de seu mau funcionamento, ainda que não se verifique culpa de seus encarregados ou prepostos.*” (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2004, pág. 971).

É certo afirmar também, que tal teoria estabelece o princípio da responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, que importa em reduzir ou excluir a responsabilidade do Estado, caso haja culpa concorrente do particular, ou tenha sido este o responsável exclusivo pelo evento.

Contudo, na presente hipótese, não há como admitir que a culpa pela agressão dentro do estabelecimento prisional tenha sido decorrente da própria e exclusiva conduta deste, já que ele estava dentro da cela e não trazia nenhum risco de fuga ou rebelião.

Como se pode observar, é indubitável que o Estado não promoveu a vigilância necessária e eficaz dentro do estabelecimento prisional, deixando de zelar pela integridade física do preso que se encontrava sob sua custódia.

O defeito no serviço prestado pelo Estado, ainda que não verificada a culpa de seus encarregados ou prepostos, ocasionou à vítima a agressão física.

A respeito do tema, por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favorável à condenação do Estado pelos danos morais, decorrentes de seu dever de vigilância, conforme os arestos a seguir:

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO EM CADEIA PÚBLICA. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO (ART. 5º, XLIX, CF/88). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. SÚMULA 07/STJ. 1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição. 2. A aferição acerca da ocorrência do nexo causal entre o dano e a conduta do agente público demanda a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, interditada em sede de recurso especial por força da Súmula 07/STJ. Precedentes desta Corte: RESP 756437/AP, desta relatoria, DJ de 19.09.2006; RESP 439506/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 01.06.2006 e RESP 278324/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.03.2006. 3. In casu, o Juiz Singular e Tribunal local, com ampla cognição fático-probatória, concluíram pela obrigação de indenizar do Estado, ao argumento de que o ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5º, XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. 4. Recurso especial desprovido. (REsp 936.342/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 20/05/2009)*

*“PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE POR MORTE EM PENITENCIÁRIA. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO DE CULPA DA VÍTIMA. REEXAME DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou não evidenciadas nos autos causas excludentes da responsabilidade estatal; ao contrário, anotou que a omissão do Estado foi significativa, sendo certo que uma ação de vigilância e cuidado poderia ter evitado a morte da vítima. A revisão desse entendimento demanda nova análise dos elementos fático-probatórios, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ” (AgRg no AREsp 65.343/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 06/03/2012).*

Assim, considerando que o Estado não promoveu a vigilância constante e eficaz dentro do estabelecimento prisional e deixou de zelar pela integridade física do preso que se encontrava sob sua custódia, lhe causando ferimentos graves na face em virtude da agressão praticada pelo seu agente, resta caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado/requerido, assim como, o dever deste em reparar os danos estéticos e morais sofridos pelo detento.

Tal discussão não mais possui fundamento, já que o STJ, em sua atribuição editou a súmula 387: *“É ilícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”*.

Nesse sentido, já tivemos oportunidade de decidir:

*“EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E LUCROS CESSANTES - ACIDENTE DE TRÂNSITO – BURACO NA VIA – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO -*

*RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO - NÃO COMPROVADA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - LUCRO CESSANTES - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO - RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM REEXAME NECESSÁRIO. 1. Tratando-se de ato comissivo de concessionária de serviço público, aplica-se a responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. 2. Tendo em vista a responsabilidade objetiva do Poder Público em relação ao ato de seus agentes e o fato de não ter se desincumbido de seu ônus de demonstrar que houve culpa exclusiva do condutor da motocicleta, determina o dever de indenizar do ente público pelos danos que seus agentes causaram à vítima de acidente de trânsito. 3. Cediço que o valor da indenização, deve conter caráter de desestímulo, para evitar a reiteração de condutas lesivas aos usuários em geral, além de mitigar o mal sofrido. 4. “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” (Súmula 387 – STJ).(Reexame Necessário - Nº 0000356-38.2008.8.12.0023 - Angélica Relator – Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 10 de dezembro de 2013 3ª Câmara Cível do TJ-MS)*

O caso sob julgamento é daqueles em que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa*. Vale dizer, a ocorrência do próprio fato já configura o dano moral.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça tem definido situações nas quais o dano moral é presumido, tendo estabelecido que há dano moral puro em razão das agressões sofridas pelo autor

Por fim, alega o recorrente que, caso reconhecido, o valor do dano moral e estético devem ser reduzidos por se afigurarem absurdamente excessivos, especialmente pelas circunstâncias do fato.

O juiz da causa, julgou procedente o pedido do autor, condenando o requerido ao pagamento de indenização no importe total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos estéticos, devidamente corrigido pelo IGPM/FGV a partir desta data (súmula 362 -STJ) e acrescido de juros à ordem de 1% a.m. (um por cento ao mês) a contar do evento danoso (súmula 54 - STJ).

No que tange ao *quantum* a ser fixado, é cediço que o dano moral e estético devem ficarem ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que o objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

*“Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.” (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)*

A respeito:

*“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL EVENTO DANOSO RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO DECISÃO MANTIDA. (...) II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida.” (Agravo Regimental - Nº 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).*

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar à autora um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida e de outro lado serve como fator de punição para que o requerido reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

Assim, atendidos os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerando a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização, entendo que deve ser reduzido para o importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por ser mais condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para o réu, evitando a reiteração de atos análogos.

Com relação aos danos estéticos, sabe-se que é toda alteração morfológica do indivíduo, abrangendo as deformações, marcas, cicatrizes etc., que acarreta no sujeito lesão desgostante ou até mesmo complexo de inferioridade, vergonha entre outros.

Conforme bem explicitado por Maria Helena Diniz:

*“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e impliquem sob qualquer aspecto um afeição da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. Ex: mutilações (ausência de membros, orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo. Realmente, o Código Civil, no art. 1.538, §§ 1º e 2º, ao utilizar os termos aleijão e deformidade, alargou o conceito de dano estético”. (Curso de direito civil brasileiro. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. VII, p. 61-63).*

*In casu*, o dano estético é perfeitamente perceptível por meio das provas dos autos, eis que restou comprovada a existência das alteração externa da aparência do autor.

Assim, também entendo que o valor do dano estético deve ser reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil) reais.

Quanto ao prequestionamento, é cediço, no Superior Tribunal de Justiça, 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.

Posto isso, afasto a preliminar, conheço do recurso e dou provimento parcial a apelação cível, para reduzir os valores dos danos morais e estéticos para a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada um deles. Mantenho a verba de sucumbência já que o requerido foi vencido na questão principal.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

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 e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0800394-58.2014.8.12.0006 - Camapuã**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE COLAÇÃO DE BENS DOADOS – DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE – ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA – PRETENSÃO DE EXCLUIR DA MEAÇÃO DO BEM DOADO DE FILHO HAVIDO FORA DO CASAMENTO – PEDIDO DE INCLUSÃO FORMULADO APÓS MUITOS ANOS DA ABERTURA DA SUCESSÃO – DOAÇÃO QUE COMPROMETE A LEGÍTIMA DO HERDEIRO EXCLUÍDO – NECESSIDADE DE COLAÇÃO – QUESTÃO QUE NÃO DEMANDA ALTA INDAGAÇÃO – DISCUSSÃO NOS AUTOS DO INVENTÁRIO – DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA – RECURSO DESPROVIDO.

A Lei Civil Brasileira dispõe que os bens doados ficam sujeitos a colação, a qual tem por finalidade apurar equitativamente os quinhões hereditários, não se permitindo que o filho excluído seja prejudicado em relação à sua legítima.

Havendo doação de pais a filhos, que viola a legítima de filhos nascidos antes ou depois daquele ato, a questão deverá ser solucionada por meio do instituto da colação, por meio do qual se dá a restituição ao monte das liberalidades recebidas pelos donatários, assegurando-se a igualdade dos quinhões hereditários no momento da partilha, sendo desnecessário que o filho excluído ajuíze ação anulatória da doação, porque tal direito (à legítima) tem expressa previsão legal.

Eventual prejuízo da legítima em face de doação feita pelo pai aos filhos, ainda em vida (art. 1.776, CC/1916), sem haver fatos a provar, prescinde dos meios ordinários, podendo ser discutido no próprio inventário, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

## 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, 12 de julho de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Felintro Ferreira da Cunha, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Camapuã, nos autos da ação declaratória de inexistência de colação de bens doados em 1976, movida em face de Liene Osória da Conceição, que julgou extinta a ação, com fundamento no art. 267, V, do CPC.

Alega, em síntese, que:

Tem direito ao manejo da ação declaratória em questão, de forma autônoma, sem vínculo com os autos de inventário, porque ali não existe decisão transitada em julgado quanto às matérias de fato e de direito elencadas na presente ação declaratória;

O inventário não é ação e por isso não há como se discutir, em seu bojo, as questões pertinentes à ação autônoma, com conteúdo contencioso, já que necessário que se oportunize o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, cabendo via própria para tanto;

Pretende uma declaração judicial de que os bens que recebeu em doação em 1976 já integraram seu patrimônio e não podem ser objeto de colação no inventário de seu finado pai, pois tal questão já está acobertada pela decadência e prescrição;

A apelada perdeu o direito de pedir em juízo a anulação da doação mencionada, a contar do implemento de sua idade de 16 anos, quando não era mais absolutamente incapaz, tendo decorrido, desde então, mais de 20 anos da abertura da sucessão, sem qualquer manifestação, tendo aplicação ao caso do art. 4º do CPC e;

Demonstrou ele seu interesse de agir, consubstanciado na necessidade e utilidade do provimento jurisdicional.

Pede provimento do recurso, para que a decisão de primeiro grau seja tornada insubsistente, para se permitir o prosseguimento da ação declaratória, em seus ulteriores termos.

Não foram apresentadas contrarrazões.

## VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Felintro Ferreira da Cunha, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Camapuã, nos autos da ação declaratória de inexistência de colação de bens doados em 1976, movida em face de Liene Osória da Conceição, que julgou extinta a ação, com fundamento no art. 267, V, do CPC.

Alega, em síntese, que:

Tem direito ao manejo da ação declaratória em questão, de forma autônoma, sem vínculo com os autos de inventário, porque ali não existe decisão transitada em julgado quanto às matérias de fato e de direito elencadas na presente ação declaratória;

O inventário não é ação e por isso não há como se discutir, em seu bojo, as questões pertinentes à ação autônoma, com conteúdo contencioso, já que necessário que se oportunize o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, cabendo via própria para tanto;

Pretende uma declaração judicial de que os bens que recebeu em doação em 1976 já integraram seu patrimônio e não podem ser objeto de colação no inventário de seu finado pai, pois tal questão já está acobertada pela decadência e prescrição;

A apelada perdeu o direito de pedir em juízo a anulação da doação mencionada, a contar do implemento de sua idade de 16 anos, quando não era mais absolutamente incapaz, tendo decorrido, desde então, mais de 20 anos da abertura da sucessão, sem qualquer manifestação, tendo aplicação ao caso do art. 4º do CPC e;

Demonstrou ele seu interesse de agir, consubstanciado na necessidade e utilidade do provimento jurisdicional.

Pede provimento do recurso, para que a decisão de primeiro grau seja tornada insubsistente, para se permitir o prosseguimento da ação declaratória, em seus ulteriores termos.

Não foram apresentadas contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Observo que o recorrente pretende tornar insubsistente a sentença de primeiro grau, que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com supedâneo no art. 267, V, do CPC.

Alega que as questões abordadas por ele na presente ação declaratória não podem ser discutidas na via estreita dos autos de inventário, uma vez que necessita de dilação probatória, com abertura do contraditório e da ampla defesa, o que determina a necessidade de ação própria.

No caso, vejo que os temas discutidos na ação declaratória são pertinentes à doação realizada, em vida, pelos genitores do recorrente, de uma fazenda no Município de Camapuã, denominada Buriti Alegre, aos quatro filhos do casal, Felinto Ferreira da Cunha (recorrente) e mais três irmãos, Helena Cunha de Almeida, Arlene Maria Ferreira e Cacildo Ferreira Sobrinho, sendo que nesse ato de doação não foi incluída a recorrida, porque o reconhecimento de sua paternidade somente ocorreu em momento posterior à mencionada doação.

A recorrida nasceu em 1972 e teve reconhecida a sua paternidade em 13.12.2005, por meio de decisão judicial (f. 59). Requereu, então, nos autos de inventário que fosse trazido à colação o imóvel doado pelo *de cuius* ao recorrente e seus irmãos, uma vez que ele não havia constado das primeiras declarações. O juízo do inventário determinou que o bem em discussão fosse trazido à colação, mormente porque houve acordo homologado, para partilha amigável nos autos de inventário, onde foi incluído o imóvel em debate.

O recorrente pediu a declaração de nulidade da referida partilha, o que foi afastado pelo juízo de primeiro grau, decisão que não foi combatida oportunamente pelo recorrente.

Ajuizou, então, a presente ação declaratória, para o fim de discutir temas relativos à impossibilidade de colação do imóvel mencionado alhures, aduzindo as razões já relatadas.

Considerado tal, entendo que as questões de direito relacionadas com o inventário serão resolvidas no próprio juízo do inventário e não por vias ordinárias, mormente porque no caso não se trata de questão de alta indagação.

O Superior Tribunal de Justiça, em situação análoga a dos autos, assim se posicionou:

*“DIREITO CIVIL. INVENTÁRIO. DOAÇÃO EM VIDA. ART. 1.776, CC/1916. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO DA LEGÍTIMA. ARGÜIÇÃO POR UM DOS HERDEIROS. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO NA SEDE DO INVENTÁRIO. RECURSO DESACOLHIDO.*

*I - Na linha da doutrina e da jurisprudência desta Corte, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário e não na via ordinária.*

*II - Eventual prejuízo da legítima em face de doação feita pelo pai aos filhos, ainda em vida (art. 1.776, CC/1916), sem haver fatos a provar, prescinde dos “meios ordinários”, podendo ser discutido no próprio inventário.” (REsp 114524 / Sálvio).*

É o que ocorre na espécie, o que se observa é que a recorrida, herdeira do *de cuius*, não foi contemplada na doação feita em vida por ele aos demais herdeiros, sendo que, como salientou o magistrado de primeiro grau, trata-se de bem de considerável valor, que inclusive supera o daqueles que compõem o patrimônio restante, o que implica em adiantamento da legítima.

Como bem observou o julgador monocrático, a doação objeto do pleito declaratório foi realizada ainda sob a égide do Código Civil de 1916 que, a respeito do tema tratado dispunha com muita clareza em seu art. 1.171 que a doação de pais aos filhos importa em adiantamento de legítima.

Assim, havendo doação de pais a filhos que viola a legítima de filhos nascidos antes (não reconhecidos) ou depois daquele ato, a questão deverá ser solucionada por meio do instituto da colação, por meio do qual se dá a restituição ao monte das liberalidades recebidas pelos donatários, assegurando-se a igualdade dos quinhões hereditários no momento da partilha, que somente se dará no momento da abertura da sucessão.

No caso, há ainda uma questão importante a ser considerada que é o fato do reconhecimento de paternidade posterior da recorrida, que só ocorreu em 2005. Além disso não há necessidade do ajuizamento da ação de nulidade da doação, porque a questão se resolve pelo instituto da colação, como ocorreu na espécie.

A propósito, tem se posicionado a jurisprudência pátria:

*“EMENTA: DOAÇÃO FEITO POR GENITOR EM FAVOR DE FILHOS - ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA - NULIDADE DO ATO - IMPOSSIBILIDADE - QUESTÃO QUE SE RESOLVE ATRAVÉS DA COLAÇÃO - DOAÇÃO INOFICIOSA - DESCABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO”* (Apelação Cível 1.0183.04.076654-9/001, Rel. Des.(a) Vieira de Brito, 8ª Câmara Cível, julgamento em 14/06/2012, publicação da sumula em 26/06/2012).

*“DIREITO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA. DISCUSSÃO SOBRE EXCESSO. JUÍZO DO INVENTÁRIO. COLAÇÃO. HONORÁRIOS.”* Não é passível de anulação a doação de bem para alguns filhos com exclusão de outros, havidos fora do casamento, não exigindo o CC, para tanto, a anuência dos demais filhos, como ocorre na compra e venda, de modo que incoorre qualquer simulação”. *“A Lei Civil Brasileira dispõe que os bens doados ficam sujeitos a colação, a qual tem por finalidade apurar eqüitativamente os quinhões hereditários, inexistindo dessa forma, prejuízo para os filhos excluídos”. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados levando-se em conta o grau de zelo profissional, o local da prestação do serviço, bem como a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço prestado”* (Apelação Cível 1.0009.06.007768-3/001, Rel. Des. (a) José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 30/09/2009, publicação da sumula em 13/10/2009).

*“AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - DOAÇÃO DE ASCENDENTE A DESCENDENTE - NULIDADE - IMPOSSIBILIDADE.*

*A doação de ascendente a descendente não necessita da concordância de todos os filhos, ao que se acresce a circunstância de que, por ocasião, do inventário, os donatários estão obrigados a levar a colação o imóvel doado, não havendo, assim, necessidade de nulificar o ato jurídico”* (Apelação Cível 2.0000.00.405834-4/000, Rel. Des. (a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgamento em 17/12/2003, publicação da sumula em 07/02/2004).

No mesmo sentido:

*“Recurso especial. Sucessões. Inventário. Partilha em vida. Negócio formal. Doação. Adiantamento de legítima. Dever de colação. Irrelevância da condição dos herdeiros. Dispensa. Expressa manifestação do doador.*

*Todo ato de liberalidade, inclusive doação, feito a descendente e/ou herdeiro necessário nada mais é que adiantamento de legítima, impondo, portanto, o dever de trazer à colação, sendo irrelevante a condição dos demais herdeiros: se supervenientes ao ato de liberalidade, se irmãos germanos ou unilaterais. É necessária a expressa aceitação de todos os herdeiros e a consideração de quinhão de herdeira necessária, de modo que a inexistência da formalidade que o negócio jurídico exige não o caracteriza como partilha em vida. - A dispensa do dever de colação só se opera por expressa e formal manifestação do doador, determinando que a doação ou ato de liberalidade recaia sobre a parcela disponível de seu patrimônio. Recurso especial não conhecido” (REsp 730.483/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 287).*

Remarco, todas as questões suscitadas pelo recorrente não importam em alta indagação ou necessitam de uma instrução mais intrincada, pois há previsão legal expressa, determinando a colação de bens doados em vida, para não prejudicar a legítima dos herdeiros que não foram beneficiados pelo ato de liberalidade do *de cuius*.

Por outro lado, tendo o julgador singular considerado que no caso não há necessidade de novas provas, sendo suficientes as constantes no processo de inventário, além do fato de que as questões abordadas na presente ação já foram objeto de decisão no juízo do inventário, não há que prevalecer a pretensão do recorrente de rediscutir questões já decididas e sobre as quais não se insurgiu no momento oportuno.

Assim considerou o magistrado de primeiro grau:

*“No entanto, a extinção da presente ação encontra justificativa para além dos fundamentos acima descritos.*

*É que, a matéria relacionada a colação dos bens doados pelo autor da herança (pai do requerente e da requerida) já fora objeto de decisão nos autos da ação de inventário respectiva, 0550050-24.1995.8.12.0006, que tramita por esta mesma Vara e Juízo, em decisão proferida no dia 12/03/2008 (fls. 309/311 daqueles), cujo trecho que aqui nos importa assim foi escrito:*

*‘(...) Por outro lado, parece mesmo que deve ser chamado à colação os bens doados em vida pelo autor da herança à quatro dos cinco herdeiros, deixando de fora Liene.*

*É que, resta evidente, sendo prescindível qualquer exame pericial, que o valor do bem doado aos quatro herdeiros, se comparado com a totalidade dos bens à inventariar, extrapola o que o doador poderia dispor no momento da liberalidade.*

*Salvo vontade expressa do doador, toda doação feita em vida pelo autor da herança a um ou mais de seus filhos presume-se como um adiantamento de herança. Tal doação se computará dentro da legítima desse herdeiro, compensando-se com os demais herdeiros do mesmo grau. Assim, a doação de bens aos herdeiros constitui um adiantamento da legítima, devendo integrar a relação de bens a serem partilhados.*

*Destarte, não há dúvidas. A partilha deverá prever a participação de cada herdeiro em 1/5 dos bens deixados pelo falecido. Inclusive aqueles doados em vida.*

*Ante o exposto, nomeio nova inventariante a herdeira Liene Osório da Conceição, em substituição a Felinto Ferreira da Cunha. Determino que a nova inventariante, no cumprimento de suas atribuições, providencie o recolhimento do ITCMD, a juntada aos autos da negativa fiscal Federal e a apresentação de plano de partilha contendo a participação de cada herdeiro em 1/5 dos bens deixados pelo falecido, inclusive sobre aqueles doados em vida pelo de cujus. Tudo no prazo de trinta dias.*

*Lavre-se o termo respectivo.*

*Intimem-se'.*

*Vale frisar que até o momento daquela decisão, o ora autor figurava como inventariante, tendo sido removido do encargo por ocasião do mesmo decisum.*

*Com efeito, verifica-se que o aqui demandante fora devidamente intimado acerca daquela decisão (fls. 312/313 autos do inventário), sendo que deixou de apresentar qualquer reação tempestiva na ocasião.*

*Nem se ventile qualquer alegação de nulidade daquela decisão em face da incapacidade do requerente, posto que sua interdição, com nomeação de Curador Especial, ocorreu posteriormente àquele ato decisório. Vide fls. 350/352 do inventário.*

*Portanto, entendo ser incabível a rediscussão da matéria, posto que já veiculada judicialmente, com pronunciamento desfavorável ao requerente, sob pena de afronta à segurança jurídica e à garantia constitucional da coisa julgada.*

*Outrossim, a matéria pode ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme disposto no § 3º do art. 267 do CPC.”*

Desse modo, concluo que a pretensão do recorrente deve sim ser discutida no juízo do inventário, porque não demanda alta indagação, nem depende de outras provas, além daquelas já produzidas naqueles autos (art. 984, CPC).

Por todas essas considerações, com o parecer, nego provimento ao recurso.

## **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. Marco André Nogueira Hanson

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 e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

\*\*\*

**5ª Câmara Cível****Remessa necessária nº 0040331-94.2012.8.12.0001 - Campo Grande****Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ADESÃO OBRIGATÓRIA E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA FUNDO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – SERVIMED – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES STF – INCONSTITUCIONALIDADE JÁ DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES SODALÍCIO – DESNECESSÁRIO NOVO PRONUNCIAMENTO – SUSPENSÃO – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

Este Tribunal de Justiça já sedimentou entendimento no sentido de que não é possível ao Município compelir os servidores a se associarem a entidade de direito privado, declarando inconstitucional o artigo 4º da Lei Municipal n. 4.430/06 de Campo Grande, que trata de seguros privados de assistência à saúde, devendo ser tal adesão facultativa e não obrigatória.

**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, 9 de agosto de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Cuida-se de reexame necessário da decisão singular proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande que, nos autos do mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Daniely Moraes Souza contra ato praticado pelo Diretor Presidente do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande, concedeu a segurança pleiteada para determinar inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei Municipal n. 4.430/06, no que se refere à obrigatoriedade da contribuição para o custeio da SERVIMED e concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de descontar na folha de pagamento da impetrante, a contribuição em favor da SERVIMED. Impetrado isento do pagamento das custas processuais e não pagará honorários por força das Súmulas n.s 512 do STF e 105 do STJ.

Não houve recurso voluntário.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça nas fls. 157/161, pelo conhecimento e não provimento do reexame.

**VOTO**

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Vieram os autos para reexame necessário da decisão de 1º grau que concedeu a segurança pleiteada por Daniely Morais Souza, para determinar que o Diretor Presidente do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande se abstenha de descontar da folha de pagamento da impetrante a contribuição em favor da SERVIMED.

Após analisar o feito, tenho que a decisão de 1º grau não merece reformas, explico:

Este Tribunal de Justiça, em casos semelhantes, já firmou entendimento no sentido de que não é possível ao Município compelir os servidores a se associarem a uma entidade de direito privado, orientada pela Lei Municipal n. 4.430/06, que trata de seguros privados de assistência à saúde, devendo ser tal adesão facultativa e não obrigatória, confira:

*EMENTA: “REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – SUSPENSÃO DO DESCONTO COMPULSÓRIO DE PLANO DE SAÚDE MUNICIPAL – PRECEDENTES DO STF – COM O PARECER DA PGJ – RECURSO OBRIGATÓRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. Este Tribunal de Justiça, em casos análogos, já firmou entendimento no sentido de que não é possível ao Município compelir os servidores a se associarem a entidade de direito privado, orientada pela Lei Municipal n. 4.430/06, que trata de seguros privados de assistência à saúde, devendo ser tal adesão facultativa e não obrigatória.”* (TJMS, Remessa Necessária nº 0832967–33.2015.8.12.0001, Quinta Câmara Cível, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Julgado em: 28/06/2016). (destaquei).

*EMENTA: “REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA, C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ADESÃO OBRIGATÓRIA E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA FUNDO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – SERVIMED – IMPOSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE JÁ DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – DESNECESSÁRIO NOVO PRONUNCIAMENTO – CRITÉRIOS PARA ATUALIZAÇÃO DA CONDENAÇÃO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – MANTIDOS – ISENÇÃO DE CUSTAS DEVIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. 1. Reputa-se ilegal a criação de dupla contribuição, com a mesma finalidade, destinada ao custeio do plano de saúde dos servidores municipais, visto que caracteriza a bitributação, vedada pelo artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, além de violar o princípio da livre associação. 2. Considerando que o Órgão Especial deste Sodalício, em sede de juízo de retratação e em conformidade com o RE 573.540/MG já considerou inconstitucional a contribuição compulsória de servidor ao plano de saúde, desnecessário novo pronunciamento. 3. Denota-se que o juízo singular determinou a atualização em consonância com o determinado pelo Supremo Tribunal Federal, exceto com relação a aplicação de juros após 25/03/2015, pois constou da sentença o percentual de 6% ao ano (0,5% ao mês) e não 1% ao mês, como determinou o STF. Entretanto, não houve recurso da parte autora, motivo pelo qual mantenho a sentença nesse capítulo sob pena de reformatio in pejus. 4. Verba honorária fixada adequadamente. Isenção de custas devida.”* (TJMS, Remessa Necessária nº 0811823–71.2013.8.12.0001, 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data do Julgamento: Data do julgamento: 28/06/2016). (destaquei).

É de observar também, que o Supremo Tribunal Federal entende que não há óbice constitucional ao oferecimento de serviços de saúde aos servidores, desde que a adesão e a contribuição não sejam obrigatórias, tendo em vista que os Municípios, a teor do artigo 149, § 1º, da Constituição Federal, só possuem

competência para a instituição de contribuição voltada ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores, carecendo dessa competência para criação de contribuição ou qualquer outra espécie destinada ao custeio de saúde, tendo em caso análogo, considerado inconstitucional a contribuição compulsória de servidor público a plano de saúde:

*EMENTA: “CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACEÚTICA– ART– 85 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS– NATUREZA TRIBUTÁRIA– COMPULSORIEDADE– DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS– ROL TAXATIVO– INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO– INCONSTITUCIONALIDADE– RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - **É nítida a natureza tributária da contribuição** instituída pelo art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, **haja vista a compulsoriedade de sua cobrança.** II - O art. 149, caput, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, **aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.** III - A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. IV - **Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores.** A expressão “regime previdenciário” não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos.” (RE 573540, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 14/04/2010). (destaquei).*

Com efeito, a finalidade da cobrança do tributo instituído pela Lei nº 4.430/06, é a geração de recursos para o custeio da seguridade social dos servidores públicos do Município de Campo Grande/MS, atingindo direitos relativos à saúde, à assistência social e à previdência, de acordo com o preceito estatuído no artigo 194, *caput*, da Constituição Federal.

Segundo também previsão do art. 195, I e II, e seu parágrafo 4º, da Constituição Federal, a seguridade social é financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e também das contribuições sociais dos trabalhadores, de modo que se configura inconstitucional a instituição do Fundo de Previdência Social a ela desvinculado.

Ademais, o plano de assistência à saúde dos servidores do município de Campo Grande possui a contribuição descontada simultânea e obrigatoriamente no salário dos servidores, o que configura a bitributação, vedada pelo inciso I do art. 154 da CF.

Não nego que a Constituição Federal permite que o Estado institua contribuição para cobrar de seus servidores o custeio da previdência e da assistência social, na qual se acha compreendido o serviço de saúde (art. 201, I, Constituição Federal), o que impede a instituição de outra contribuição com a mesma finalidade.

Inobstante, a instituição dessa contribuição para custeio de plano de saúde fere o preceito constitucional acerca da liberdade de associação, prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XX.

Diante disto, não vislumbro a possibilidade do Município de Campo Grande compelir os servidores a se associarem a uma entidade de seguro privado de assistência à saúde.

Observo ainda que, nos termos da disposição contida no parágrafo único do art. 949 NCPC, deixo de suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade relativo ao artigo 4º da Lei nº 4.430/06 do Município de Campo Grande, visto que tal questão já foi submetida e apreciada pelo Órgão Especial deste Sodalício:

*EMENTA: “ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – ART. 4º DA LEI N. 4.430/06 DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – COMPULSORIEDADE DA ASSOCIAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL AO SERVIMED (IMPCG) – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – O art. 4º da Lei n. 4.430/2006, do Município de Campo Grande, que torna a associação e contribuição ao SERVIMED - FUNSERV compulsória é inconstitucional, pois o mesmo ofende, de uma só vez, (i) a garantia constitucional de liberdade de associação (CF. Art. 5º, XII), ao compelir o servidor a se associar a uma entidade de direito privado; (ii) a regra de competência que veda a instituição por município de contribuição ou tributos não previstos na Constituição Federal, porque os municípios somente podem instituir contribuição que tenha como finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores, o que não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos; e (iii) o princípio da livre concorrência (CF. Art. 170, IV), “na medida em que (a criação de plano de saúde de adesão e contribuição compulsória) atribui à autarquia previdenciária vantagem concorrencial indevida, em setor econômico aberto ao jogo do livre mercado” (STF, RE 573540, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 14.4.2010).” (TJMS, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade/Controle de Constitucionalidade nº 0809748-59.2013.8.12.0001, Órgão Especial, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, Data do julgamento: 27/01/2016). (destaquei).*

Neste mesmo sentido foi o parecer da PGJ:

*“Importante acrescentar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não há óbice constitucional ao oferecimento de serviços de saúde aos servidores, desde que a adesão e a contribuição não sejam obrigatórias, tendo em vista que os Municípios, a teor do artigo 149, § 1º, da Constituição Federal, só possuem competência para a instituição de contribuição voltada ao custeio ao regime próprio de previdência de seus servidores, carecendo dessa competência para criação de contribuição ou qualquer outra espécie destinada ao custeio de saúde.”*

Conclusão

Assim, pelo exposto, sem mais delongas, com o parecer da PGJ, conheço do reexame necessário, contudo, nego-lhe provimento, mantendo na íntegra a decisão de primeiro grau.

## 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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 09 de agosto de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Procedimento comum nº 1404453-87.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça**  
**Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

EMENTA – PROCEDIMENTO COMUM – GREVE DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS – ARTIGO 37, INCISO VII, DA CF – AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA – APLICABILIDADE DA LEI N.º 7.783/1989 COM RESTRIÇÕES – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS OU ATIVIDADES ESSENCIAIS – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO – ATIVIDADE INERENTE À SEGURANÇA PÚBLICA E DE CARÁTER MANIFESTAMENTE ESSENCIAL – ILEGALIDADE DO MOVIMENTO PAREDISTA – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEI GERAL DE GREVE (LEI N.º 7.783/1989) – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

Nos mais recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a possibilidade de aplicação da Lei geral de greve (Lei n.º 7.783/1989) no âmbito da administração pública, contudo, de maneira limitada, mormente considerando as peculiaridades que permeiam o serviço público e a necessidade de resguardar a continuidade dos serviços essenciais.

Deve ser reconhecida a ilegalidade da greve deflagrada por agentes penitenciários à véspera da comemoração do dia das mães, por desempenharem atividades inerentes à segurança pública e de caráter manifestamente essencial.

O exercício regular do direito de greve depende do preenchimento dos requisitos previstos na Lei n.º 7.783/1989, não estando demonstrados no caso em análise, mormente porque muitas das propostas apresentadas pelo Estado ainda estão em discussão, não havendo a total frustração da negociação entre as partes.

## 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, julgar procedente a ação, declarando a ilegalidade da greve, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de agosto de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Estado de Mato Grosso do Sul e Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen/MS ajuizaram a presente ação declaratória de ilegalidade de greve cumulada com obrigação de não fazer com pedido de tutela de urgência em face de Sinsap – Sindicato dos Servidores da Administração Penitenciária do Estado de Mato Grosso do Sul.

Os requerentes alegaram, resumidamente, que, por meio do Ofício n.º 036/2016, de 27.04.2016, foram informados de que os agentes penitenciários realizariam a paralisação das atividades a partir do dia 02.05.2016, mas que tal movimento paredista é ilegal, mormente porque programado para a véspera do dia das mães, quando há intensa atividade de visitação dentro dos presídios.

Diante desses fatos, pediram a concessão de tutela de urgência para que seja declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade do movimento grevista promovido pelo SINSAP/MS, determinando o imediato retorno dos agentes penitenciários do Estado de Mato Grosso do Sul às atividades, sob pena de multa diária mínima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Quanto ao mérito, pleitearam o julgamento procedente do pedido, confirmando a tutela provisória.

A tutela de urgência requerida foi concedida (f. 88-92), determinando o imediato retorno dos agentes penitenciários do Estado de Mato Grosso do Sul às atividades normais.

Em contestação (f. 97-110), o requerido alegou que os agentes penitenciários vivenciam uma situação caótica e que foram inúmeras as tentativas de diálogo com o Poder Público estadual e com o Ministério Público na busca de condições humanas de trabalho.

Relatou que há um déficit de 9.858 agentes penitenciários, o que prejudica o exercício escorreito da função, não sendo possível barrar a entrada de drogas, celulares e afins nos presídios.

Defendeu a constitucionalidade do movimento grevista, mormente porque os agentes penitenciários não podem ser equiparados aos Policiais Militares.

Ao final, pediu o julgamento improcedente do pleito inicial.

Em parecer, a PGJ opinou pela procedência do pedido, “*considerando ausentes os requisitos de legalidade do movimento paredista, previstos da Lei n. 7.783/89, bem como por se tratar de atividade voltada a garantir a ordem pública, manifesta-se pela declaração da ilegalidade da greve deflagrada*” (f. 246-252).

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Consoante relatado, o Estado de Mato Grosso do Sul e a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen/MS ajuizaram ação declaratória de ilegalidade de greve c/c obrigação de não fazer com pedido de tutela de urgência em desfavor de Sinsap – Sindicato dos Servidores da Administração Penitenciária do Estado de Mato Grosso do Sul.

A questão debatida nos autos está relacionada à legalidade do movimento paredista que seria deflagrado pelos agentes penitenciários do Estado de Mato Grosso do Sul, à véspera da comemoração do dia das mães.

O direito de greve está previsto na Constituição Federal que estabelece que:

**“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:**

(...)

**VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (...)** – destacado.

Contudo, diante da omissão legislativa na edição de norma regulamentadora do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, foram impetrados diversos mandados de injunção perante o Supremo Tribunal Federal tendo por objeto o citado dispositivo constitucional.

E nos mais recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a possibilidade de aplicação da Lei geral de greve (Lei n.º 7.783/1989) no âmbito da administração pública, contudo, de maneira limitada, mormente considerando as peculiaridades que permeiam o serviço público e a necessidade de resguardar a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Nesse sentido, transcreve-se julgado:

*“EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta*

*entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil” (STF; MI n.º 712, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 Divulg 30-10-2008 Public 31-10-2008 Ement Vol-02339-03 PP-00384).*

Desse entendimento, não destoa o ensinamento trazido por José dos Santos Carvalho Filho:

*“O direito de greve constitui, por sua natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada” (Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 717).*

Nunca é demais ressaltar que a continuidade dos serviços públicos “guarda estreita pertinência com o princípio da supremacia do interesse público. Em ambos se pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventual realce a interesses particulares” (Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 33).

Nesse contexto, devem ser impostas restrições ao exercício do direito de greve por policiais civis e militares, justamente em razão de exercerem atividades de manutenção da ordem pública.

Em relação aos Agentes Penitenciários, por desempenharem atividades inerentes à segurança pública e de caráter manifestamente essencial, é que deve ser reconhecida a ilegalidade do movimento paredista.

Como foi destacado no parecer ministerial “as atribuições do cargo são correlatas ao policiamento ostensivo desempenhado por policiais militares para manutenção da ordem pública, por meio da prevenção delitiva, uma vez que visa à disciplina interna da comunidade carcerária, que, como dito, reflete na ordem pública da coletividade” (f. 248).

E é nesse mesmo sentido que vêm se posicionamento os diversos tribunais pátrios:

**“AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE GREVE. SERVIDORES PÚBLICOS. AGENTES PENITENCIÁRIOS. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE AGIR. INOCORRÊNCIA. ESSENCIALIDADE DE CERTAS ATIVIDADES PÚBLICAS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. ATIVIDADE IMPRESCINDÍVEL PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM E SEGURANÇA PÚBLICA. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE. SEGURANÇA DA POPULAÇÃO. INVIABILIDADE DE PARALISAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS MESMO QUE PARCIAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. ATIVIDADES ANÁLOGAS ÀS DOS POLICIAIS MILITARES DESEMPENHADAS POR GRUPOS ARMADOS. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. AUSÊNCIA DA CONTRAPARTIDA AOS SALÁRIOS PAGOS. CORRESPONDÊNCIA À SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ASTREINTES. PRECLUSÃO DA DECISÃO QUE A TORNOU INEFICAZ. PEDIDOS PARCIALMENTE PROVIDOS.**

1. Na espécie, considerando-se a busca não só da regularização dos serviços essenciais à coletividade com o retorno dos agentes penitenciários ao trabalho, mas, também, a declaração de ilegalidade da greve, com o desconto dos dias não trabalhados e ainda a execução de astreintes fixadas em razão do descumprimento de determinação judicial, não há como amparar a simples alegação de perda do objeto.

2. A Suprema Corte, revisando o posicionamento anterior ao se debruçar sobre os Mandados de Injunção tombados sob os n.ºs 670, 689, 708 e 712, não apenas censurou o legislador ordinário pelo menoscabo em relação à conformação do citado inciso VII do art. 37, como, também, determinou que, enquanto não sanada a deficiência legislativa, dever-se-ia aplicar aos servidores públicos a disciplina contida Lei Geral de Greve (Lei n.º 7.783/89), que regula o direito de greve dos empregados em geral na hipótese dos denominados ‘serviços essenciais’. Contudo, as atividades desenvolvidas pelos agentes penitenciários e pelos policiais civis se equiparam às desenvolvidas pelos policiais militares, para os quais a Constituição Federal veda expressamente o exercício do direito de greve, pois a segurança pública é direito elementar dos cidadãos, cuja proteção exige a continuidade de seus serviços para a manutenção e garantia da ordem pública. A essencialidade de tais serviços é que justifica a restrição ao exercício de tão nobre direito. 2.1 já decidiu o STF que ‘Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça - aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária - e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil’.

3. Vinga na jurisprudência o posicionamento de que a greve acarreta a suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei 7.783/89), de sorte que a administração está desobrigada ao pagamento da remuneração e, por consequência, a falta não pode ser havida como justificada. Aliás, diante da falta, compete ao servidor justificá-la ao superior hierárquico, imediatamente, sob pena de ser considerada injustificada, conforme está disciplinado no regramento do funcionalismo.

4. O reconhecimento da ilegalidade do movimento grevista, na hipótese, tem por consequência o desconto dos dias parados, o que deverá ser executado pela administração, em observância às normas e princípios de Direito Administrativo, não sendo razoável admitir que qualquer servidor público receba por uma atividade que, efetivamente, não realizou, incorrendo em evidente enriquecimento sem causa.

5. *É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o ato da Administração que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento paretista, diante da suspensão do contrato de trabalho, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados.*

6. *Estando preclusa a decisão que tornou ineficaz as astreintes, torna-se inviável a cobrança dos valores enquanto vigorou o decisum. Processo de competência originária de uma das Câmaras Cíveis do TJDF. Pedidos julgados parcialmente procedentes para declarar a ilegalidade da greve e determinar que seja promovido o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento paretista, diante da suspensão do contrato de trabalho, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados” (TJDF; Pet. 20140020316094; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Alfeu Machado; julgado em 06.07.2015) – destacado.*

**“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA - PENALIDADE DE SUSPENSÃO - GREVE DE AGENTES PENITENCIÁRIOS - INCONSTITUCIONALIDADE - ENTENDIMENTO DO STF - REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - APLICAÇÃO DA PENALIDADE E PERDA DA REMUNERAÇÃO EM RAZÃO DA NÃO-PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGITIMIDADE - CONDUTA ANTIJURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NÃO OCORRÊNCIA - PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL - NÃO CONFIGURAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA -RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. *A reparação civil fundada na responsabilidade extracontratual tem como requisitos essenciais a verificação de uma conduta antijurídica, dolosa ou culposa; a existência de um dano, de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não-patrimonial; e o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro.*

2. *Ação de indenização ajuizada por Agente de Segurança Penitenciário em face do Estado de Minas Gerais, objetivando reparação pelos danos morais e materiais supostamente sofridos em decorrência da penalidade de suspensão que lhe foi aplicada, com consequente perda da remuneração correspondente ao período de afastamento, pelo fato de ter participado de movimento grevista.*

3. *Segundo entendimento uniformizado pelo Supremo Tribunal Federal, o direito de greve do servidor público não é absoluto, comportando exceções de acordo com as atividades por ele desenvolvidas. Consolidou-se, assim, o posicionamento de que o exercício de greve por servidores ocupantes de cargos que exerçam funções atinentes à segurança pública revela-se contrário à Constituição Federal.*

4. *Legitimidade do reconhecimento administrativo de ilegalidade do exercício de greve pelo autor, ocupante do cargo de Agente de Segurança Penitenciário.*

5. *Comprovada a infração disciplinar, e restando evidenciada a regularidade do procedimento de apuração, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, não se evidencia a ilegalidade do processo administrativo disciplinar e, por consequência, da sanção questionada.*

6. *Em se tratando de aplicação da penalidade de suspensão, ocorrida após trâmite regular de processo administrativo disciplinar, legítima a perda da remuneração pelo servidor durante o período em que perdurou o afastamento.*

**7. Inexistência do dever de indenizar, pela Administração.**

8. *Recurso não provido*” (TJMG; Apelação Cível n.º 1.0024.13.218950-7/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, julgamento em 11/06/2015, publicação da súmula em 22/06/2015) – destacado.

A propósito, a necessidade de assegurar a continuidade dos serviços essenciais está prevista na própria Lei n.º 7.783/1989 (Lei Geral de Greve):

***“Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.***

***Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população***” – destacado.

Ora, não resta qualquer dúvida de que a paralisação dos agentes penitenciários, na véspera da comemoração do dia das mães colocaria a segurança da população em grave e iminente perigo.

Não bastassem esses argumentos, não é demais ressaltar que para o regular exercício do direito de greve previsto na Lei n.º 7.783/1989 é necessária a comprovação: (i) da frustração da negociação ou da impossibilidade de recursos via arbitral; (ii) da notificação da paralisação com antecedência mínima; (iii) da realização de assembleia geral com regular convocação e quorum para definição das reivindicações da categoria; (iv) deliberação sobre a deflagração do movimento grevista; (v) da manutenção dos serviços essenciais.

Entretanto, a documentação encartada aos autos, notadamente aquela anexada à contestação (f. 111-237), evidencia que nem todas as negociações entre o Sindicato e o Governo do Estado foram a termo.

Aliás, o Estado de Mato Grosso do Sul forneceu informações sobre o atendimento das propostas de ampliação e validade do concurso de cargo de corregedor privativo da carreira, ampliação de hora-extra, formação de comissão para desenvolver processos de promoção, processo de licitação para aquisição de aparato de segurança. Também houve o início de discussões para revisão salarial, função gratificada e criação de um Grupo de Intervenção Rápida (f. 167-168).

Infere-se, ainda, que tanto a proposta de consolidação e reformulação da Lei n.º 4.490/2014 (que dispõe sobre a reorganização da carreira Segurança Penitenciária etc.), movimentação na carreira, reorganização da tabela salarial e melhorias no sistema penitenciário não foram acatadas pelos Agentes Penitenciários (f. 111-116).

Também há informação de que o Governo disponibilizou-se a melhorar a infraestrutura de apoio, a realizar a contratação de pessoal por meio de concurso público, reestruturar a carreira e a promoção funcional dos paredistas, conforme solicitação da categoria etc, mas na Assembleia Geral realizada em 07.04.2016, a proposta foi rejeitada (f. 118-122), oportunidade na qual foi apresentada nova sugestão para escalonamento salarial da categoria e a paralisação dos serviços.

O que se vê é que o Estado de Mato Grosso do Sul vem realizando diversas tentativas de solucionar os problemas que acometem a carreira dos Agentes Penitenciários e o próprio sistema Penitenciário como um todo, sendo que muitas das propostas ainda são objeto de negociação entre as partes, não restando satisfeito o requisito previsto no artigo 3º, da Lei n.º 7.793/1989: *“art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”*.

Inclusive, restou bem destacado pelo ilustre procurador subscritor do parecer, o fato de que (f. 251):

*“Vê-se, dos documentos juntados aos autos, o andamento de negociações travadas entre o Sindicato dos Servidores da Administração Penitenciária e o Estado de Mato Grosso do Sul, bem como a apresentação de proposta ao Governo, formulada pela categoria paredista, submetida à votação da assembleia geral.*

*Vislumbra-se, inicialmente, descontentamento da categoria quanto ao rumo tomado nas tratativas o que, inclusive, ensejou a rejeição das propostas apresentadas pelo Estado, por não serem consideradas adequadas pelos agentes penitenciários não se podendo confirmar ausência de negociações ou sua total frustração, restando prejudicados os requisitos de legalidade para deflagração da greve.”*

Logo, estando evidenciada a ilegalidade do movimento paredista que seria deflagrado pelos agentes penitenciários à véspera do dia das mães, é o caso de julgamento procedente do pleito inaugural.

#### Honorários de sucumbência

Diante da procedência da pretensão inicial, deverá o autor arcar com o pagamento dos honorários de sucumbência. Consoante dispõe o CPC/2015:

*“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:*

*(..)*

*§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*

*I - o grau de zelo do profissional;*

*II - o lugar de prestação do serviço;*

*III - a natureza e a importância da causa;*

*IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

*§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:*

*I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;*

*II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;*

*III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;*

*IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;*

*V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.*

*§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:*

*I – os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;*

*II – não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;*

*III – não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;*

Na hipótese dos autos, além dos critérios descritos nos incisos I a IV do § 2º do artigo 85, nas causas em que a Fazenda Pública é parte, a fixação é feita de forma progressiva, nos moldes dos incisos do § 3º do artigo 85.

Ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, cuja tramitação sequer alcançou 01 (um) ano, mostra-se justa a fixação dos honorários no percentual mínimo previsto em cada faixa de valor descrita no texto legal.

Considerando que os autores atribuíram à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), presume-se ser este o proveito econômico obtido pelos requerentes diante da procedência do pedido.

Ademais, levando em conta que o salário mínimo atual é de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), infere-se que o proveito econômico alcançou 11,36 salários mínimos (R\$ 10.000,00 / R\$ 880,00 = 11,36 salários mínimos). E o inciso I do § 3º do artigo 85 do CPC/2015 determina a incidência do percentual mínimo de 10% para as causas de até 200 (duzentos) salário mínimos (ou seja, até R\$ 176.000,00).

#### Conclusão

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão inaugural, declarando a ilegalidade da greve que seria deflagrada pelo Sindicato dos Servidores da Administração Penitenciária do Estado de Mato Grosso do Sul, confirmando a tutela provisória concedida à f. 88-92.

Diante do desiderato alcançado, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, os quais arbitro em 10% sobre o valor atribuído à causa, com fulcro no artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do CPC/2015.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação, declarando a ilegalidade da greve, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 31 de agosto de 2016.

\*\*\*

**5ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1404927-58.2016.8.12.0000 - Bela Vista**  
**Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO COM REDEFINIÇÃO DE MARGEM CONSIGNÁVEL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 300, NCPC/2015 – PRETENSÃO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS RELATIVOS A EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO A 30% DO RENDIMENTO LÍQUIDO – DESCABIMENTO – MILITAR – APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA – PARÂMETRO ADMISSÍVEL DE ATÉ 70% DA REMUNERAÇÃO BRUTA – INTELIGÊNCIA DO ART. 14, *CAPUT* E § 3º, DA MP 2.215-10/011 – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE AGIRAM, A PRINCÍPIO, COM O DEVIDO ZELO AO CONCEDER O CRÉDITO – ENTENDIMENTO DO STJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Os empréstimos consignados em folha de pagamento de militar pertencente às Forças Armadas devem respeitar o percentual de 70% (setenta por cento) do vencimento bruto, com base na legislação específica aplicável a esta categoria (art. 14, § 3º, da MP 2.215-10/11), não sendo a estes possível invocar o princípio da dignidade da pessoa humana para que a limitação corresponda a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos. Precedentes.

## 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.

Campo Grande, 16 de agosto de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Timoteu Cardozo, interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da 1ª vara da comarca de Bela Vista que, nos autos da ação revisional de contrato com redefinição de margem consignável c/c pedido de tutela antecipada proposta contra BicBanco Banco Indústria e Comércio Ltda S.A e outros interessados, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por entender que não estavam presentes os requisitos necessários à concessão da medida, afirmando que o art. 14, *caput* e o § 3º, da MP n. 2.215-10/01, limita à 70% da remuneração bruta do militar e não à 30%, sendo assim, como os empréstimos adquiridos pelo autor não ultrapassam o permitido, deve ser mantido, por enquanto, os descontos na forma contratada.

Segundo o recorrente, desde 2008, os servidores aposentados e pensionistas contam com previsão legal expressa, limitando os descontos em folha de pagamento, ainda que tenham autorizado o banco a proceder referidos descontos em seu salário/pensão, para pagamento de débitos oriundos de mútuos contraídos. Destaca a Lei Federal n. 10.820/2003, art. 2º, § 2º, inc. I c/c Decreto n. 8.840/2003 e o Decreto n. 6.386/08, que regula o art. 45, da Lei n. 8.112/90, fixando o limite do desconto em 30%.

Assim, pede o recebimento do agravo, com a concessão de liminar para determinar a suspensão dos descontos que excederem a 30% dos rendimentos brutos e, posteriormente, a confirmação da mesma, com o provimento do recurso.

Indeferido o pedido de concessão de liminar às fls. 25-29/TJMS, com recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta do Banco Daycoval S/A às fls. 36-41/TJMS.

Contraminuta do Banco PAN S/A às fls. 53-58/TJMS.

Contraminuta do Banco China Construction Bank Brasil Banco Múltiplo, atual denominação do Banco Industrial e Comercial S/A Bicbanco às fls. 107-111/TJMS.

Contraminuta do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A às fls. 141-150/TJMS.

O Banco CETELEM S/A deixou de apresentar contraminuta, conforme certidão de fls. 175/TJMS.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Timoteu Cardozo, contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista que, nos autos da ação revisional de contrato com redefinição de margem consignável c/c pedido de tutela antecipada proposta contra BicBanco Banco Indústria e Comércio Ltda S.A e outros interessados, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por entender que não estavam presentes os requisitos necessários à concessão da medida, afirmando que o art. 14, caput e o § 3º, da MP n. 2.215-10/01, limita à 70% da remuneração bruta do militar e não à 30%, sendo assim, como os empréstimos adquiridos pelo autor não ultrapassam o permitido, deve ser mantido, por enquanto, os descontos na forma contratada.

Segundo o recorrente, desde 2008, os servidores aposentados e pensionistas contam com previsão legal expressa, limitando os descontos em folha de pagamento, ainda que tenham autorizado o banco a proceder referidos descontos em seu salário/pensão, para pagamento de débitos oriundos de mútuos contraídos.

Destaca a Lei Federal n. 10.820/2003, art. 2º, § 2º, inc. I c/c Decreto n. 8.840/2003 e o Decreto n. 6.386/08, que regula o art. 45, da Lei n. 8.112/90, fixando o limite do desconto em 30%.

Pois bem.

A tutela antecipada em sede de agravo está prevista no inciso I do art. 1.019 do CPC/2015, segundo o qual o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”.

Sobre o tema, são os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>1</sup>:

*“O art. 1019, I, do Novo CPC, seguindo a tradição inaugurada pelo art. 527, III, do CPC/1973, indica exatamente do que se trata: tutela antecipada do agravo, porque, se o agravante pretende obter de forma liminar o que lhe foi negado em primeiro grau de jurisdição, será exatamente esse o objeto do agravo de instrumento (seu pedido de tutela definitiva). Tratando-se de genuína tutela antecipada, caberá ao agravante demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 300 do Novo CPC:*

*(a) a demonstração da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, e*

*(b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (no caso específico do agravo de instrumento o que interessa é a preservação da utilidade do próprio recurso).”*

Nesse sentido, de suma importância lembrar que para o deferimento da medida é indispensável a presença de ambos os requisitos e não de apenas um deles.

Passo à análise dos argumentos trazidos pelo agravante.

Quanto ao tema debatido no presente recurso, esta Quinta Câmara Cível, já firmou posicionamento em consonância com o entendimento do STJ, no sentido de que, tratando-se o autor de militar do Exército Brasileiro aposentado, é aplicável à hipótese em comento a MP 2.215-10/011, mais precisamente o art. 14, *caput* e § 3º, que dispõem que *“descontos são os abatimentos que podem sofrer a remuneração ou os proventos do militar para cumprimento de obrigações assumidas ou impostas em virtude de disposições de lei ou de regulamento.”*

Portanto, da simples leitura da legislação específica ao caso em comento, vê-se que na aplicação dos descontos, o militar não pode receber quantia inferior a 30% (trinta por cento) da sua remuneração ou proventos.

Conclui-se, desta maneira, que a margem consignável atinente aos militares da União e seus pensionistas não se restringe a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos, mas sim a 70% (setenta por cento) de sua remuneração bruta, sendo certo que, na hipótese dos autos, esta margem não foi ultrapassada, conforme noticiado pelo juiz condutor do feito na decisão agravada, juntada às fls. 17-19/TJMS.

Sobre o tema:

*“ADMINISTRATIVO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.2820/2003. INEXISTÊNCIA. MEDIDA PROVISÓRIA 2.215-10/2001. NORMA ESPECÍFICA. LIMITE DE DESCONTO DE 70% DA REMUNERAÇÃO OU PROVENTOS, INCLUÍDOS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS E AUTORIZADOS. AGRAVO IMPROVIDO.” (STJ; AREsp 736.408; Proc. 2015/0158295-2; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJE 07/08/2015).*

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS. LIMITAÇÃO DO PERCENTUAL MÁXIMO DE DESCONTO A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PERCENTUAL MÁXIMO. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 10.820/2003 E DO DECRETO Nº 6.386/2008. INCIDÊNCIA DO ART. 14,*

<sup>1</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 1.573

§ 3º, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.215-10/2001. SÚMULA Nº 83 DO STJ. (...) 2. O STJ possui entendimento de que a margem para empréstimo consignado dos militares das forças armadas é superior àquela prática para os demais servidores e o público em geral, podendo alcançar até mesmo a ordem de 70% dos seus vencimentos mensais, sempre observando que o somatório dos descontos obrigatórios e autorizados não ultrapasse o referido percentual. Precedentes. 3. Recurso Especial não provido.” (STJ; REsp 1.532.001; Proc. 2015/0109712-6; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 05/08/2015).

Desta forma, acompanhando as recentes decisões daquela Corte, bem como deste Sodalício, já tendo participado de julgamentos neste sentido, filio-me ao entendimento de que os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária), no que se refere aos militares da União e seus pensionistas, devem observar o percentual de 70% (setenta por cento) do vencimento bruto, observando que o somatório dos descontos obrigatórios e autorizados não ultrapasse o percentual em questão.

Logo, conclui-se que julgou acertadamente o magistrado *a quo* quando indeferiu a tutela pleiteada para limitar os descontos de empréstimos consignados contraídos pelo autor agravante a 30% (trinta por cento) de sua renda, motivo pelo qual mantenho intacta a decisão.

Assim, conheço do recurso 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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 16 de agosto de 2016.

\*\*\*

**5ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0058420-05.2011.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE APOSENTADORIA – PORTADORA DE ARTRITE REUMATÓIDE – MOLÉSTIA NÃO ENUMERADA NO ROL TAXATIVO DA LEI N. 7.713/88 – VEDADA A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – RECURSO REPETITIVO TEMA 250 – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Na linha de precedentes do STJ, *“revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expreso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN”* (STJ, REsp 1116620/BA), daí porque, inviável conceder-lhe isenção de imposto de renda sobre aposentadoria em razão da doença da qual é acometida não se enquadrar dentre as discriminadas no inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88, com a redação dada pela Lei n. 11.052/04.

## 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.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Gilka Pereira Miranda apela da sentença que julgou improcedente pedido de isenção de imposto de renda sobre proventos em razão de, com o passar do tempo, ter adquirido a enfermidade artrite reumatóide, formulado nos autos da ação declaratória ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega tratar-se de enfermidade complexa e que atinge o sistema imunológico, levando a inflamação das articulações, causando dores crônicas e destruição articulares assemelhada a duas outras das constantes no rol do inc. XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88 e inc. XXXIII do art. 39 do Decreto n. 3.000/99, a esclerose múltipla e espondiloartrose anquilosante, tanto que neste sentido a gravidade está registrado no parecer médico de f. 183/187, sendo desnecessário laudo oficial, conforme precedente do STJ.

Diz que a inclusão de sua doença no rol das isenções legais não viola o art. 111 inc. II do Código Tributário Nacional em razão da equiparação não implicar em interpretação extensiva, mas tão somente em abrangência pela Lei de situações idênticas quanto aos efeitos danoso/gravidade no organismo, para as quais somente foi dada nomenclatura diversa (artrite reumatóide, esclerose múltipla e espondiloartrose anquilosante) (f. 259).

Pede provimento do recurso, conseqüente inversão da sucumbência e honorários, prequestiona os dispositivos legais apontados - inc. XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88 e inc. XXXIII do art. 39 do Decreto n. 3.000/99 e art. 111 inc. II do Código Tributário Nacional.

Contrarrazões às f. 272-278.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

A apelação devolve à apreciação deste colegiado a possibilidade de isentar do imposto de renda a remuneração de aposentadoria da apelante, em razão desta ter adquirido ao longo do tempo a doença artrite reumatóide.

A Lei n. 7.713/88 instituiu no inciso XIV do art. 6º, com redação dada pela de nº 11.052/04, a isenção do imposto de renda nas seguintes condições:

*“Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...)*

*XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma”.*

Dada a isenção prevista na lei, o Decreto n. 3.000/99 a regulamentou, com singela reprodução, a saber:

*“Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...)*

*Proventos de Aposentadoria por Doença Grave*

*XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º);”*

Na ótica da apelante, a artrite reumatóide, devido a gravidade e os efeitos danosos no organismo, deve ser equiparada à esclerose múltipla e espondiloartrose anquilosante, que destas diferem apenas na nomenclatura.

No entanto, a questão não é tão simples como a apelante busca demonstrar, pois se assim fosse certamente estaria ela inserida no rol das doenças que viabilizam aos seus portadores terem seus proventos

de aposentadoria ou reforma isentos de imposto de renda. Sendo assim, não é o caso de equiparar a doença a qual a apelante é portadora com aquelas discriminadas na legislação por equiparação, dada a interpretação literal a qual exige o inciso II do art. 111 do Código Tributário Nacional.

Aliás, neste sentido, o STJ já se manifestou, em recurso repetitiva - Tema 250:

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.*

*1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.*

*2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (numerus clausus), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.*

*3. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006).*

*4. In casu, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88.*

*5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp 1116620 / BA, Relator(a) Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. 09/08/2010).”*

Logo, inviável ampliar, sob qualquer espécie, o rol constante da Lei n. 7.713/88. É ele *numerus clausus*, ou seja, restringe a concessão da isenção fiscal às situações nele enumeradas, não se admite interpretação extensiva, analógica, por equiparação do referido benefício quando a doença, *ictu oculi*, não se enquadra no texto expresso da lei.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

\*\*\*

**5ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0801271-56.2014.8.12.0019 - Ponta Porã**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO OCORRIDA EM VIRTUDE DE MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS JULGADA PROCEDENTE – MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PRETÉRITOS AO JULGAMENTO DA EXONERAÇÃO – LEGALIDADE DA PRISÃO – DANOS MORAIS INDEVIDOS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

É objetiva a responsabilidade civil do Poder Público por ato de seus agentes, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Acaso comprovados a conduta, o dano e o nexo causal entre um e outro, há o dever de reparação dos danos causados.

A procedência da ação de exoneração de alimentos não exime o alimentante do pagamento das parcelas pretéritas dos alimentos anteriormente fixados.

É legal a prisão do alimentante se o mandado foi expedido na execução de alimentos ajuizada antes da procedência da ação de exoneração de alimentos, o que impõe a improcedência da pretensão indenizatória.

## **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.

Campo Grande, 16 de agosto de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Newton Fernandes da Silva interpõe recurso de apelação contra a sentença do juízo da 1ª vara cível da comarca de Dourados que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido contido na inicial, condenando o apelante ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa (art. 85, §§ 2º e 3º do CPC), cujo pagamento ficou sobrestado na forma do art. art. 98, § 3º do CPC.

O apelante, em suas razões (f. 85-90), alega que foi indevida a sua prisão, pois a questão relativa à pensão alimentícia foi resolvida com a procedência do pedido de exoneração de alimentos julgado em 27.03.2008.

Sustenta que mesmo que a execução de alimentos estivesse em andamento, com a exoneração do dever de alimentar, reconhecido na sentença, não poderia existir mandado de prisão em aberto, o que demonstra a ilegalidade prisão e o consequente dever de indenizar do Estado.

Requer o provimento do recurso para julgar procedente o pedido de danos morais formulado na inicial.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 92-100.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de apelação interposta por Newton Fernandes da Silva contra a sentença do juízo da 1ª vara cível da comarca de Dourados que nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido contido na inicial, condenando o apelante ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa (art. 85, §§ 2º e 3º do CPC), cujo pagamento ficou sobrestado na forma do art. art. 98, § 3º do CPC.

Conforme relatado, o apelante alega que foi indevida a sua prisão, pois a questão relativa à pensão alimentícia foi resolvida com a procedência do pedido de exoneração de alimentos julgado em 27.03.2008.

Sustenta que mesmo que a execução de alimentos estivesse em andamento, com a exoneração do dever de alimentar, reconhecido na sentença, não poderia existir mandado de prisão em aberto, o que demonstra a ilegalidade prisão e o consequente dever de indenizar do Estado.

Nos termos do art. 37, § 6º, da CF é objetiva a responsabilidade civil do Poder Público por ato de seus agentes no exercício da função, fundamentada na teoria do risco administrativo. Confira-se:

*“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.”*

Acerca do tema, ensina-nos Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> que:

*“O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.”*

Segundo o administrativista, *“para obter indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante”*<sup>2</sup>.

No caso versando, não houve ilicitude do ato, qual seja, a prisão do alimentante.

Ao julgar a ação de exoneração de alimentos (f. 20-21) ajuizada pelo apelante o juiz concluiu que:

<sup>1</sup> **Direito administrativo brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 743.

<sup>2</sup> Ob. cit., p. 749.

*“Destarte, por restar demonstrado que o réu não mais necessita dos alimentos impõe-se a procedência do pedido. Ante o exposto, julgo procedente o pedido para doravante exonerar o autor de pagar pensão alimentícia ao réu.”*

Percebe-se que a citada sentença exonerou o apelante do pagamento da pensão alimentícia a partir da data da publicação da sentença (27.03.2008), não havendo qualquer referência de exoneração das parcelas vencidas e não pagas antes daquela data.

Vale esclarecer que o mandado de prisão foi expedido em 29.01.2008 nos autos da execução de alimentos n. 0000095-44.2005.8.12.0002 (f. 59), ou seja, antes da sentença que julgou procedente o pedido de exoneração de alimentos.

Na verdade, a execução somente foi extinta após o exequente Newton Fernando Fernandes da Silva declarar não ter mais interesse no recebimento do seu crédito. (f. 45-46).

A declaração do exequente foi protocolada em 31.10.2013 e nesta mesma data o magistrado extinguiu a execução e revogou a ordem de prisão do devedor (f. 49), determinando a sua soltura, que se deu também na mesma data.

Nesta ordem de ideias, conclui-se que não houve qualquer ilicitude praticada pelo apelado a ensejar sua responsabilidade em indenizar o apelante, uma vez que, os policiais, no âmbito de suas atribuições, exerceram regularmente o dever de cumprir as ordens de serviço, dentre as quais se encontram o cumprimento de mandados de prisão em aberto, impondo-se a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização.

Posto isso, conheço do recurso e 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. Vladimir Abreu da 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, 16 de agosto de 2016.

\*\*\*

**5ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0802239-89.2014.8.12.0018 - Paranaíba**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C PEDIDO DE RETRATAÇÃO E DE DANOS MORAIS – AGRAVOS RETIDOS – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – AUTORA SEM FINS LUCRATIVOS E RÉ COM FINS LUCRATIVOS – DEMANDA PROPOSTA COM DESIDERATO DE ANALISAR A ALEGADA ILICITUDE NO PROCEDIMENTO DE PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA PARA AFERIÇÃO DA PREFERÊNCIA DE AUDIÊNCIA DA RÁDIO DE FREQUÊNCIA MODULADA NA CIDADE DE PARANAÍBA E NÃO O PREJUÍZO COM PUBLICIDADE – MATÉRIA AFETA A DANOS MORAIS – INTERESSE DE AGIR LATENTE – AGRAVO RETIDO PARCIALMENTE PROVIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – REQUISIÇÃO DE DOCUMENTO – PROVA A FAVOR DE UMA DAS PARTES – ÔNUS DA PARTE QUE ALEGA – INCISO II DO ART. 333, CPC/1973 – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – AGRAVO RETIDO DESPROVIDO – PRELIMINARES – SENTENÇA PROFERIDA POR MAGISTRADO DIVERSO AO QUE PRESIDIU A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – POSSIBILIDADE – EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC/1973 – TITULAR EM LICENÇA – ATO PRATICADO PELO SUBSTITUTO LEGAL – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – PESQUISA TRADICIONAL ELABORADA PELA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL ATRAVÉS DE QUESTIONÁRIOS DISTRIBUÍDOS NO MEIO EMPRESARIAL POR SEGMENTO – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A FALSIDADE DA INFORMAÇÃO E METODOLOGIA EMPREGADA PARA APURAÇÃO DO RESULTADO – DIVULGAÇÃO DO RESULTADO DA RÁDIO DE FREQUÊNCIA MODULADA MAIS OUVIDA NO MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE, DE OFENSA AO NOME DA PESSOA JURÍDICA, DE PROPAGANDA ENGANOSA OU MESMO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL – PESQUISA FEITA ANUALMENTE NO MEIO EMPRESARIAL COM PROPÓSITO DE PREMIAR OS QUE SE DESTACARAM NO ANO – RECURSO DESPROVIDO.

O fato da autora ser fundação, mantenedora de estação de rádio, sem fins lucrativos, não lhe subtrai interesse de ingressar com ação contra empresa concorrente, com fins lucrativos, para debater a legalidade da pesquisa de opinião pública realizada pela Associação Comercial do Município de Paranaíba, que levantou, e foi por esta divulgado, preferência de audiência da população local, com propósito de apurar os danos morais sofridos, já que os materiais não são objeto de pedido.

O ônus da prova cabe a parte que a alega, afastando hipótese de cerceamento de defesa o indeferimento do pleito de requisição de documento a entidade privada, para provar direito de interesse da ré, a qual, inclusive, sequer demonstra a oposição de resistência pela entidade a quem cabe fornecê-la.

A identidade física do juízo sofre exceções. Deste modo, não há se falar em ofensa ao art. 132 do CPC/1973 a prolação da sentença pelo juiz substituto, ainda que não tenha sido o condutor da audiência de instrução, sempre que o faça em período de impedimento legal daquele.

Também não há se falar em concorrência desleal, ofensa moral a personalidade jurídica, ao nome empresarial pelo fato da empresa de comunicação divulgar resultado de pesquisa coletada pela Associação Comercial no seio do meio empresarial, onde dito segmento aparece com pujança

na preferência dentre os pesquisados, pelo simples fato dos dados terem sido coletados através de questionário distribuído entre os empresários da localidade e os dados tabulados por pessoas ligadas à própria associação, desprovidos de conhecimento de estatística, em razão de ser procedimento tradicional e voltado a premiar àqueles que se destacaram no ano na visão dos próprios empresários.

## 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 maioria, dar parcial provimento ao 1º agravo retido, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator; por unanimidade, negaram provimento ao 2º agravo retido, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Fundação Stênio Congro apela da sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais formulado em ação ordinária ajuizada contra Rádio Liberdade de Paranaíba Ltda – EPP.

Alega, em preliminar, nulidade da sentença, por macular princípio da identidade física do juízo (art. 132, CPC) eis que instruído por um e sentenciado por outro, apesar do interregno de apenas 7 meses entre o último ato praticado por àquele e por este.

No mérito aponta para impossibilidade de manter os termos da sentença em razão de não ter o julgador atentado para o fato da apelada estar utilizando de pesquisa de opinião pública elaborada pela Associação Comercial de Paranaíba com propósito de coletar informação sobre preferência de audiência de rádio em frequência modulada desprovida de critério técnico-científico o que a torna ilegítima e desprovida de credibilidade.

Diz do reconhecido da falta de critérios para a pesquisa pelas testemunhas ouvidas em juízo e pelo então presidente da Associação Comercial, razão pela qual “*é natural que seu resultado não é real ou verdadeiro, porque não representa efetivamente a realidade do mercado*” (f. 325) e se assim é não pode a apelada dela se utilizar para influenciar enganosamente os ouvintes e público consumidor que se serve do meio para veicular anúncios publicitários ou mesmo apoiar e patrocinar programas por ela veiculados.

A apelante ressalta que não bastasse o precário sistema empregado para coleta de subsídios, incute dúvida se ele realmente ocorreu em razão da Associação Comercial ter negado apresentar a documentação correspondente, tornando perceptível a servência de seu nome de forma irresponsável, ilegal e sem autorização, ainda que implicitamente, para obter vantagem, enganar e denegrir sua imagem perante o consumidor, devendo a apelada se abster da pesquisa sob pena de multa de R\$ 50.000,00 para cada veiculação indevida.

Além da multa pugna pela condenação da apelada aos danos morais pois certo é a ilicitude do ato perpetrado pela apelada, qual seja, divulgar sua condição de líder em audiência na ordem de 74% (setenta por cento), cujo percentual foi arrecadado de forma obscura e escusa, com desiderato de enganar o consumidor e tirar proveito, violando os artigos 17 e 18 do Código Civil.

Pede o restabelecimento da tutela antecipada para que seja obstada a publicação de qualquer anúncio relacionado a suposta pesquisa até o trânsito em julgado do *decisum*.

Contrarrazões às f. 348-353 com pedido de julgamento dos agravos retidos de f. 155-170 (carência de ação por falta de interesse de agir, ilegitimidade ativa e passiva) e 257-258 (cerceamento de defesa).

## VOTO (EM 21.06.2016)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

A ação ajuizada por Fundação Stênio Congro contra Rádio Liberdade de Paranaíba Ltda – EPP tem por fim obstacular, em definitivo, veiculação de pesquisa de opinião pública acerca da preferência de audiência de rádio de frequência modulada realizada pela Associação Comercial de Paranaíba sem critério técnico-científico, o que lhe causou sérios prejuízos, e indenização moral, sob argumento de ilicitude do procedimento, qual seja, divulgação da condição de liderança em audiência, servindo-se de coleta de dados desprovida de metodologia confiável, enganando o consumidor e tirando proveito ao arrebanhar anúncios publicitários e patrocinador para programas, utilização de seu nome, ainda que de forma implícita para obter vantagem.

O juízo concedeu a tutela antecipada para determinar que a apelada suspendesse a divulgação do resultado da pesquisa em questão, sob pena de multa diária fixada em R\$ 300,00 (trezentos reais) (f. 48-50).

Na contestação a ré deduziu preliminares de falta de interesse processual e ilegitimidade passiva. Como foram elas refutadas pela decisão de f. 124-126, interpôs agravo de instrumento (f. 155-170), convertido em retido conforme decisão de f. f. 235-237.

A ré insistiu na oitiva de testemunhas, arrolando-as, e na requisição à Associação Comercial de Paranaíba da documentação objeto da pesquisa (f. 247-249).

A prova oral foi deferida, o que já não ocorreu com a documental (f. 254), decisão que acabou por gerar pedido de reconsideração da decisão ou recepção do pleito como agravo retido (f. 257-258), com argumento básico de cerceamento de defesa em razão do insucesso na obtenção do documento administrativamente, pleito que foi contraminutado às f. 279-285.

Após a audiência de instrução os memoriais foram apresentados (f. 286-290 e 291-295), enquanto o julgamento convertido em diligência (f. 297) para que a autora comprovasse sua condição de mantenedora da Rádio Cultura, cujo documento foi juntado às f. 299-300, proferido-se *a posteriori* a sentença às f. 301-310 de improcedência dos pleitos de obrigação de não fazer, retratação e indenização moral, o que gerou o presente recurso da parte autora.

Agravos Retidos

Interesse de agir e ilegitimidade passiva

A decisão geradora da irresignação está assim fundamentada:

*“(...) 2. Alega a requerida que falta à requerente interesse de agir sustentando que embora ambas as partes atuem no meio de comunicação, na modalidade de rádio de frequência modulada (FM), não se equivalem, sendo a requerente uma fundação, emissora exclusivamente educativa, cujo estatuto proíbe a comercialização de seus intervalos de programações, ao passo que a requerida é uma emissora comercial, não sendo concorrentes entre si, possuindo características e naturezas jurídicas distintas, levando à carência da ação, segundo seu entendimento.*

*Todavia, equivoca-se, na medida em que o cerne da controvérsia reside na repercussão causada com a divulgação do resultado de pesquisa de audiência onde constou a preferência do público ouvinte em relação às rádios FM's existentes na cidade e, neste ponto, a requerente age na defesa de direito fundamental contra quem realizou a divulgação que, no caso, foi a parte requerida.*

*Assim, refuto, nestes termos, a primeira preliminar.*

*Alega ainda a requerida ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda sob o argumento de que o ponto nodal da controvérsia diz respeito à veracidade ou não da pesquisa feita pela ACIP (Pesquisa Destaque 2013), onde constou que 74,14% dos entrevistados preferem ouvir a Rádio Liberdade FM e 20,69%, a requerente, mas tal não impede que ela divulgue o resultado que lhe foi favorável.*

*Novamente, razão não lhe assiste, porquanto, segundo o art. 186, do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

*Logo, este feito serve para averiguar se o ato de divulgação de resultado de pesquisa praticado pela requerida por certo lapso temporal causou danos à requerida, ainda que de ordem extrapatrimonial. (f. 124-125).”*

A ré diz que, diferentemente do entendimento do juízo, a demanda traz como causa de pedir se a autora está autorizada a veicular propaganda com fins lucrativos e, não fosse este o objetivo, não haveria interesse na lide onde se discute a repercussão da pesquisa de opinião pública quanto a preferência da audiência de rádio de onda modulada.

Há equívoco da ré no destaque das preliminares que, pela discursividade do recurso entrelaça o interesse de agir com a ilegitimidade passiva.

Digo do equívoco porque os danos morais não estão atrelados a propaganda com propósito comercial, na veiculação remunerada de anúncios. Refere-se a ela (propaganda) da emissora propriamente dita, levada a efeito com base em pesquisa a qual atribui elaboração sem metodologia.

É de fácil percepção a referência da propaganda enganosa adrede às empresas litigantes ligadas a pesquisa de opinião pública quando se depara com a digressão na inicial do item “III – Da Ocorrência da propaganda enganosa e concorrência desleal – consequentes obrigações de não fazer e retratar” - (f. 10) ao registrar que a ré...

*“(...) ao anunciar a suposta pesquisa, atribui-lhe significado desvirtuado, buscando aproveitar-se sorrateiramente em desprestígio da Requerente e dos consumidores.*

*37. O art. 37, §§ 1º e 3º do CDC dispõem que:*

*“É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

*§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre o produto e serviços.*

*§ 3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (...)*

43. Neste contexto, resta evidente que a Requerida utilizou-se de propaganda enganosa ao divulgar amplamente e maciçamente a sua suposta colocação na pesquisa elaborada de forma unilateral e desprovida de critério razoável pela ACIP.

44. Não obstante isso, o anúncio da pesquisa com caráter de publicidade/propaganda foi feito de forma aproveitadora, desvinculada dos critérios da pesquisa, em nítida má-fé e deslealdade da Requerida que cometeu crime de concorrência desleal. (f. 10-12).”

Não há, portanto, interesse da autora em empregar o termo ‘propaganda’ para demonstrar prejuízo econômico-financeiro com a divulgação da pesquisa de opinião pública, embora possa ela ser uma consequência desta, mas a avaliação da suposta irregularidade da pesquisa como condição *sine qua non* da prestação jurisdicional, o que põe uma pá de cal nas preliminares de ausência de interesse de agir e de ilegitimidade passiva deduzidas pela ré no agravo.

Desta forma, nego provimento aos agravos retidos.

Agravo retido - nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Ao ser inquirida sobre produção de provas a ré requereu a testemunhal e a requisição, pelo juízo, à Associação Comercial de Paranaíba de “*toda a documentação objeto da pesquisa que está em discussão neste processo*” (f. 247). Conquanto àquela o juiz deferiu, a esta portou-se de forma diversa, por entender que “*deve ser produzida pela própria parte nela interessada*” (f. 254).

Nas razões de recurso, datadas do dia 04.05.2015, a ré diz da importância da prova e registra ter encaminhado o pedido à Associação Comercial no dia 24.04.2015, sem, contudo, ter, até a data do protocolo do recurso, obtido resposta ao pleito, razão pela qual pugna pela reconsideração da decisão ou, como recurso retido, a ser analisado por este Tribunal, o que ora é feito.

Com o propósito de reafirmar a necessidade de requisição judicial de tais documentos a ré junta aos autos a manifestação da Associação (f. 264-265), justificando a impossibilidade em fornecer os documentos requisitados, qual seja, quebra de sigilo da enquete realizada entre associados e não associados, que se identificaram nos questionários, mediante promessa da associação de preservação da identidade dos entrevistados.

Sem razão a ré.

Aliás, as razões de recurso à época trouxe vaga, para não dizer nenhuma, motivação plausível para demonstrar o desacerto do *decisum* agravado, tanto que para dar ênfase ao recurso louvou-se na correspondência encaminhada pela Associação posteriormente, juntando às f. 264-265, oportunidade em que aflorou resistência em fornecê-la para não quebrar sigilo, conforme justificou.

Tenho, inclusive, que naquela oportunidade, sequer havia interesse recursal, pois, como dito pelo sentenciante, a prova está a cargo da parte e não do juízo, pois a ela cabe a existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor de acordo com o inc. II do art. 333 do CPC/1973, aplicável ao caso.

Desta forma, nego provimento ao agravo retido.

Preliminar

Nulidade sentença - princípio identidade física do juízo

A autora indica nulidade da sentença porque proferida pelo juiz substituto, enquanto a audiência foi presidida pelo titular, malferindo o art. 132 do CPC/1973.

É bem verdade que o art. 132 do CPC/1973 recomenda que o juiz titular ou substituto que concluir a audiência julgue a lide.

Mas a segunda parte do dispositivo sai do rigor e deixa a salvo da regra caso o magistrado que presidiu a audiência tenha sido convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado.

E foi o que ocorreu na espécie, porquanto, entre o mês de maio de 2016 a fevereiro de 2016, diversos foram os afastamentos da juíza que presidiu a audiência de instrução e sua substituição pelo sucessivo, que acabou por prolatar a sentença.

Como os afastamentos da juíza que presidiu a audiência de instrução enquadram-se nas exceções do art. 132 do CPC/1973 - férias, licença saúde, plantão, e por fim gestante, no período de 20 de outubro de 2010 a 16 de fevereiro de 2016 - não há se falar em nulidade da sentença eis que o substituto guarda a mesma jurisdição do titular tal como dispõe o § 4º do art. 79 do Código de Organização Judiciária, *verbis*:

*“§ 4º O substituto referido no § 1º conserva a jurisdição da comarca que houver assumido, enquanto não cessar o motivo que determinou a substituição, embora, durante esta, desapareçam os impedimentos dos juízes que o antecediam na ordem de substituição.”*

Rejeito a preliminar.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 26/07/2016 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento aos agravos retidos. O 2º vogal aguarda.

### **VOTO (EM 26.07.2016)**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor estudo dos temas devolvidos à análise desta Corte no que tange aos recursos de agravo retido interpostos pela requerida Rádio Liberdade de Paranaíba Ltda - EPP.

O eminente relator desproveu referidos agravos, afastando as preliminares de ausência de interesse de agir da autora e ilegitimidade passiva *ad causam*, bem como cerceamento de defesa.

Da detida análise dos autos, verifico que realmente as preliminares devem ser afastadas. Explico:

Fundação Stênio Congro ajuizou ação de obrigação de não fazer, c/c pedido de retratação e indenização por danos morais, em face da Rádio Liberdade de Paranaíba Ltda – ME, em razão desta última ter veiculado diariamente resultado de pesquisa de audiência realizada pela Associação Empresarial de Paranaíba-MS – ACIP, supostamente desprovida de critérios técnicos de formulação e metodologia de consulta, onde consta que a requerida é líder de mercado, com 74,14% de preferência do público ouvinte e a requerente figura em segundo lugar, com 20,69%, seguida de outras emissoras de rádio. Afirma a autora que essa divulgação de pesquisa implica em concorrência desleal e propaganda enganosa, causando-lhe danos morais.

Ao contestar a ação, a requerida/agravante arguiu preliminar de ausência de interesse de agir da autora e ilegitimidade passiva *ad causam*, as quais foram afastadas através da decisão de f. 124-126, ensejando a interposição de agravo de instrumento convertido em agravo retido por esta Corte (f. 235-237).

Posteriormente, requereu que fosse requisitado à Associação Empresarial de Paranaíba toda a documentação objeto da pesquisa em discussão neste processo, cujo pedido foi indeferido (f. 254), resultando na interposição do segundo agravo retido (f. 257-258) objetivando o reconhecimento do cerceamento de defesa.

#### Primeiro agravo retido

Registro que, embora o relator tenha analisado as preliminares de ausência de interesse de agir e ilegitimidade passiva, o primeiro agravo retido versa apenas sobre a primeira preliminar, bem como a necessidade de retificação da decisão agravada no sentido de afastar a questão dos danos materiais, por não fazer parte dos pedidos iniciais, devendo o ponto controvertido limitar-se ao dano moral pleiteado.

Pois bem. A requerida/agravante arguiu preliminar de ausência de interesse de agir sob o argumento de que as empresas litigantes não se assemelham, haja vista a requerida ser empresa de rádio privada, com fins lucrativos, enquanto a requerente é uma fundação, com finalidade cultural e educacional, sem fins lucrativos, não tendo, portanto, interesse em discutir judicialmente suposto dano moral em razão da redução de sua audiência e, como resultado, a redução da captação de recursos mediante venda de intervalos.

Sem razão a requerida/agravante.

A autora/agravada pretende que a ré se abstenha de divulgar pesquisa de audiência onde consta a requerida em primeiro lugar, com 74,14% da audiência e a autora em segundo com 20,69%, por considerá-la desprovida de critérios técnicos de formulação e metodologia de consulta. Pretende ainda ser reparada moralmente em razão da concorrência desleal e propaganda enganosa.

Desta feita, o fato da autora não possuir fins lucrativos não desnatura seu direito de vir a juízo se insurgir contra ato que considera ilegal e que lhe causa danos de ordem moral, até porque trata-se de empresa de rádio que necessita de audiência (ouvintes) e recursos para se manter.

Logo, a presente ação é útil e necessária ao fim almejado pela autora, como visto, para que seja imposta obrigação de não fazer à requerida quanto à cessação da veiculação do resultado de pesquisa onde aparece como líder de mercado em seu seguimento, para que se retrate sobre tais fatos, bem como que indenize a autora por eventuais danos morais originados desse ato.

A luz desses fundamentos, diante do nítido interesse de agir da parte autora com a propositura da presente ação, a preliminar deve ser afastada.

No que tange ao pedido de retificação da decisão agravada para afastar a questão dos danos materiais, entendo que assiste razão à agravante.

O juízo *a quo* fixou como único ponto controvertido a questão que envolve a divulgação da pesquisa da ACIP na rádio Liberdade FM e se isso ocasionou prejuízos materiais e morais à requerente.

O pedido inicial, como visto, cinge-se à cessação da requerida em veicular resultado de pesquisa em que figura em primeiro lugar de audiência entre as rádios da cidade, bem como para que se retrate do equívoco, além de indenizar a autora pelos danos morais que entende ter experimentado em razão desse ato.

Os danos materiais, segundo a autora, serão pleiteados em ação própria.

Portanto, a decisão agravada deve ser retificada para que o ponto controvertido limite-se ao pedido de indenização por danos morais.

Feitas essas considerações, entendo que o primeiro agravo retido deve ser provido em parte e apenas para decotar da decisão agravada a questão dos danos materiais, os quais não são objeto desta ação.

#### Segundo agravo retido

No que tange ao segundo agravo retido, onde a requerida/agravada arguiu preliminar de cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de expedição de requisição à Associação Empresarial de Paranaíba de toda a documentação objeto da pesquisa em discussão neste processo, não possui razão.

Com efeito, além do fato de que a prova documental deve ser produzida pela parte interessada, como enfatizou o juízo *a quo*, a autora trouxe com a inicial documento emitido pela Associação Empresarial de Paranaíba-MS – ACIP (f. 44), no qual esta esclarece que a pesquisa questionada configura-se mera pesquisa de sondagem, sem o levantamento de opiniões e controle de amostra, a qual não se utiliza de método científico, vez que depende apenas da participação espontânea dos interessados.

Logo, com a prova documental acostada à inicial ficou demonstrado qual o tipo de pesquisa foi realizada pela ACIP, não havendo necessidade de outras provas para comprovar tal fato. Ademais, quanto à real existência da pesquisa divulgada pela requerida, a prova testemunhal foi suficiente para esclarecer sua veracidade. Logo, dada a desnecessidade da prova documental pleiteada pela requerida, não se verifica cerceamento de defesa, sendo justo o indeferimento do pedido em primeiro grau, cuja decisão deve ser mantida.

Por isso, o recurso deve ser desprovido.

Feitas essas considerações, peço *venia* ao eminente Relator apenas para prover em parte o primeiro agravo retido, no sentido de decotar da decisão agravada a questão dos danos materiais mencionada ao ser fixado o ponto controvertido da lide. E, quanto ao segundo agravo retido, ratifico o desprovidimento.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Acompanho voto do 1º Vogal, quanto às preliminares.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

#### Mérito

Segundo a apelante a sentença merece reforma porque não atentou o julgador para o fato da apelada estar divulgando resultado de pesquisa de opinião pública que apurou preferência de rádio de frequência modulada no município de Paranaíba feita pela Associação Comercial local sem metodologia, sem critério científico, quiçá efetivamente realizada, posto que não se teve acesso a quaisquer documentos respectivos.

De fato não há comprovação documental das pesquisas. No entanto, as testemunhas ouvidas em juízo não deixaram margem de dúvidas quanto a realização, ao meio e a apuração dos dados, pois ambas à época dos fatos, e uma dela mesmo após mantinha, vínculo com a Associação Comercial disseram que:

Aracilda Silva Oliveira Rodrigues

*“JUÍZA: A senhora trabalhou na ACIP?”*

*DEPOENTE: Eu trabalho na ACIP.*

*JUÍZA: Trabalha na ACIP. Em 2004, a senhora trabalhou lá também?”*

DEPOENTE: Também, eu trabalho desde 2000.

JUÍZA: Desde 2000? Sobre uma pesquisa que foi realizada o ano passado, que constou como a rádio liberdade tinha 74% de preferência dos ouvintes, essa pesquisa ela foi realizada de fato?

DEPOENTE: Sim, foi realizada.

JUÍZA: Foi realizada. E foram distribuídos questionários para os comerciantes, para os empresários?

DEPOENTE: Foram entregues os questionários para os empresários.

JUÍZA: Eles preenchem?

DEPOENTE: Isso, eles preenchem, tinha que fazer a identificação também. Tinha um campo específico para fazer, tipo assim para colocar os dados certinhos da empresa que estava participando e informar o CNPJ.

JUÍZA: Quem participava dessa pesquisa era só...

DEPOENTE: Apenas pessoas jurídicas.

JUÍZA: Qualquer pessoa jurídica ou só os associados?

DEPOENTE: Nos anos anteriores era apenas os associados, naquele ano a diretoria por fim quis estender um pouquinho e foram entregues também a algumas empresas para não associados.

JUÍZA: Essa pesquisa ela, as outras empresas divulgam essa pesquisa como forma de publicidade, você já viu?

DEPOENTE: Sim. Algumas delas usam esse resultado e fazem sim a divulgação na rádio, outras fazem em faixa, eles põe em algumas ruas mais movimentadas da cidade.

JUÍZA: Sobre esse processo aqui, você sabe dizer se a fundação Estenio Congro teve alguma desvantagem algum prejuízo em razão dessa pesquisa, você ficou sabendo de alguma coisa?

DEPOENTE: Em relação à pesquisa em si, da ACIP eu acredito que não.

JUÍZA: Com a divulgação da pesquisa?

DEPOENTE: Agora com a divulgação.

JUÍZA: A senhora tomou algum conhecimento de alguma causa, algum contrato que ela deixou de firmar?

DEPOENTE: Não.

JUÍZA: Alguma coisa assim? Não?

DEPOENTE: Não, não começo.

JUÍZA: Parte requerida.

DEFESA: Sem perguntas doutora.

*JUÍZA: Parte autora.*

*DEFESA: A depoente participou diretamente da pesquisa, da realização da pesquisa?*

*DEPOENTE: Sim.*

*DEFESA: Qual que foi os critérios adotados?*

*DEPOENTE: Bom, essa pesquisa ela é feita uma pesquisa de sondagem da opinião dos empresários, e é feito um questionário, esse questionário ele é entregue em cada empresa, como eu disse, esse ano foi entregue nas empresas associadas e outras também não associadas, desde que tivesse, fosse uma pessoa jurídica e eles eram respondidos e devolvido na ACIP, os funcionários da ACIP passava dando oportunidade para serem recolhidos, aqueles que não tiveram respondido ainda, tinha a liberdade de levar na associação para que fosse tabulados, e essa tabulação foi da minha responsabilidade, foi eu quem fez essa contagem, não é, e...*

*DEFESA: Quantos formulários foram entregues para apuração?*

*DEPOENTE: Entregues para a apuração foram um total, precisamente de 116 questionários.*

*DEFESA: Ele foi assinado por estatístico? Algum profissional?*

*DEPOENTE: Não*

*DEFESA: Você sabe qual foi à repercussão no mundo empresarial a respeito dessa pesquisa?*

*DEPOENTE: Bom, até onde é do meu conhecimento, essa pesquisa ela é vista com credibilidade, nos anos anteriores em outras oportunidades também, eu acredito assim, é a primeira vez que esta acontecendo um fato desse tipo, então a repercussão ela é bem grande sim, as pessoas participam do evento.*

*DEFESA: É notório que a rádio liberdade já ganhou varias vezes a primeiro lugar nessa pesquisa, mas você tem conhecimento se ela já utilizou de forma publicitária maciçamente nos anos anteriores?*

*DEPOENTE: Bom conhecimento que eu tenho é que já foi divulgado sim, que havia sido considerada a melhor rádio (ininteligível).*

*DEFESA: Mas a empresa utilizou como forma publicitária?*

*DEPOENTE: Agora se encaixa como publicitária aí eu já não posso responder, eu não sei te afirmar.*

*DEFESA: Você tem conhecimento se os comerciantes davam preferência da contratação da rádio liberdade em virtude da pesquisa?*

*DEPOENTE: A pesquisa não levantava isso assim não é, acredito, porque o que a gente buscava com esses questionários, era um momento onde os empresários, tinham o direito de opinar na visão deles, qual a empresa que mais se destacou naquele ano. Qual que mais destacou no desenvolvimento da sua atividade, era esse o propósito, não é.*

*DEFESA: Mas nos bastidores, os comerciantes diziam que iria contratar a rádio liberdade em virtude da audiência?*

*JUIZA: A senhora ficou sabendo?*

*DEPOENTE: Não é do meu conhecimento. (f. 379-382)."*

Gilmar Soares Gois

*"JUIZ: Sobre uma pesquisa que foi divulgada no ano passado, pela radio liberdade, falava que a radio tinha 74,14% de preferência, e que a pesquisa foi feita pela ACIP, o senhor tomou conhecimento disso?*

*DEPOENTE: Correto.*

*JUIZ: O senhor tem algum contato com a ACIP?*

*DEPOENTE: Eu, nesse momento que foi distribuído esses questionários, eu era presidente da associação empresarial de Paranaíba.*

*JUIZ: Nessa época o senhor era presidente?*

*DEPOENTE: Sim.*

*JUIZ: E foi feita a pesquisa aqui na cidade?*

*DEPOENTE: isso são questionários que são distribuídos entre os empresários e profissionais liberais.*

*JUIZ: E foi preenchidos o questionário?*

*DEPOENTE: Preenchido em um determinado período a gente volta e recolhe para fazer a tabulação.*

*JUIZ: E ai o resultado foi esse?*

*DEPOENTE: Foi esse.*

*JUIZ: De preferência da radio liberdade nesse percentual?*

*DEPOENTE: Correto.*

*JUIZ: Sobre os prejuízos, que causaram para a fundação Estendeu Compro o senhor sabe dizer alguma coisa?*

*DEPOENTE: Não tenho a mínima ideia.*

*JUIZ: Se a radio liberdade teve algum beneficio com isso?*

*DEPOENTE: Não tenho a mínima ideia.*

*JUIZ: O senhor só sabe da pesquisa?*

*DEPOENTE: Correto.*

*JUIZ: Parte requerida.*

*DEFESA: Será que esta funcionando aqui?*

*JUIZ: Acho que esta.*

*DEFESA: Boa tarde, Andre Borges, esta Ca pitando?*

*JUIZ: Esta.*

*DEFESA: Posso fazer direto?*

*JUIZ: Pode.*

*DEFESA: Gilmar, desde quando a ACIP realiza esse tipo de pesquisa em Paranaíba?*

*DEPOENTE: Olham esses questionários eles são distribuídos eu acredito que tem em torno de 20 anos.*

*DEFESA: A radio cultura é associada da ACIP?*

*DEPOENTE: Exatamente.*

*DEFESA: É associada?*

*DEPOENTE: Associada como a liberdade também.*

*DEFESA: É bem provável que ela tenha respondido esse tipo de questionário?*

*DEFESA: Eu acredito que sim, foi distribuído para eles.*

*DEFESA: Gilmar esse resultado de preferência da radio liberdade, mais de 70% você sabe me dizer se anos anteriores ela também foi tido como a líder na pesquisa, se o percentual foi próximo a esse?*

*DEFESA: Eu acredito que foi próximo, não sei precisar, mas acredito que sim.*

*DEFESA: Em algum momento, a rádio cultura questionou junto a ACIP, o resultado dessa pesquisa?*

*DEPOENTE: Anteriormente não.*

*DEFESA: Somente neste processo judicial?*

*DEPOENTE: Isso.*

*DEFESA: Está. Reinaldo a rádio cultura acusa na petição inicial, que essa pesquisa de 2014, não foi realizada, você afirma em juízo sob o compromisso da verdade que essa pesquisa foi realizada?*

*DEPOENTE: O senhor falou Reinaldo, é Gilmar.*

*DEFESA: Gilmar desculpa.*

*DEFESA: Com certeza isso ai a mim não tenho menor duvida. Uma pesquisa seria. São distribuídos questionários, e retorna para associação empresarial, e ele é simples, uma tabulação feita manualmente, por uma pessoa de extrema confiança da associação, mas sem duvida nenhuma a pesquisa ela é real e ela abrange as empresas da nossa cidade.*

*DEFESA: Só as associadas são ouvidas nesse questionário Gilmar?*

*DEFESA: Não, nos últimos dois anos de pesquisa, dois ou três anos, foi distribuída para empresários não associados também.*

*DEFESA: Agora em 2015, essa pesquisa foi realizada?*

*DEPOENTE: Foi realizada.*

*DEFESA: Quem foi a vencedora no seguimento de rádio?*

*DEFESA: Eu não sou mais presidente, não acompanhei a apuração dos resultados, mas foi à liberdade com certeza.*

*DEFESA: Você se recorda do percentual, Gilmar?*

*DEPOENTE: Não me recordo, desse ano não, porque eu não participei.*

*DEFESA: É só excelência, obrigado.*

*JUIZ: Parte autora.*

*DEFESA: Vou falar direto também. Gilmar nos anos anteriores, a empresa a rádio liberdade utilizava essa pesquisa como fins publicitários de forma maciça como o ocorreu?*

*DEPOENTE: Olho eu não me lembro da forma que ela utilizava, não presto atenção diz tipo de veiculação, não ouço muito o rádio. Mas me lembro que outdoor ela utilizou das vezes anteriores com certeza, eu me lembro de ter visto na cidade.*

*DEFESA: Da forma que foi utilizada dessa vez, você já viu alguma outra empresa utilizar ou se ela utilizou dessa forma que foi utilizada ou não?*

*DEPOENTE: Não, não me recordo ate porque eu acabei de afirmar que eu não ouço no meu trabalho, nesses horários e não ouço esse tipo de jornal.*

*DEFESA: Quem que elabora os questionário, os formulários?*

*DEPOENTE: Esse tipo de questionário ele impresso na gráfica, ela é feita por categorias de seguimento. Então tem as suas categorias ele é impresso na sua quantidade a ser distribuída.*

*DEFESA: Ela é assinada por meio estático, ela utilizada de meios científicos para apuração?*

*DEPOENTE: Ela é feita pela ACIP, ela não tem essa assinatura que você esta dizendo ai. Ela tem a credibilidade e a idoneidade da ACIP.*

*DEFESA: Você sabe precisar quantos formulários são distribuídos ou quanto votos apurados em media nessas pesquisas?*

*DEPOENTE: Eu não sei te precisar, mas essa ultima do ano passado foi distribuído em torno de 400 formulários, acima de 400.*

*DEFESA: Desses 400 formulários, quantos retornaram para a apuração?*

*DEPOENTE: Eu não sei precisar o numero, mas foi, senão me engano 120 ou 120 e pouco que retornaram.*

*DEFESA: Como presidente da ACIP, você acredita que esse numero é suficiente para auferir...*

*JUIZ: Doutor, esse uma pergunta pessoal, ele acredita...*

*DEFESA: Não. Tudo bem, mas como representante excelência, se esse numero é suficiente para auferir a preferência do ouvintes?*

*JUIZ: Mas ai é resposta pessoal dele, que ele acha.*

*DEFESA: O depoente sabe dizer como repercutiu no nome empresarial essa pesquisa e se comerciantes, deixaram de, tinham preferência para contratação de publicidade de sua empresas em virtude das pesquisas?*

*DEPOENTE: Não, não viu nenhum tipo de comentário sentido não. (f. 383-367).”*

Que se tem como certo é que a pesquisa realizada pela Associação Comercial tem por objetivo o incremento da classe, a dinamização do empresariado local, já que de posse destes resultados são premiados aqueles que obtiveram maior número de indicação nas respostas dos questionários.

Não se trata de uma pesquisa de opinião pública propriamente dita, mas de uma investigação no meio empresarial para premiar aqueles que no próprio meio obtém maior número de indicação no segmento como as testemunhas deixaram claro, tanto que distribuem questionários no setor empresarial local há aproximadamente 20 anos e aqueles que tem maior número de indicação são premiados como “Destaque” do ano respectivo pela atividade desenvolvida como se vê às f. 266 a 275.

Por certo que a apelada serviu-se deste indicativo para demonstrar aos seus ouvintes o arrebatamento do prêmio em razão da preferência da maioria dos empresários questionados sem que isso implique em concorrência desleal ou mesmo mácula ao direito de personalidade da apelante. Aliás, a referência a este preconceito pela apelante é indicado como feito implicitamente o que a meu ver não há caracterização em tal situação porque para que tal ocorresse haveria de citar de forma enfática o seu nome comercial, pois é a identificação da empresa segundo dispõe o art. 1.155 do Código Civil.

Não há se falar em afetamento a honra da pessoa jurídica de forma implícita pois necessário é que se indique o nome, já que é neste particular que a apelante faz referência como maculado.

Ora, se o nome foi maculado necessário é que tenha sido ele exposto de forma clara e não implicitamente.

Ademais, pelo que se pode desumir dos autos, nem mesmo de forma implícita houve referência ao nome da apelante. A transcrição feita por ela na inicial da mensagem publicitária de 60’ às f. 4 deixa isso muito bem delineado.

Também não é o caso de admitir hipótese de propaganda enganosa aos ouvintes da municipalidade. A apelada se restringiu em tornar público o resultado do questionamento feito junto ao setor empresarial pela Associação Comercial, divulgando, inclusive a fonte coletora, o que não a torna incrédula ou ilegítima, ainda que sua tabulação não tenha sido elaborada com critério ou método científico, como, por exemplo, ocorre com o IBOPE, mesmo porque, seu propósito, como ressaltado, é de dinamizar o empresariado local, premiando aqueles que se destacaram nos diversos segmentos durante o ano na visão do próprio empresariado, procedimento, inclusive, singular no segmento de representação.

Igual segmento afasta a hipótese de concorrência desleal, prevista no art. 195 da Lei n. 9.279/96, pois, como amplamente exposto, a publicação não é falsa, divulga dados que foram obtidos em questionamento feito por órgão de classe através de meio idôneo, sem qualquer pretensão de denegrir a imagem da apelante e muito menos de obter vantagem, tanto que nenhuma referência à apelante é feita, nem mesmo sutil ou através de subterfúgios, lacunoso ou implícita como alega. A divulgação na programação faz mera alusão ao resultado alcançado com o levamento feito pela Associação Comercial.

Vê-se, a partir de tudo isso, que não há meios de atribuir conduta ilícita à ação da apelada catalogada no art. 186 do Código Civil, razão pela qual afasta-se hipótese de condenação de danos morais, suspensão da divulgação do anúncio, pois como ressaltou o juízo:

*“Veja que não há normal legal que proíba a ré de divulgar pesquisas de opinião feitas por terceiros, ainda que de maneira informal. Também não há provas de que a re tenha sido a responsável pela realização ou contratação da pesquisa tradicionalmente feita pela associação comercial desta urbe.*

(...)

*Sabe-se que a publicidade comparativa é aceita, devendo apenas observar os limites legais quanto à propaganda enganosa ou abusiva; ou aquela que denigra a imagem ou gere confusão entre os produtos ou serviços comparados, acarretando degenerescência ou desvio de clientela; ou a propaganda que configure hipótese de concorrência desleal e que peque pela subjetividade e/ou falsidade das informações.*

*Não enquadra-se a conduta da ré a nenhuma destas hipóteses, forçoso concluir que não houve ilicitude na conduta da ré ao divulgar o resulta da pesquisa de opinião realizada anualmente pela associação empresarial do município (ACIP). (...)*

*Diante disso, ausente o ato ilícito, pressuposto indispensável para a concessão de tutela inibitória, o pedido de condenação a obrigação de não fazer deve ser rejeitado.*

*Como consequência disso, também devem ser rejeitados os pedidos de retratação da parte ré e de condenação ao pagamento de reparação por danos morais, eis que ambos pressupõe a prática de ato antijurídico, o que, conforme explicitado anteriormente, não restou evidenciado na espécie. (f. 307-309).”*

Tenho, pois, que não houve abalo ao moral da apelante que, reconheça-se, goza de absoluto crédito e idoneidade perante a sociedade local e, creio, no próprio Estado.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao 1º agravo retido, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator; por unanimidade, negaram provimento ao 2º agravo retido, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

\*\*\*

**5ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0801618-82.2015.8.12.0010 - Fátima do Sul**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REQUISIÇÃO JUDICIAL DE REGISTROS – LEI Nº 12.965/2014 – REGISTROS DE ACESSO A APLICAÇÕES DE INTERNET – PRAZO DE ARMAZENAMENTO (6 MESES) SUPERADO À DATA DO INGRESSO DO PEDIDO – IMPOSSIBILIDADE NO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL – HONORÁRIOS – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – PREJUDICIALIDADE – RECURSO DA EMPRESA REQUERIDA PROVIDO – RECURSO DO REQUERENTE NÃO CONHECIDO.

Com o advento da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil), os pedidos judiciais com propósito de formar conjunto probatório em processo judicial (art. 22, Lei 12.965/2014), devem seguir o procedimento da lei especial, o que ocorre na especificidade do caso concreto.

A requisição de registro de acesso a aplicações de internet após o prazo assinalado no art. 15 da Lei n. 12.965/2014 (6 meses), torna impossível ao provedor fornecê-lo, em razão da legislação exigir o armazenamento por prazo certo.

O provimento do recurso da requerida, desobrigando-a de apresentar os documentos requisitados, prejudica a análise do recurso do *ex adverso*, que discute honorários de sucumbência.

## 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 de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda e não conhecer do apelo de Gilson dos Reis Soares, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A cautelar de exibição de documento ajuizada por Gilson dos Reis Soares contra Facebook Serviços Online do Brasil Ltda foi julgada procedente e a empresa requerida condenada a exibir, no prazo de 15 dias, os documentos relacionados ao IP do usuário “Fátima de Souza”, identificado na rede social através da URL: <https://www.facebook.com/fatima.desouza.102?fref=ts>, e para fornecer as publicações (textos e fotos) realizadas pelo usuário “fatima.desouza.102” durante o período de 01/01/2014 a 01/12/2014, que por lei devem ficar armazenadas (f. 8), gerando a irresignação das partes.

Gilson dos Reis Soares (f. 127-139) alega ser devido os honorários de sucumbência em razão da empresa apelada ter resistido para apresentar as informações solicitadas ao juízo, a ponto de, apresentando

preliminar de ilegitimidade passiva, requerer julgamento antecipado da cautelar e extinção do processo sem resolução de mérito com base no inc. VI do art. 267 do CPC-1973.

Quanto ao valor, diz ser devido o mínimo fixado na tabela da OAB, 03 URH, o que equivale a R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) (Resolução n. 02/2015), pugnando pela reforma da sentença e a condenação da requerida apelada ao pagamento da verba no montante indicado.

Facebook Serviços Online do Brasil Ltda (f. 185-214) sustenta não lhe ser possível cumprir a determinação judicial porque, conforme informado ao juiz *a quo* desde a contestação, a conta *www.facebook.com/fatima.desouza.102* há muito não está disponível na plataforma do site e, se disponível estivesse, não haveria meios de apresentar os dados e documentos pretendidos, porque, conforme disposto no art. 15 da Lei n. 12.965/2014, o registro de acesso teria de ficar armazenado pelo provedor de aplicações de internet, situação da requerida apelante, pelo prazo de 6 meses e, quando do ingresso da ação, 20.07.2015, além de decorrido tempo superior ao prazo de armazenamento previsto na legislação, antes disso não existia obrigatoriedade alguma.

Aponta para a possibilidade da quebra de sigilo à privacidade garantida pela Constituição Federal (inc. XII, art. 5º) como possível no Brasil somente a partir de junho de 2015, com a Lei n. 12.965/2015, conhecida como o Marco Civil, e assim mesmo fixando prazo máximo de 6 meses para o provedor de aplicações (art. 15), cuja lei ainda pende de regulamentação.

Argumenta que, devido a falta de regulamentação do citado dispositivo, não há como atribuir-lhe responsabilidade pela inexistência dos dados em sua plataforma, corroborado pelo fato de que, quando os fatos ocorreram, sequer havia legislação a respeito da obrigatoriedade de coletar e armazenar conteúdos postados por determinado período pelos provedores de aplicações de internet.

Reforça a impossibilidade de cumprimento da apresentação tanto do IP quanto das publicações relativas ao período de 10.01.2014 a 01.12.2014 do aludido perfil porque encontra-se ele indisponível na plataforma do *site* facebook, aplicando-se *in casu* o disposto no art. 248 do CC e assim mesmo em sua primeira parte, pois não lhe pode ser atribuída qualquer responsabilidade pela perda de tais dados, em razão de, como ressaltado anteriormente, até a edição da Lei n. 12.965/2014 não havia obrigatoriedade de salvar conteúdos eventualmente publicados pelos usuários, mesmo porque, o ordenamento jurídico brasileiro tem como inviolável o sigilo da correspondência e vida privada.

Menciona que o art. 22 da Lei n. 12.965/14 assegura à parte interessada registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet, ou seja, informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP (f. 205) e não das diversas atividades, do conteúdo das comunicações privadas mantidas entre usuários, realizadas por pessoas na conta de provedores de aplicação de internet.

Refere-se aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal como igualmente justicadores da reforma da sentença recorrida, eis que vedam expressamente violação a vida, intimidade, honra, imagem, correspondência e comunicações em geral, cabendo ao indivíduo decidir qualquer divulgação de ordem privada, preceito igualmente preservado no marco civil.

Requer provimento do recurso por ser impossível o cumprimento da ordem judicial, e sem qualquer espécie de culpa de sua parte conforme exposto, dada a inexistência dos dados na plataforma da aplicação de internet do facebook.

Contrarrazões do requerente às f. 220-226 e da requerido às f. 227-239.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Gilson dos Reis Soares ingressou com ação cautelar de exibição de documento no dia 20.07.2015 contra Facebook Serviços Online do Brasil Ltda, visando obter da empresa requerida informação sobre o IP do usuário do perfil “Fátima de Souza” identificado na rede social através da URL: <https://www.facebook.com/fatima.desouza.102?fref=ts>, e desta todos os textos e fotos postados no período de 01 de janeiro a 01 de dezembro de 2014.

A requerida, na peça de defesa alegou preliminares de carência de ação por ilegitimidade passiva, falta de interesse processual, inadequação da via eleita e pela impossibilidade de aplicação da sanção prevista no art. 359 do CPC/1973; no mérito enveredou pela garantia constitucional de inviolabilidade dos dados fornecidos pelos usuários do *site* e que quebra de sigilo só é possível mediante ordem judicial, condição, inclusive, só alcançada a partir de junho de 2014, quando entrou em vigor a Lei n. 12.965/2014, chamada de Marco Civil, e assim mesmo pendente de regulamentação (norma de eficácia contida) e desde que o período não supere a seis meses, o que não é o caso em questão, já que os fatos narrados ultrapassam o período previsto na legislação.

Outro ponto focado pela requerida é o de que o usuário deletou da sua plataforma o perfil indicado, circunstância que, devido o decurso do “*tempo é quase certo que todos os dados relativos a essa conta já se perderam*” (f. 29), situação extremamente natural porque somente com o advento do Marco Civil é que o armazenamento passou a ser obrigatório, porém, dada a ausência de regulamentação, inviável é a exigibilidade.

Salientou a imprestabilidade das informações pretendidas; ausência de fundamentação para quebra de sigilo; afronta aos limites subjetivos da lide; impossibilidade de atribuição do ônus da sucumbência.

Após decisão saneadora (f. 95-96) e alegações finais (f. 106-109 e 110-117) a sentença foi proferida (f. 120-124), julgando-se procedente a pretensão do requerente, para que a requerida exhiba todos os documentos e ou dados pedidos e indicados na inicial, desonerando o requerido dos ônus da sucumbência.

Há recurso de ambas as partes. O requerente na pretensão de obter sucumbência, dizendo ter sido a requerida vencida. A requerida pede provimento ao recurso, para que a cautelar seja julgada improcedente, ante a inexistência de legislação à época dos fatos e, embora vigente desde junho/2014 - Lei n. 12.965/2014 -, carece de regulamentação o art. 15, que trata da guarda de registro de acesso, além de outros temas circundantes.

É fato a inexistência de legislação específica sobre uso da internet até abril de 2014, quando editou-se a Lei n. 12.965, em 23 de abril de 2014, com vigência a partir de 23 de junho do mesmo ano, nos termos do artigo 32.

Antes de adentrar ao cerne do recurso, tenho pela pertinência de anotar que, muito embora tenha o requerente nominado a pretensão judicial de cautelar de exibição de documento configurada no CPC/1973, não é o caso de admiti-la como tal porque, com a entrada em vigor da lei especial em junho de 2014 e o pleito ajuizado em 20.07.2015, a rigor está se diante de expediente açambarcado no art. 22 do Marco Civil, que muito se assemelha a um procedimento de jurisdição voluntária, isto pelo referido art. 22, *in verbis*:

*“A parte interessada poderá, com propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.”*

Como o nome atribuído à causa é irrelevante para aferição da natureza jurídica, cuja definição está no pedido e causa de pedir, não tenho dúvida em acolhê-la nos moldes do dispositivo transcrito: ‘requisição judicial de registros’.

Feita esta observação passo a análise do recurso propriamente dito.

Como salientado anteriormente, o requerente pediu ao juízo que determinasse à requerida a exibição dos “*documentos relacionados ao IP do usuário “Fátima de Souza”, identificado na rede social através da URL: <https://www.facebook.com/fatima.desouza.102?fref=ts>, e para fornecer as publicações (textos e fotos) realizadas pelo usuário “fatima.desouza.102” durante o período de 01/01/2014 a 01/12/2014, que por lei devem ficar armazenadas e ... o fornecimento do IP (f. 8) para em seguida requerer as empresas responsáveis pela transmissão que elencou informações sobre o titular do IP, bem como os demais dados relativos à identificação desta pessoa denominada “Fátima de Souza” (f. 9).*”

O juiz condenou a requerida “*a exhibir, no prazo de 15 dias, todos os documentos e ou dados pedidos e indicados na inicial*” (f. 08-09) (f. 124), o que implica em concluir que indeferiu os subsequentes, fornecimento do IP e informações sobre titularidades e demais dados de identificação.

Segundo as definições da Lei n. 12.965/2014, os interesses do requerente seriam de registro de conexão e de registro de acesso a aplicação. Aquele refere-se ao conjunto de informações referentes à data e horas de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados (inc. VI, art. 5º) e este: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP (inc. VIII, art. 5º), sendo-lhe deferido este, pois o requerido é o detentor de aplicações de internet.

Conquanto a Constituição Federal protege a privacidade de forma singular no inc. X do art. 5º - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação – o faz de forma específica em relação a inviolabilidade das comunicações no inciso XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Vê-se que a edição do Marco Civil trouxe direcionamento no campo da comunicação virtual. É bem verdade que alguns dispositivos referem-se a regulamentação, conforme impositivamente defende a requerida apelante, no entanto, a ausência desta não impede a análise do caso posto em julgamento.

Não há dúvida que a lei indicada inova no tocante à intimidade daqueles que se servem da rede mundial de computadores. Para assim concluir basta uma leitura ao art. 7º, o qual traz proteção à intimidade tanto em relação ao fluxo de comunicações como a comunicação armazenada:

*“Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*

*I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

*II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;*

*III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (...).”*

Pelo teor do inciso II, evidente sua alusão para a hipótese abrangida pelo art. 5º, XII, da CF e Lei Federal nº 9.296/1996, das Interceptações.

Em relação ao inciso III, as “*comunicações armazenadas*” são os registros de conexão e acesso a aplicações de internet, ponto nodal de inovação da Lei de Uso da Internet no tocante à privacidade.

Importante destacar, como fiz anteriormente com base na definição ao art. 5º da lei aplicável ao caso, os registros de acesso a aplicação da internet (inciso VIII) referem-se às ações virtuais praticadas no âmbito da internet, enquanto que os registros de conexão à internet (VI) se restringem na identificação do computador do qual partiu essas ações.

Tanto para o acesso aos registros de conexão à internet como a aplicação da internet, a autorização judicial é indispensável, isto é ponto pacífico, como é também a guarda destes registros. O que difere nos acessos de registros são os prazos de armazenamentos, posto que, quando se refere a conexão à internet é ele de 1 ano (art. 13) e acesso a aplicação é de 6 meses (art. 15), *in verbis*:

*“Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. (...)”*

*Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”*

Como o juízo deferiu a exibição dos registros de acesso ao aplicativo, o recurso se restringiu a este ponto - e com razão. Isto porque, como arduamente defende a requerida apelante, os dados de acesso à aplicação pretendidos são relativos ao período de 01 de janeiro a 01 de dezembro de 2014; a ação foi ajuizada no dia 20.07.2015; o art. 15 da Lei n. 12.965/2014 determina que o provedor de aplicações de internet armazene os registros de acesso pelo prazo de 6 meses. Estes dados bem demonstram a impossibilidade da requerida apelante em cumprir a determinação judicial.

É bem verdade que este prazo poderia ser dilatado. Mas para que tal ocorresse caberia ao requerente apelado ter buscado a autoridade policial, administrativa ou o Ministério Público, pois são os que possuem poderes para fazê-lo previamente, segundo dispõe o § 2º do art. 15, a saber:

*“A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto n caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 13.”*

A par dos provedores e aplicadores de internet terem obrigações de guardar, armazenar e manter registros de conexão e de aplicações em ambiente controlado e de segurança, terão que fazê-lo por prazo determinado, somente podendo ser prorrogado caso haja providência cautelar, o que não ocorreu na espécie, pelo menos naquele período de 6 meses.

Aliás, não foi feito por puro desinteresse do requerente apelado, pois, conforme o próprio deixou consignado na inicial, no dia 06 de setembro de 2014 (...) foi surpreendido com uma postagem caluniosa e difamatória, realizada pela pessoa identificada na rede social como Fátima de Souza, (*fake/falso*) (f. 2), ou seja, quando o Marco Civil da internet já estava em plena vigência.

Ainda que o artigo 15 penda de regulamentação, nenhuma influência terá em relação ao prazo de armazenamento. A regulamentação fixará perfis significativos sobre o ambiente controlado destinado ao sigilo e segurança dos registros de conexão de acesso a aplicações de internet, sem influenciar os prazos já fixados.

Com razão a empresa requerida quando diz da impertinência da resolução da obrigação por perdas e danos, tal como previsto na segunda parte do art. 248 do Código Civil.

Assim entendo porque, como expus no início do voto, não se está diante de uma obrigação de fazer, mas de uma requisição judicial de registros capitulada na Lei n. 12.965/2014 (art. 22) e a impossibilidade de franquear ao juízo os registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações do perfil indicado decorreu da inércia do requerente apelado na adoção de medida cautelar (§ 2º, art. 13) para dilatar o prazo de guarda.

Logo, há de se dar provimento ao recurso da empresa requerida, dada a inércia do requerente, nos seis meses a que se refere a lei específica, em vindicar a tutela pertinente. Decorrido esse prazo, a empresa passa a não ter mais a obrigação de guarda dessa documentação.

Mas não é só. De ver-se que a lei do Marco Civil foi regulamentada pelo Decreto nº 8.771/2016, que entrou em vigor no dia 11 de junho último, estabelece no § 2º do art. 13:

*“Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do caput do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e aplicações, os quais deverão ser excluídos:*

*I – tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou*

*II - se encerrado o prazo determinado por obrigação legal;”*

Isso deixa claro a transitoriedade da guarda e armazenamento de dados pessoais e comunicações e a necessidade de se reformar a sentença, pois certa é a impossibilidade de se cumprimento.

Com o acolhimento do recurso da requerida apelante, resta prejudicado o do requerente, que buscava condenar àquela aos ônus da sucumbência.

Posto isso, conheço do recurso da requerida e dou-lhe provimento, para afastar a obrigação de apresentar em juízo os registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações feitas pelo perfil “Fátima de Souza”. Em contrapartida, não conheço do recurso do requerente, porquanto prejudicado.

Sem condenação em honorários e custas.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda e não conheceram do apelo de Gilson dos Reis Soares, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da 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, 28 de junho de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial****Mandado de Segurança nº 1401248-50.2016.8.12.0000 - Campo Grande - MS****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA SUSCITADA PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – REJEITADA – MÉRITO – ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA – PEDIDO ADMINISTRATIVO DE FORNECIMENTO DE HOLERITES DE TITULARIDADE DE SEUS ASSOCIADOS, REFERENTES AOS ÚLTIMOS CINCO ANOS – DIREITO DOS SERVIDORES AO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES OU CERTIDÕES PARA A DEFESA DE DIREITOS OU ESCLARECIMENTO DE SITUAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL OU COLETIVO OU GERAL – INTELIGÊNCIA DOS ART. 5º, XXXIII E XXXIV, “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO – PUBLICIDADE É A REGRA; O SIGILO, A EXCEÇÃO – REQUERIMENTO FUNDAMENTADO E AUTORIZADO EM ASSEMBLEIA GERAL PELOS ASSOCIADOS – DIREITO À OBTENÇÃO DOS HOLERITES QUE SE RESTRINGEM AOS SERVIDORES QUE ANUÍRAM EXPRESSAMENTE COM A PROPOSITURA DO *MANDAMUS*, CUJOS NOMES ESTÃO INDICADOS NA LISTA ANEXA À ATA DA ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA – PRECEDENTE DO STF – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

O não fornecimento de contracheques em tempo hábil, dá ensejo a impetração de mandado de segurança e não de *habeas data*, como quer fazer crer o Estado de Mato Grosso do Sul, porquanto a pretensão é de obtenção de documento para defesa de direitos de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, CF).

A impetrante requereu, administrativamente, o fornecimento de cópias de holerites dos últimos cinco anos de seus associados, servidores públicos aposentados e pensionistas.

Pedido negado pela autoridade coatora, sob o fundamento de que desde o mês de maio de 2013 os contracheques se encontram disponibilizados na internet, no portal da própria Assembleia Legislativa, e os holerites anteriores àquela data foram entregues diretamente aos servidores nas respectivas datas de seus vencimentos.

Não se vislumbra plausibilidade em negar acesso aos holerites em data anterior a maio de 2013 pelo só argumento de que os contracheques foram entregues diretamente aos servidores nas respectivas datas de seus vencimentos, porquanto intuitivo que diversos aposentados não arquivaram tais documentos (anteriores a maio de 2013), detendo eles acesso a tais informações em razão do direito fundamental previsto no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, “b”, da Constituição Federal.

Não é plausível a afirmação contida no parecer, no sentido de que a impetrante não apresentou justificativa razoável e concreta para a obtenção dos holerites, e sem o consentimento dos aposentados, diretamente interessados. Acerca dessa questão, basta examinar a deliberação levada a efeito pela assembleia geral da Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, ocorrida em agosto do ano passado. Na referida assembleia deliberou-se acerca da questão de revisão salarial, que restou inexitosa perante o legislativo do Estado. Diante do insucesso da pretendida revisão salarial, deliberou-se acerca da

necessidade de requerimento administrativo para solicitação das fichas funcionais dos associados, para possível ajuizamento de ação. Tal reunião contou com a assinatura de 32 associados. Nesse contexto, houve sim expressa autorização para o requerimento administrativo de fornecimento de holerites. Diante dessa realidade, é de rigor a concessão da ordem para determinar a entrega das fichas financeiras apenas aos associados que anuíram expressamente com a propositura do *mandamus*, cujos nomes estão indicados na lista anexa à ata da assembleia geral extraordinária da Asapal, do dia 31.08.2015. Ademais, presumível que a impetrante atua no interesse de seus associados.

Não se vislumbra quebra da harmonia constitucional no fornecimento de documentos de titularidade dos servidores-aposentados. Primeiro, porque houve consentimento de diversos associados da impetrante. Segundo, porque todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (inciso XXXIII do art. 5º, CF). No que concerne ao interesse particular, convém repetir, houve autorização de vários aposentados da ora impetrante. No aspecto coletivo, sobretudo quanto se trata de remuneração, há interesse público acerca dos ganhos do servidor. Para tornar essa premissa realidade, foi criada a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011). Com a vigência dessa lei, a publicidade tornou-se a regra e o sigilo, a exceção.

Acerca da publicidade e a título de exemplo, para garantir o cumprimento da lei de acesso à informação no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n. 151, que determina a divulgação nominal da remuneração recebida por membros, servidores e colaboradores do Judiciário na internet.

Concessão parcial da ordem, para determinar que a autoridade impetrada forneça os holerites requeridos pela impetrante em tempo razoável (prazo de 60 dias após a publicação do acórdão), mas somente aos servidores que anuíram expressamente com a propositura do *mandamus*, cujos nomes estão indicados na lista anexa à ata da assembleia geral extraordinária da Asapal do dia 31.08.2015. Os holerites a serem fornecidos se restringem àqueles referentes à data anterior a maio do ano 2013, já que os contemporâneos com a referida data estão disponíveis na internet.

## 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 arguida, no mérito, conceder parcialmente a ordem nos termos do voto do Relator, com os acréscimos do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 29 de junho de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Asapal - Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul ajuíza mandado de segurança contra ato imputado ao Deputado Estadual Júnior Mochi, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em resumo, a impetrante se qualifica como entidade civil sem fins lucrativos e tem como objetivo defender os interesses de seus associados, aposentados e pensionistas da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul.

Afirma ter requerido administrativamente, em 29.09.2015, o fornecimento de fichas financeiras (holerites) dos últimos cinco anos de cada um de seus associados, bem como a ficha financeira (holerite) de cada associado antes da transformação da remuneração em proventos, ou seja, *“a última que recebeu vencimento-base em vez de proventos”* (f. 02).

Ocorre que no dia 15.10.2015 foi indeferido o pedido administrativo pela autoridade impetrada, apontando como fundamento o fato de que, a partir de maio de 2013, os holerites estariam a disposição na internet, e que os anteriores holerites teriam sido entregues na data do pagamento, informando, ainda, que o requerimento da impetrante ficaria sobrestado até final pronunciamento de mérito do mandado de segurança n. 1405932-86.2014.8.12.0000 (feito já julgado pelo Órgão Especial).

Contrapõe-se ao ato coator sustentando que se trata de medida de retaliação da autoridade impetrada, vez que o citado mandado de segurança não tem conexão com o pleito administrativo. Ademais, nos termos do art. 5º, XXXIV, “b”, da CF, são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Aponta, ainda, desrespeito ao disposto no art. 1º e parágrafo único, I, e art. 10, 11, § 1º, I, II, III e § 2º, todos da Lei n. 12.527/2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados por todos os entes políticos, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, inciso II do § 3º, do art. 3º e § 2º, do art. 216, todos da Constituição Federal.

Requer a concessão da segurança para o fim de determinar a entrega imediata das fichas financeiras de todos os seus associados dos últimos 05 (cinco) anos e ainda a *“a última ficha financeira (holerite) de cada associado antes da transformação de sua remuneração em proventos, ou seja, a última que recebeu vencimento-base em vez de proventos.”* (f. 07).

Instruiu com os documentos de f. 8-36.

Através do despacho de f. 39-40, foi determinada a notificação da autoridade impetrada para prestar informações, bem como do Estado de Mato Grosso do Sul para que integre a lide, querendo, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

A autoridade coatora, Presidente da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, prestou informações, alegando que desde o mês de maio de 2013 os “contracheques” se encontram disponibilizados na internet, no portal da própria Assembleia Legislativa, e que os holerites anteriores àquela data foram entregues diretamente aos servidores nas respectivas datas de seus vencimentos.

Aduziu, ainda:

*“que havendo dúvida quanto à legitimidade dos representação dos servidores inativos, a Administração não pode entregar tais documentos, pois os vencimentos dos servidores possuem caráter sigiloso podendo ser entregue somente ao próprio servidor ou procurador legalmente constituído com poderes específicos.”* (f. 56).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações levantando preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito em razão da inadequação da via eleita; no mérito, pela denegação da segurança (f. 57-62).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, pela denegação da ordem (f. 67-78).

### **VOTO (EM 18.05.2016)**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de mandado de segurança ajuizado por Asapal - Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul contra ato imputado ao Deputado Estadual Júnior Mochi, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme relatado, a impetrante se qualifica como entidade civil sem fins lucrativos e tem como objetivo defender os interesses de seus associados, aposentados e pensionistas da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul.

Afirma ter requerido administrativamente, em 29.09.2015, o fornecimento de fichas financeiras (holerites) dos últimos cinco anos de cada um de seus associados, bem como a ficha financeira (holerite) de cada associado antes da transformação da remuneração em proventos, ou seja, *“a última que recebeu vencimento-base em vez de proventos”* (f. 02).

Ocorre que, no dia 15.10.2015, foi indeferido o pedido administrativo pela autoridade impetrada, apontando como fundamento o fato de que, a partir de maio de 2013, os holerites estariam a disposição na internet, e que os anteriores holerites teriam sido entregues na data do pagamento, informando, ainda, que o requerimento da impetrante ficaria sobrestado até final pronunciamento de mérito do mandado de segurança n. 1405932-86.2014.8.12.0000 (feito já julgado pelo Órgão Especial).

Contrapõe-se ao ato coator sustentando que se trata de medida de retaliação da autoridade impetrada, vez que o citado mandado de segurança não tem conexão com o mencionado pleito administrativo. Ademais, nos termos do art. 5º, XXXIV, “b”, da Lei Maior, são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Aponta, ainda, desrespeito ao disposto no art. 1º e parágrafo único, I e art. 10, 11, § 1º, I, II, III e § 2º, todos da Lei n. 12.527/2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados por todos os entes políticos, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, inciso II do § 3º, do art. 3º e § 2º, do art. 216, todos da Constituição Federal.

Requer a concessão da segurança para o fim de determinar a entrega imediata das fichas financeiras de todos os seus associados dos últimos 05 (cinco) anos e ainda a *“a última ficha financeira (holerite) de cada associado antes da transformação de sua remuneração em proventos, ou seja, a última que recebeu vencimento-base em vez de proventos.”* (f. 07).

A autoridade coatora, Presidente da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, prestou informações alegando que desde o mês de maio de 2013 os “contracheques” se encontram disponibilizados na internet, no portal da própria Assembleia Legislativa, e que os holerites anteriores àquela data foram entregues diretamente aos servidores nas respectivas datas de seus vencimentos.

Aduziu, ainda, “*que havendo dúvida quanto à legitimidade dos representantes dos servidores inativos, a Administração não pode entregar tais documentos, pois os vencimentos dos servidores possuem caráter sigiloso podendo ser entregue somente ao próprio servidor ou procurador legalmente constituído com poderes específicos.*” (f. 56).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações, levantando preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito em razão da inadequação da via eleita; no mérito, pela denegação da segurança (f. 57-62).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, pela denegação da ordem (f. 67-78).

Preliminar de inadequação da via eleita

Em suas informações, o Estado de Mato Grosso do Sul suscita preliminar de inadequação da via eleita, que tecnicamente seria a ausência de interesse processual da impetrante. Alega que a Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa - ASAPAL, equivocadamente impetrou o presente *mandamus* quando o correto seria a impetração de *habeas data*, porquanto se trata de pedido visando assegurar o acesso a informações documentais (fichas financeiras).

Com efeito, dispõe LXXII, do art. 5º, Constituição Federal:

“LXXII- Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Acerca do conceito e natureza jurídica do *habeas data*, trago a lição do professor Pedro Lenza<sup>1</sup>, que assim se reporta:

“A garantia constitucional do *habeas data*, regulamentada pela Lei n. 9.507, de 12.11.1997, destina-se a disciplinar o direito de acesso a informações, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para o **conhecimento ou retificação** (tanto informações erradas como imprecisas, ou, apesar de corretas e verdadeiras, desatualizadas), todas referentes a **dados pessoais**, concernentes à **pessoa do impetrante**.

Essa garantia não se confunde com o direito de obter certidões (art. 5º, XXXIV, “b”), ou informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII). Havendo recusa no fornecimento de certidões (para a defesa de direitos ou esclarecimentos de situações de interesse pessoal, próprio ou de terceiros), ou informações ou informações de terceiros o remédio próprio é o **mandado de segurança**, e não o *habeas data*. Se o pedido for para assegurar o conhecimento de informações relativas à **pessoa do impetrante**, como visto, o remédio será o *habeas data*.

A sutileza da primeira distinção foi muito bem apreendida por Michel Temer: ‘O *habeas data* também não pode ser confundido com o direito à obtenção de certidões em repartições públicas. Ao pleitear certidão, o solicitante deve demonstrar que o faz para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, ‘b’).

1 **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 1052

*No habeas data basta o simples desejo de conhecer as informações relativas à sua pessoa, independentemente da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos”. Grifos no original.*

No caso destes autos, a impetrante objetiva a obtenção de documentos (cópias de contracheques/holerites) em repartição pública para esclarecimento de situação de interesse pessoal de seus associados e para defesa de direitos, de modo que a ação correta é de fato o mandado de segurança, e não o *habeas data*.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

*“HABEAS DATA. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. DIREITO DE OBTER CONTRACHEQUES. EXTINÇÃO DO FEITO QUE SE IMPÕE. ART. 267, VI, DO CPC. O não fornecimento de contracheques em tempo hábil, dá ensejo a impetração de mandado de segurança e não de habeas data, porquanto a pretensão é de obtenção de documento para defesa de direitos de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, CF), evidenciando-se direito líquido e certo. Extinção do feito, com fulcro no art. 267, VI, ante a inadequação da via eleita. HABEAS DATA EXTINTO, DE ACORDO COM O ART. 267, VI, DO CPC. (TJRS. Habeas Data Nº 70039267380, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Relator(a): Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 18/05/2011).”*

Assim, verificada a adequação da via eleita (*rectius*: o interesse processual da impetrante), rejeito a preliminar.

Mérito

O objeto do *writ* diz respeito à análise acerca de eventual ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade impetrada, ao indeferir pedido administrativo consistente no fornecimento de fichas financeiras (holerites) dos últimos cinco anos dos associados da ora impetrante, servidores públicos aposentados e pensionistas.

A autoridade impetrada alega que desde o mês de maio de 2013 os “contracheques” se encontram disponibilizados na internet, no portal da própria Assembleia Legislativa, e que os holerites anteriores àquela data foram entregues diretamente aos servidores nas respectivas datas de seus vencimentos.

Aduz, ainda:

*“que havendo dúvida quanto à legitimidade dos representação dos servidores inativos, a Administração não pode entregar tais documentos, pois os vencimentos dos servidores possuem caráter sigiloso podendo ser entregue somente ao próprio servidor ou procurador legalmente constituído com poderes específicos.” (f. 56).*

O Estado de Mato Grosso do Sul segue a mesma linha de orientação da autoridade apontada como coatora, batendo-se pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu turno, pondera que a divulgação de dados financeiros por intermédio de requerimentos administrativos ou de quaisquer outros meios, sem qualquer justificativa razoável e concreta ou sem o consentimento do titular, resulta em violação às normas do inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal e à lei que regula o acesso às informações - Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Compulsando os autos, contudo, cheguei à conclusão diversa.

A impetrante requer o fornecimento de cópias de fichas financeiras (holerites) dos últimos cinco anos de seus associados, servidores públicos aposentados e pensionistas.

É incontroverso nos autos que desde o mês de maio de 2013 os “contracheques” se encontram disponibilizados na internet, no portal da própria Assembleia Legislativa. Se desde maio de 2013 os holerites estão disponíveis na rede mundial de computadores, basta a impetrante consultar e imprimir os contracheques a partir da mencionada data.

No entanto, não vislumbro plausibilidade em negar acesso aos holerites em data anterior a maio de 2013, pelo só argumento de que os “contracheques” foram entregues diretamente aos servidores nas respectivas datas de seus vencimentos.

É de se presumir que diversos aposentados não arquivaram tais documentos (anteriores a maio de 2013). Eles, obviamente, têm direito ao acesso a tais informações, em razão do direito fundamental previsto no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, “b”, da Constituição Federal.

Não consigo vislumbrar a possibilidade de embaraço na obtenção de informações e/ou certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal dos servidores aposentados.

Ao contrário do quanto pontuado pelo órgão ministerial, tenho como não plausível a afirmação de que a impetrante não apresentou justificativa razoável e concreta para a obtenção dos holerites, e sem o consentimento dos aposentados, diretamente interessados.

Basta examinar a deliberação levada efeito pela assembleia geral da Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, ocorrida em agosto do ano passado. Na dita reunião, deliberou-se acerca da questão de revisão salarial, que restou inexitosa perante a o legislativo do Estado. Diante do insucesso da pretendida revisão salarial, deliberou-se acerca da necessidade de requerimento administrativo para solicitação das fichas funcionais dos associados, para possível ajuizamento de ação. Tal reunião contou com a assinatura de 32 associados (f. 26-33).

Assim, houve expressa autorização para o requerimento administrativo de fornecimento de holerites, que ora se aprecia. Tal autorização prescinde de procuração com poderes especiais, já que na assembleia geral houve deliberação sobre a questão de pedido administrativo para fornecimento de documentos perante a autoridade impetrada. Ademais, presumível que a impetrante atua no interesse de seus associados.

Por outro lado, não se vislumbra quebra da harmonia constitucional no fornecimento de documentos de titularidade dos servidores-aposentados.

Primeiro, porque houve consentimento dos associados da impetrante. Segundo, porque todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República). No que concerne ao interesse particular, como dito, houve autorização dos aposentados da ora impetrante. No aspecto coletivo, sobretudo quanto se trata de remuneração, há interesse público acerca dos “ganhos do servidor”. Para tornar essa premissa uma realidade, foi criada a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011). Com a vigência dessa lei, a publicidade tornou-se a regra e o sigilo, a exceção.

A título de exemplo, para garantir o cumprimento da lei de acesso à informação no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n. 151, que determina a divulgação nominal da remuneração recebida por membros, servidores e colaboradores do judiciário na internet. Os dados referentes à folha de pagamento do quadro de pessoal do CNJ, desde junho de 2012, podem ser obtidos no sistema remuneração. Informação sobre períodos anteriores estão disponíveis no link informações sobre pessoal - Folha de Pagamento.

Mesmo antes da sanção da citada lei de acesso à informação, o CNJ já adotava medidas para tornar mais transparentes as atividades dos órgãos do Poder Judiciário. Em dezembro de 2009, a Resolução n. 102

do Conselho determinou aos tribunais a publicação na internet de informações sobre a gestão orçamentária e financeira, quadro de pessoal e estrutura de remuneração de magistrados e servidores. Pela resolução, os tribunais têm a obrigação de tornar públicos todos os seus gastos, inclusive despesas com passagens, diárias, contratação de serviços e obras. Essas informações estão disponíveis no Portal da Transparência ou no link “transparência” nos sites dos tribunais.

Internamente, o CNJ criou o espaço que divulga dados sobre a sua execução orçamentária e financeira, além das despesas com pessoal, licitações e contratos, e sua relação de carros oficiais, em cumprimento às Resoluções n 79, 83 e 102. ([http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_79\\_09062009\\_10102012214430.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_79_09062009_10102012214430.pdf))

Diante dessa realidade, não vislumbro ofensa à imagem, honra ou privacidade dos associados da impetrante. Pelo contrário, as informações requeridas se constituem em direito dos servidores aposentados e dever da administração em fornecê-los em tempo razoável. Também por questão de isonomia e desde que precedido de razoável motivação, terceiros também podem ter acesso a tais documentos, como forma de transparência com os gastos públicos.

A propósito, confira-se a jurisprudência:

*“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE ESPERENÇA DO SUL. SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. NEGATIVA NO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XXXIII, DA CF. O acesso às informações existentes nos órgãos governamentais é assegurado pela CF (art. 5º, XXXIII). Da mesma forma, a Administração Pública está diretamente submetida aos princípios elencados no art. 37, CF, dos quais se destaca o princípio da publicidade. Negaram provimento ao apelo, confirmando a sentença em reexame necessário. Unânime. (TJRS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70051124733, Quarta Câmara Cível, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 17/09/2014).”*

*“APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COLETIVO. PEDIDO DE INFORMAÇÕES. SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADOS MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO INTERPOSTA POR PREFEITO. ILEGITIMIDADE. Não conheceram do apelo e confirmaram a sentença em reexame necessário. Unânime.” (TJRS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70039299367, Quarta Câmara Cível, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 29/05/2013).*

*“APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO MUNICIPAL DE SALVADOR DO SUL. DIREITO DE INFORMAÇÃO. CERTIDÃO. Constitui garantia constitucional o direito de obtenção da administração pública de informações de interesse individual ou coletivo (art. 5º, XXXIII, CF/88). Dever de expedição das correspondentes certidões em prazo razoável. Precedentes jurisprudenciais. Apelação desprovida. Sentença confirmada em reexame necessário.” (TJRS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70022332597, Terceira Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 05/06/2008).*

Desta forma, entendo que a autoridade impetrada deverá fornecer os holerites requeridos pela impetrante em tempo razoável, que reputo em 60 (sessenta) dias após a publicação do acórdão. Todavia, os holerites a serem fornecidos se restringem àqueles referentes à data anterior a maio do ano 2013, já que os contemporâneos com a referida data estão disponíveis na internet.

Posto isso, contra o parecer, concedo parcialmente a segurança, para o fim de determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação do acórdão, proceda a entrega

das fichas financeiras de todos os associados da ora impetrante, referentes a data anterior ao mês de maio de 2013, nos termos do requerimento administrativo, sob pena de desobediência.

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar arguida, nos termos do voto do relator no mérito, o julgamento ficou adiado para sessão do dia 29.06.2016. Em face do pedido de vista do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e em razão das férias do relator, após o relator conceder parcialmente a ordem, os demais aguardam.

### **VOTO (EM 29.06.2016)**

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisá-lo. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Asapal – Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul contra ato praticado pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O i. relator, Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva proferiu voto no sentido de afastar a preliminar de inadequação da via eleita arguida pelo Estado e, quanto ao mérito, concedeu parcialmente a segurança pretendida na peça inaugural.

Em relação à preliminar, acompanhei o relator. Entretanto, quanto ao mérito do *writ*, verifico a necessidade de uma observar um ponto que impede a concessão da segurança com relação a todos os associados.

Esclarece-se que a impetrante, atuando em representação processual de seus associados, formulou pedido no sentido de determinar que a autoridade impetrada forneça as fichas financeiras de todos os associados que estão na lista anexa aos autos, referentes aos cinco últimos anos bem como a última ficha financeira de cada associado antes da transformação de sua remuneração em proventos (f. 01-07).

Por sua vez, o relator considerou que desde maio de 2013, os holerites estão disponibilizados para consulta pela internet, no próprio site da Assembleia Legislativa, bastando que os servidores realizem uma consulta na rede mundial de computadores.

Em relação aos documentos anteriores àquela data (maio/2013), por força do direito ao acesso a informações, e tendo havido o consentimento dos associados da impetrante, o relator entendeu que todos têm o direito de receber os documentos solicitados, de modo que a liberação destas informações não ofende à imagem, honra ou privacidade dos aposentados.

O e. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva concluiu concedendo *“parcialmente a segurança, para o fim de determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação do acórdão, proceda a entrega das fichas financeiras de todos os associados da ora impetrante, referentes a data anterior ao mês de maio de 2013, nos termos do requerimento administrativo -, sob pena de desobediência.”*

A respeito da matéria debatida nos autos, não se pode contestar o direito dos servidores públicos aposentados de obterem suas fichas financeiras referentes ao período anterior a maio de 2013, momento a partir do qual os contracheques passaram a ser disponibilizados no site da Assembleia Legislativa.

Aliás, a Constituição Federal arrolou o direito à informação como norma fundamental dispondo que *“todos têm direito a 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”* (artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/1988).

A Carta Magna prossegue estabelecendo que:

“Art. 5º (...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...)

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (...).”

Logo, todo cidadão tem direito de receber informações de seu interesse, conforme brilhantemente pondera José Afonso da Silva:

“o direito previsto é o de receber informações requeridas que sejam de interesse do requerente, ou de uma coletividade a que ele pertence, ou gerais. A esse direito, devidamente requerido e formulado, corresponde a obrigação dos órgãos públicos de satisfazê-lo, mediante apresentação das informações requeridas no prazo que a lei estabelecer, que gira entre 15 a 30 dias” (Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129).

Contudo, não deve passar sem registro a existência de um vício de representação processual, uma vez que a associação impetrante não goza de legitimidade para impetrar o *mandamus* em nome de todos os seus associados.

A representação processual dos associados encontra previsão na Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 5º (...)

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (...).”

Neste ponto, após muita discussão envolvendo o alcance da expressão “quando expressamente autorizados” constante no inciso XXI acima transcrito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 573.232/SC consolidou o entendimento no sentido de ser necessário o consentimento expresso dos filiados para que a associação possa lhes representar judicial ou extrajudicialmente, não sendo suficiente a previsão genérica estatutária.

A propósito, transcreve-se o julgado:

**“REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial (STF; RE 573232, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, Repercussão Geral - Mérito DJe-182 Divulg 18-09-2014 Public 19-09-2014 Ement Vol-02743-01 PP-00001) – destacado.”**

O julgado definiu justamente que a atuação das associações não enseja substituição processual, mas sim uma representação específica.

No voto proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio, foi destacado, *verbis*:

**“(...) É inconcebível que haja uma associação que pelo estatuto não atue em defesa dos filiados. É inconcebível. O que nos vem da Constituição Federal? Um trato diversificado, considerado o sindicato, na impetração coletiva, quando ele realmente figura como substituto processual, o sindicato, nas ações diversas, presente o artigo 8º, inconfundível com a entidade que é embrionária do sindicato que é a associação, que também substitui os integrantes da categoria profissional ou da categoria econômica, e as associações propriamente ditas. Em relação a essas, o legislador foi explícito ao exigir mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto, ao exigir que elas tenham - e isso pode decorrer de uma deliberação em assembléia - autorização expressa, que eu diria específica, para representar - e não substituir, propriamente dito - os integrantes da categoria profissional. (...)”**

**Prevê o estatuto autorização geral para associação promover a defesa, claro, porque qualquer associação geralmente tem no estatuto essa previsão. Mas, repito, exige mais a Constituição Federal, que haja o credenciamento específico. (...) Indaga-se: formado o título executivo judicial, como foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa associação quanto aos beneficiários, a partir da autorização explícita de alguns associados, é possível posteriormente ter-se - e aqui eu penso que os recorridos pegaram uma carona nesse título - a integração de outros beneficiários? A resposta para mim é negativa. É negativa, primeiro, Presidente, porque, quando a Associação, atendendo ao disposto na Carta, juntou-as às autorizações individuais, fazendo ela, viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial. Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva. (...) - destacado.”**

O Ministro Marco Aurélio, em outra oportunidade, julgando a mesma matéria, proferiu decisão monocrática a qual peço vênia para transcrever:

**“(...) CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. NECESSIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º XXI. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Em se tratando de ação coletiva ajuizada por associação de classe, resta configurada a hipótese da representação processual, a exigir autorização expressa dos associados, nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Ausentes as autorizações devidas, ainda que em forma de anuência da categoria, com registro em ata de assembléia, é crível reconhecer a ilegitimidade ativa das associações promoventes, o que conduz à extinção do processo sem julgamento do mérito. 2. De início, descabe confundir a ausência de entrega aperfeiçoada da prestação jurisdicional com decisão contrária aos interesses defendidos. A violência ao devido processo legal não pode ser tomada como uma alavanca para alçar a este Tribunal conflito de interesses cuja solução se exaure na origem. A tentativa acaba por se fazer voltada à transformação do Supremo em mero revisor dos atos dos demais tribunais do País. Na espécie, o Colegiado de origem procedeu a julgamento fundamentado de forma consentânea com a ordem jurídica. Eis como delimitada a controvérsia pelo Tribunal de origem (folhas 323 e 324): É certo que a petição inicial se fez acompanhar dos estatutos de ambas as associações (fls. 09 a 33 e 37 a 54 dos autos), porém somente os estatutos não bastam para legitimar o agir das associações, como expressamente registrado na ementa do acórdão do STF, acima transcrita. (...) Quanto a Associação dos Subtenentes e Sargentos, é certo que seu**

*estatuto, no art. 4º, letra “a”, prevê como finalidade da associação “a defesa individual ou coletiva, administrativa ou judicial, dos direitos e interesses de seus associados”, porém tal disposição, como vimos, não é suficiente, sendo imprescindível a autorização expressa dos associados, ou pelo menos a juntada da ata de assembléia geral da associação dando conta da deliberação, ainda que por maioria, favorável à propositura da ação, o que também não foi trazido aos autos. É que um ou outro associado, ou até um grupo deles, pode não concordar em participar da ação coletiva, e como se trata de representação, cuja demanda deveria ser proposta em nome do associado, representando pela entidade, a anuência expressa é imperativo constitucional. Convém ressaltar, por fim, que a juntada da relação nominal de todos os policiais militares, providenciada no curso do processo, não tem o condão de suprir o vício ora detectado, porquanto, para tanto, como dito, seria necessária a autorização expressa dos associados, ou pelos menos a comprovação da ausência da categoria, com registro em ata na assembléia respectiva. [...] A prevalecer a tese contida no extraordinário, no sentido que as associações se igualizam aos sindicatos, atribuiríamos ao Legislador constituinte a inserção não apenas de palavras, mas de preceitos inócuos na Constituição Federal – o que previsto no artigo 5º, incisos XXI e LXX. (...) 3. Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência do Supremo, nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 25 de abril de 2011. Ministro Marco Aurélio Relator” (STF; RE 347940, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 25/04/2011, publicado em DJe-082 Divulg 03/05/2011 Public 04/05/2011).”*

Em suma, considerando que o dispositivo constitucional em exame trata de hipótese de representação processual ou específica, é indispensável que o Estatuto da Associação preveja a possibilidade da representação e que haja expressa autorização dada pelos associados. Somente neste caso estarão preenchidos os pressupostos processuais para a aferição da capacidade para estar no processo em defesa de direitos individuais homogêneos de seus membros.

No caso *sub judice*, apesar da Ata de Criação, Aprovação do Estatuto e Eleição da Primeira Diretoria Executiva da Associação dos Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul – ASAPAL/MS possibilitar a defesa jurídica dos interesses da classe (artigo 1º - f. 12), não há a autorização expressa de todos os associados, mas apenas daqueles que estiveram presentes na assembleia extraordinária realizada para tratar do assunto ora discutido em juízo.

Com efeito, em 31.08.2015, foi convocada a assembleia geral extraordinária da Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul – ASAPAL/MS, sendo deliberado o seguinte (f. 26):

***“(...) Segunda Pauta: Revisão Salarial; o último requerimento solicitado junto à Diretoria Geral de Recursos Humanos foi indeferido, temos que decidir qual procedimento tomar. Colocado em discussão, a Segunda Pauta sobre a Revisão Salarial foi colocado em votação nos seguintes termos: a Presidência fará um requerimento junto à Diretoria Geral de Recursos Humanos solicitando a ficha funcional e financeira dos associados e em caso de negativa a Assembleia Geral autoriza essa Presidência a requerer essas informações via Poder Judiciário. Colocado em cotação: Aprovado por unanimidade. (...) – destacado.”***

Sendo assim, conforme entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, o requisito relacionado à representação específica somente foi cumprido em relação àqueles associados que participaram da assembleia e concordaram com as deliberações, manifestando concordância com eventual propositura da ação visando obter os documentos ora pleiteados.

Ou seja, a representação processual somente pode ocorrer com relação aos 32 filiados que efetivamente participaram da assembleia, manifestando sua concordância (f. 28-31), não devendo alcançar

aqueles que não participaram da reunião (24 associados de um total de 56 – f. 34-35) e que, portanto, não manifestaram o desejo de que a Associação propusesse a ação.

Diante do exposto, voto no sentido de conceder parcialmente a segurança, nos moldes do voto do relator, apenas ressalvando que devem ser entregues as fichas financeiras apenas dos associados que tenham anuído expressamente com a propositura da ação e cujos nomes estão indicados na lista anexa à Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Asapal do dia 31.08.2015 (f. 28-31).

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Pela ordem pedi a palavra, para retificar em parte o voto que havia proferido em sessão passada.

Ouvi atentamente o voto do eminente desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, detentor de vista, que chegou à conclusão de que:

*“(…) a representação processual somente pode ocorrer com relação aos 32 filiados que efetivamente participaram da assembleia, manifestando sua concordância (f. 28-31), não devendo alcançar aqueles que não participaram da reunião (24 associados de um total de 56 – f. 34-35) e que, portanto, não manifestaram o desejo de que a Associação propusesse a ação. Diante do exposto, voto no sentido de conceder parcialmente a segurança, nos moldes do voto do relator, apenas ressalvando que devem ser entregues as fichas financeiras apenas dos associados que tenham anuído expressamente com a propositura da ação e cujos nomes estão indicados na lista anexa à Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Asapal do dia 31.08.2015 (f. 28-31).”*

Esta, creio, é a melhor solução para o conflito estabelecido, mormente a partir do precedente do STF, em que o eminente Ministro Marco Aurélio se pronunciou:

*“(…) Em se tratando de ação coletiva ajuizada por associação de classe, resta configurada a hipótese da representação processual, a exigir autorização expressa dos associados, nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Ausentes as autorizações devidas, ainda que em forma de anuência da categoria, com registro em ata de assembleia, é crível reconhecer a ilegitimidade ativa das associações promoventes, o que conduz à extinção do processo sem julgamento do mérito. 2. (...) Brasília, 25 de abril de 2011. Ministro Marco Aurélio Relator (STF; RE 347940, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 25/04/2011, publicado em DJe-082 Divulg 03/05/2011 Public 04/05/2011).”*

Com efeito, a ordem deve ser concedida, porém para beneficiar os associados que participaram da assembleia geral extraordinária e que consentiram com a pretensão da impetrante.

Posto isso, retificando em parte o voto que havia proferido, concedo em parte a ordem, contra o parecer, para que sejam entregues as fichas financeiras apenas aos associados que anuíram expressamente com a propositura do *mandamus*, cujos nomes estão indicados na lista anexa à ata da assembleia geral extraordinária da Asapal do dia 31.08.2015. Os holerites a serem fornecidos se restringem àqueles referentes à data anterior a maio do ano 2013, já que os contemporâneos com a referida data estão disponíveis na internet.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (5ª Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (11º 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 arguida, no mérito, concederam parcialmente a ordem nos termos do voto do Relator, com os acréscimos do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 29 de junho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0102268-10.2009.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL “*POST MORTEM*” POR SENTENÇA JUDICIAL – QUALIDADE DE MEEIRA E HERDEIRA DA COMPANHEIRA – RECURSO PROVIDO.

O art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, ao dispor sobre a instituição da família, reconhece a união estável como entidade familiar, para fins de proteção estatal.

Estando a união estável *post mortem* reconhecida em ação própria, e considerando a disposição do art. 1.790, do Código Civil, resta patente o direito da apelante à participação no inventário na qualidade de meeira e herdeira do *de cuius*.

APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE EXCLUSÃO DA PARTILHA – CASA DE MADEIRA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – IMÓVEL DE ALVENARIA ONDE FUNCIONA UM BAR – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE NÃO FORA CONSTRUÍDO ANTES DA CONVIVÊNCIA DO CASAL, INICIADA EM 1987 – RECURSO IMPROVIDO.

Ausente prova do que foi alegado, não há como acolher-se o pedido.

## 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 M. I. da S. e dar provimento ao de M. Z. da S., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por M. Z. da S., e pelos herdeiros de J. P. da S., M. I. da S., I. E. da S. M., I. E. da S., J. da S., J. P. da S., I. E. da S., J. P. da S., I. E. da S., L. A. P. da S., A. B. S. da S., M. H. S. da S. e H. L. da S., em face da sentença que julgou procedente a presente ação de reconhecimento de união estável.

Em suas razões recursais (f. 268-72), M. Z. da S., alega que a sentença merece reforma pois, apesar do reconhecimento da união estável entre a recorrente e J. P. da S., lhe foi reconhecido o direito de meeira, mas não o de herdeira. Entende que, por expressa previsão do art. 1.790, do CC, também é herdeira dos bens adquiridos na constância da união estável.

Assim, pede o provimento do recurso para o fim de reforma da sentença para o fim de declarar a recorrente também como herdeira do espólio de João Pereira da Silva.

Contrarrazões às f. 277-8, pelo improvimento do recurso.

M. I. da S., I. E. da S. M., I. E. da S., J. da S., J. P. da S., I. E. da S., J. P. da S., I. E. da S., L. A. P. da S., A. B. S. da S., M. H. S. da S. e H. L. da S., também pretendem a reforma da sentença, e para tanto alegam (f. 262-4), em síntese, que a sentença extrapolou o pedido de partilha de bens ao incluir na partilha os bens construídos no imóvel antes da união estável.

Assim, pedem o provimento do recurso para o fim de exclusão da partilha de uma casa de madeira e um salão onde funciona um bar, ambos construídos antes da união estável.

Contrarrazões às f. 282-4, com preliminar de não conhecimento por ausência de interesse recursal e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por M. Z. da S., e pelos herdeiros de J. P. da S., M. I. da S., I. E. da S. M., I. E. da S., J. da S., J. P. da S., I. E. da S., J. P. da S., I. E. da S., L. A. P. da S., A. B. S. da S., M. H. S. da S. e H. L. da S., em face da sentença que julgou procedente a presente ação de reconhecimento de união estável e partilha de bens.

Recurso de apelação de M. Z. da S.

A recorrente alega que a sentença merece reforma pois apesar do reconhecimento da união estável entre a recorrente e J. P. da S., lhe foi reconhecido apenas o direito à meação, mas não o de herdeira. Entende que, por expressa previsão do art. 1.790, do CC, também é herdeira dos bens adquiridos na constância da união estável.

Assim, pede o provimento do recurso para que seja reconhecida, também, a qualidade de herdeira do espólio de J. P. da S.

Cinge-se a controvérsia recursal à verificação do direito da apelante figurar como meeira e herdeira, ante o reconhecimento de sua qualidade de companheira do *de cuius*.

Cediço que a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, § 3.º, dispondo sobre a instituição da família, reconhece a união estável como entidade familiar, para fins de proteção estatal, como se segue:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*(...)*

*§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*

De igual modo, a legislação civil também reconhece a união estável como entidade familiar, como dispõe o Código Civil, em seu art. 1.723:

*Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

No caso dos autos, é incontroversa a união estável havida entre a apelante M. Z. da S. e o *de cujus* J. P. da S., notadamente considerando que a insurgência recursal dos demais herdeiros sequer a questiona.

Assim, razão assiste à recorrente no que tange ao pedido de reconhecimento de sua condição de herdeira, eis que, nos termos do art. 1.790, do Código Civil, o companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Com efeito, face ao reconhecimento da união estável por sentença judicial, inexistente óbice à apelante figurar como meeira e herdeira do *de cujus* quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Este é o teor do art. 1.790, do CC, que assim dispõe:

*Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:*

*I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;*

*II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;*

*III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;*

*IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança*

*Nesse sentido:*

*INVENTÁRIO. COMPANHEIRA. MEEIRA E HERDEIRA. CCB 1.790 INCISO I.*

*Sem prejuízo da sua meação, a companheira/companheiro herda do outro, em igualdade de condições com os filhos comuns, os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, conforme prescreve o Cód. Civil 1.790, I, norma que, consoante precedentes do TJDF, não ofende o princípio da isonomia, haja vista a distinção entre aquele instituto e o matrimônio. (TJDF; Rec 2013.00.2.022746-0; Ac. 915.842; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Fernando Habibe; DJDFTE 04/02/2016; Pág. 239.)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM POR SENTENÇA JUDICIAL. COMPANHEIRA SUPÉRSTITE NA QUALIDADE DE MEEIRA E HERDEIRA. RECURSO PROVIDO.*

*A Constituição da República de 1988, em seu art. 226, § 3º, ao dispor sobre a instituição da família, reconhece a união estável como entidade familiar; para fins de proteção estatal. Estando a união estável post mortem reconhecida em ação própria, e considerando a disposição do art. 1.790 do Código Civil, resta patente o direito da agravante à participação no inventário na qualidade de meeira e herdeira do de cujus. (TJMG; AI 1.0105.12.024374-3/001; Rel. Des. Moacyr Lobato; Julg. 29/10/2015; DJEMG 12/11/2015).*

Assim, resta evidenciado que a apelante tem direito à participação na partilha dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Recurso de apelação de M. I. da S., I. E. da S. M., I. E. da S., J. da S., J. P. da S., I. E. da S., J. P. da S., I. E. da S., L. A. P. da S., A. B. S. da S., M. H. S. da S. e H. L. da S.

Os recorrentes alegam que a sentença extrapolou o pedido de partilha ao incluir os bens construídos no imóvel antes da união estável, e pedem o provimento do recurso para o fim de excluir da partilha uma casa de madeira e um salão de alvenaria onde funciona um bar, ambos construídos antes da união estável.

Em contrarrazões (f. 282), a apelada alega preliminar de ausência de interesse recursal, a qual deve ser acolhida parcialmente.

Com efeito, os apelantes pretendem a reforma da sentença para que seja excluída da partilha uma casa de madeira e a construção de um salão de alvenaria.

Ocorre que, conforme destacado no dispositivo da sentença, determinou-se a partilha “*das benfeitorias edificadas no lote 08 da quadra 09, Jardim Ouro Verde, matrícula nº 35768 do CRI local, descrito às f. 05, quais sejam: uma casa de alvenaria com área aproximada de 50ms<sup>2</sup> e um salão de alvenaria com área aproximada de 20ms<sup>2</sup>. Essas benfeitorias ficarão em condomínio entre a autora e os requeridos, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para a autora e 50% (cinquenta por cento) para os requeridos.*” (f. 256).

Assim, ao contrário do que afirmam os apelantes, a casa de madeira não foi objeto de partilha, de modo que, neste ponto, não possuem interesse recursal.

No que tange a edificação de um prédio de alvenaria, local onde funciona um bar, conforme fotografias de f. 39-46, não há provas de que tenha sido realizada em momento anterior à convivência do casal, a qual iniciou em 1987 e durou até 2006.

Nesse contexto, como bem destacado pelo julgador, “*as construções no imóvel de matrícula nº 35768 registrados no CRI local, foram realizadas na constância do casamento.*” (f. 255).

Assim, a irresignação dos apelantes não merece prosperar.

Nesse sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS. PATRIMÔNIO CONSTITUÍDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DO ESFORÇO COMUM ENTRE OS COMPANHEIROS. AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. AUTOMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DA RELAÇÃO MARITAL CUJO FINANCIAMENTO RESTOU QUITADO DURANTE SUA CONSTÂNCIA POSSIBILIDADE DA PARTILHA NA PROPORÇÃO DAS PARCELAS PAGAS DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL. DECISÃO REFORMADA NESTE ASPECTO RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. São partilháveis os bens adquiridos na constância da união estável, uma vez não comprovadas as hipóteses legais de incomunicabilidade. 2. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum. (TJPR; ApCiv 1151682-4; São Miguel do Iguaçu; Décima Segunda Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Joeci Machado Camargo; DJPR 21/07/2014; Pág. 200).*

Dispositivo

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao recurso de apelação interposto por M. Z. da S., para o fim de reformar parcialmente a sentença e reconhecer o seu direito de figurar na qualidade de meeira e herdeira dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável com o *de cujus* J. P. da S.

Conheço do recurso de apelação interposto por M. I. da S., I. E. da S. M., I. E. da S., J. da S., J. P. da S., I. E. da S., J. P. da S., I. E. da S., L. A. P. da S., A. B. S. da S., M. H. S. da S. e H. L. da S., mas a ele nego provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de M. I. da S. e deram provimento ao de M. Z. da S., 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. Divoncir Schreiner Maran e Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 30 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0800533-79.2011.8.12.0017 - Nova Andradina**  
**Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO – ACIDENTE EM RODOVIA – MÁ CONSERVAÇÃO DA MALHA VIÁRIA – BURACO – OMISSÃO DO ESTADO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – NEXO DE CAUSALIDADE – DANOS MATERIAIS – FALHA DO SERVIÇO – CONDENAÇÃO MANTIDA POR OUTROS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de responsabilidade subsidiária do Estado pelos danos decorrentes da omissão da AGESUL, fala-se em litisconsórcio facultativo entre os réus, para o que deve considerar-se que, embora a autarquia seja dotada de personalidade jurídica própria, tal fato não afasta a responsabilidade do ente que a criou.

Quando se trata de ato omissivo, é inaplicável a regra geral disposta pelo artigo 37, § 6.º, da CR.

Sendo de responsabilidade do Estado a fiscalização dos trabalhos conferidos à autarquia, o dever de indenizar é afeto ao mesmo, uma vez que se omitiu e incorreu em negligência ao não conservar a pavimentação das rodovias, nem sinalizar adequadamente os defeitos da pista.

Condenação mantida por outros fundamentos.

Recurso improvido.

## 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 negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença de f. 118-29, que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais ajuizada por Antonio Batista de Oliveira.

Referida sentença condenou o réu ao pagamento de R\$ 18.390,62 (dezoito mil trezentos e noventa reais e sessenta e dois centavos), a título de indenização por danos materiais, em favor de Antonio Batista de Oliveira, em decorrência de acidente de trânsito ocorrido na rodovia MS 276, Km 138.

O apelante reitera a preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que a responsabilidade pela conservação das rodovias estaduais é da AGESUL, pois a mesma possui autonomia técnica e financeira para a realização os serviços inerentes à conservação e sinalização de rodovias, de sorte que apenas em caso de insuficiência financeira da autarquia, sua responsabilidade seria subsidiária.

Sustenta ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, como a que fundamenta o presente feito, de maneira tal que cabia ao ofendido a comprovação do dano, do nexo de causalidade e da culpa por omissão administrativa, que não foi feito.

Defende que inexistiu comprovação de sua culpa, e em sendo a responsabilidade subjetiva, o ônus probatório não pode ser invertido a ponto de se presumir a culpa exclusivamente pela existência de buracos na pista.

Questiona a ausência de provas quanto à prudência do motorista, ora apelado, e impugna a extensão e quantificação dos danos materiais indicados na inicial.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para reverter o julgamento e declarar improcedentes os pleitos de indenização por danos materiais, haja vista não existirem comprovantes que atestem o real valor do conserto do carro, tampouco que o apelado tenha sido condenado ao pagamento referente aos danos causados ao veículo de terceiro.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às f. 153-8, com pleito para se negar provimento ao recurso e manter a sentença prolatada.

## VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença de f. 118-29, que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Referida sentença condenou o réu ao pagamento de R\$ 18.390,62 (dezoito mil trezentos e noventa reais e sessenta e dois centavos) a título de indenização por danos materiais em favor de Antonio Batista de Oliveira.

O apelante se insurge alegando ser parte ilegítima para responder pelos danos materiais causados ao ofendido, porque a responsabilidade pela conservação das rodovias estaduais é da autarquia AGESUL, pois a mesma possui autonomia técnica e financeira para a realização dos serviços inerentes à conservação e sinalização, de maneira que, apenas pelo fato de insuficiência financeira ou do patrimônio desta a condenação do Estado se daria de maneira subsidiária.

Sustenta ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, de maneira tal que o ônus de comprovar o dano, o nexo de causalidade e a culpa por omissão administrativa incumbe ao ofendido que, contudo, não o fez.

Reitera sua afirmação, alegando que tal ônus não pode ser invertido, como exposto:

*“(...). É totalmente descabido presumir que a existência de buracos na pista seja elemento afirmador da culpa do Estado. Num contexto fático onde a existência de buracos na pista é fato de conhecimento geral é justamente o contrário que se presume.*

*Ou seja, se o condutor estivesse trafegando com a devida atenção e dentro dos limites legais de velocidade para o local não haveria ocorrido o acidente, especialmente porque a visibilidade era boa no momento (não chovia e era dia) e o curso da pista era uma reta!. (...).*

Assim, pede a improcedência dos danos materiais, haja vista não existirem comprovantes que atestem o real valor do conserto do carro, tampouco que o apelado tenha sido condenado ao pagamento referente aos danos causados ao veículo de terceiro.

Pois bem. Consta dos autos que em 21/10/2010, Antonio Batista de Oliveira realizou manobra de desvio ao deparar-se com um buraco, que se encontrava sem sinalização, na rodovia MS 276, no trecho sentido Ivinhema/Nova Andradina, na altura do Km 138, resultando em colisão com outro veículo em que viajavam Ronaldo e Gevane Montoro, que por sua vez ultrapassava o automóvel do autor no instante da manobra.

Em decorrência do acidente o autor respondeu ação proposta perante o juizado especial por Ronaldo e Gevane, sendo condenado ao pagamento de R\$ 14.146,00 (quatorze mil cento e quarenta e seis reais), atualizados em R\$ 17.235,62 (dezesete mil duzentos e trinta e cinco reais e sessenta e dois centavos), sofrendo ainda dano patrimonial no valor de R\$ 1.155,00 (hum mil cento e cinquenta e cinco reais), valores que a sentença determinou sejam pagas pela ora apelante.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

Preliminarmente, o apelante reitera a sua ilegitimidade passiva para responder pelo evento, uma vez que competiria à AGESUL a conservação das rodovias estaduais.

Entretanto, tal não merece prosperar.

Como se relatou, a omissão do Estado por não fiscalizar os trabalhos realizados pela autarquia também é fato ensejador da responsabilidade civil que lhe é imposta, devendo o mesmo responder pelo dano causado ao ofendido.

Ademais, e como bem colocado na sentença, tratando-se de responsabilidade subsidiária do Estado pelos danos decorrentes da omissão da AGESUL, fala-se em litisconsórcio facultativo entre os réus, para o que deve considerar-se que, embora a autarquia seja dotada de personalidade jurídica própria, tal fato não afasta a responsabilidade do ente que a criou, consoante muito bem fundamentou o ilustre par, Des. Pavan, no acórdão que transcrevo:

*“(...). Por certo, caso seja subsidiária a responsabilidade, não se pode falar em necessidade de litisconsórcio entre a autarquia e o Estado. Contudo, isso não retira a possibilidade do litisconsórcio facultativo entre os réus, o qual poderá ser formado ou não por opção exclusiva de quem ajuíza a ação. Dessa forma, partindo dessa premissa, a ação poderia ter sido proposta tão somente em face do Estado de Mato Grosso do Sul ou da AGESUL, ou contra ambos, tendo em vista o fato de que uma das características marcantes do litisconsórcio facultativo é a existência de uma pluralidade de sujeitos que se vinculam entre si por qualquer das causas elencadas no art. 46 do Código de Processo Civil. Essa é a jurisprudência: “a facultatividade do litisconsórcio dá liberdade ao autor para instituí-lo, independentemente da vontade dos réus, se preenchidos os requisitos e pressupostos legais respectivos. ” (RT 589/155 e RP 47/283). Oportuno observar que o litisconsórcio facultativo serve à economia dos juízos, evitando-se a multiplicação de processos, além de oportunizar ao Estado a manifestação nos autos, primando, assim, pelos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Assim, independentemente da natureza da responsabilidade solidária ou subsidiária que doravante será declarada, o Estado de Mato Grosso do Sul deve ser mantido no polo passivo da ação indenizatória sendo, inclusive, a medida recomendada, por prestígio aos princípios acima transcritos”<sup>1</sup>.*

1 TJMS, AC 0000699-18.2009.8.12.0017, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, julgado em 13/04/2014.

A jurisprudência desta Casa já se pacificou neste sentido:

*EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL POR ACIDENTE DE TRÂNSITO - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - ACIDENTE CAUSADO POR BURACO NA PISTA DE ROLAMENTO - OMISSÃO DO ESTADO QUANTO À SUA MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO - RESPONSABILIDADE ESTATAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO. O Estado de Mato Grosso do Sul é legitimado para responder demandas fundadas em pleitos indenizatórios de eventual responsabilidade também da AGESUL. Caso seja demonstrado que um acidente tenha sido causado em razão das péssimas condições da pista de rolamento, que apresentava buracos de grande monta e não havia qualquer sinalização acerca de tais irregularidades, deve o Estado ser responsabilizado pelos danos experimentados pela vítima, haja vista a sua omissão quanto à conservação e manutenção da rodovia. (Relator(a): Des. Paschoal Carmello Leandro; Comarca: Aquidauana; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/12/2013; Data de registro: 14/01/2014. Recurso nº:0800645-50.2012.8.12.0005).*

*EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO AFASTADA - AUSÊNCIA DE REQUISITOS QUE GARANTAM A EXCLUSÃO DO MUNICÍPIO DO PÓLO PASSIVO - LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE NÃO AFASTA A LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO - AGRAVO IMPROVIDO. É pacífico o entendimento nas Cortes Superiores de que o Estado, no sentido latu, deve manter as vias públicas em boas condições de tráfego. (Resp 958466/RS, Rel.Min. Luiz Fux, DJe 15/10/2008). Firme nesse entendimento, tenho que até que se comprove a culpa do Município no acidente de trânsito objeto da lide, este ente deve ser mantido na lide, razão pela qual não há falar em acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva por ele arguida. “(...) O simples fato de o ente da Administração Indireta dispor de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira não conduz, por si só, à conclusão de que ele seria o legitimado passivo exclusivo, afastando a responsabilidade do Município”. (AgRg no agravo em recurso especial Nº 57.550 - PE (2011/0228160-4, Rel. Ministro Herman Benjamin) Recurso improvido. Decisão mantida. (Relator (a): Des. João Maria Lós; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/10/2013; Data de registro: 04/12/2013. Recurso nº:4009847-94.2013.8.12.0000).*

O mesmo se verifica nas Cortes Superiores:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA ESTADUAL. AUTARQUIA RESPONSÁVEL PELA CONSERVAÇÃO DAS ESTRADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA SUBSIDIÁRIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALEGAÇÃO, NO REGIMENTAL, DE QUE, PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO, A AUTARQUIA DEVERIA FIGURAR COMO PARTE, NO PROCESSO. INOVAÇÃO RECURSAL, EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, embora a autarquia seja responsável pela conservação e manutenção das rodovias, deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do Estado, pelos danos causados a terceiros, em decorrência de sua má conservação, motivo pelo qual não há que se falar em extinção do processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva. Precedentes. (STJ, REsp 1.137.950/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 30/03/2010; STJ, AgRg no REsp 875.604/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/06/2009).*

II. (...)

IV. *Agravo Regimental improvido.* (AgRg no AREsp 203.785/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014).

*ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.*

1. *O especial foi interposto nos autos de ação indenizatória ajuizada pelos recorridos contra o Estado do Rio Grande do Sul em razão de acidente de trânsito.*

2. (...) 4. *Malgrado a autarquia seja responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, mantém-se a responsabilidade subsidiária do Estado, não havendo que se falar em extinção do processo sem resolução de mérito em face da alegada ilegitimidade passiva (AgRg no REsp 875.604/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.6.09).*

5. *Recurso especial conhecido em parte e não provido.* (REsp 1137950/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010).

Assim, adequada a sentença ao afastar a preliminar arguida.

Da responsabilidade civil do Estado.

Quanto ao mérito, o apelante arguiu que a responsabilidade civil por omissão deve ser subjetiva, para o qual compete ao autor comprovar o dano, o nexo de causalidade e a culpa por omissão administrativa, o que não o fez.

Com razão o apelante no tocante à primeira afirmação, já que o tema resta pacificado no nosso Tribunal e no STJ, posto que quando se tratar de ato omissivo é inaplicável a regra geral disposta pelo artigo 37, § 6.º, da CR<sup>2</sup>.

Segundo a doutrina do jurista Rui Stoco:

*“Ora, a omissão do Estado é anônima, eis que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando se exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público.*

*Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, § 6.º, da, CF/88, nem no art. 43 do CC e, portanto, empenha responsabilidade subjetiva.*

*Dúvida não resta que, por força da evolução doutrinária e a adoção da teoria do risco administrativo mitigado, a responsabilidade do Estado e das demais pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, é, como regra, objetiva, desde que o dano decorra da atuação de um de seus agentes.*

*Contudo, nos atos omissivos, pelas razões expostas por Celso Antônio e pelo saudoso Hely Lopes Meirelles, essa responsabilidade depende da apuração de culpa, ou seja, a negligência da Administração.”<sup>3</sup>*

Como visto, a responsabilidade do Estado é subjetiva e depende da apuração de culpa em relação ao ato omissivo.

2 § 6.º 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.

3 Stoco, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência** – 8.ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.129.

Entendo que o provimento final da sentença deve ser mantido, e isso porque, através da leitura do croqui apresentado no relatório de acidente de trânsito (f.19-24) fica evidente a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e o fato causador do sinistro, qual seja, o buraco na rodovia, existente unicamente pela negligência e omissão do Estado.

Ademais, e como observado na sentença, a existência do buraco mostrou-se incontroversa, tanto assim que o apelante sequer contestou tal fato.

Também há prova nos autos de que não houve excesso de velocidade por parte dos envolvidos no acidente (f. 35-7), e muito embora o apelante insista na eventual imprudência dos motoristas, a realidade é que o sinistro ocorreu unicamente em razão do buraco na pista.

Sendo de responsabilidade do Estado a fiscalização dos trabalhos conferidos à autarquia, o dever de indenizar é afeto ao mesmo, uma vez que se omitiu e incorreu em negligência ao não conservar a pavimentação da via nem sinalizar adequadamente os defeitos da pista, o que permitiria melhores condições de tráfego e evitaria acidentes, como o aqui discutido, com danos aos usuários.

Ora, se o ofendido fez prova do dano que sofreu, e que sofreu o dano em decorrência da atitude omissa do Estado, o dever de indenizar é consequente.

Assim, preenchidos os pressupostos de que a responsabilidade de indenizar cabe ao apelante.

Dos danos materiais.

Em relação aos danos materiais pleiteados, estes foram devidamente comprovados às f. 8-45, e à toda evidência se verifica que o apelado foi condenado a ressarcir terceiros atingidos pela manobra de desvio do buraco existente na rodovia.

Ainda que o apelado não tenha comprovado o pagamento ao qual foi condenado, importa salientar que o mesmo terá de responder pelo débito, correndo risco de ter bens apropriados caso não o faça.

Por conta disso, deve o apelante ser responsabilizado pelo dano material causado ao ofendido, haja vista sua legitimidade e a comprovação da sua culpa *in non facere*.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo a condenação imposta ao apelante sob os fundamentos antes expostos.

## 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. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0806942-19.2011.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – VENDA DE VEÍCULO APREENDIDO JUDICIALMENTE – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA O LEILÃO EXTRAJUDICIAL – RESTITUIÇÃO DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM DECORRÊNCIA DA PROCEDÊNCIA DE EMBARGOS DE TERCEIRO – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE REPARAR A PERDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A instituição financeira que procede a venda antecipada do veículo apreendido judicialmente, contra a decisão que só o permitia se houvesse a autorização do juízo, compete a obrigação de reparar as perdas e danos sofridas pela parte que, dada a procedência de ação de embargos de terceiro, comprova que a apreensão foi indevida.

Os danos morais encontram-se devidamente caracterizados, porque a parte sofreu os transtornos e aborrecimentos em virtude da privação do veículo por ato da instituição financeira.

Não havendo parâmetros para a fixação do dano moral, o *quantum* deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva.

## 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, 28 de junho de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Banco Panamericano S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vera Lúcia Rebelo Soares, eis que esta obtivera sucesso em ações declaratórias de nulidade de contrato e gravame, de embargos de terceiros, além de ser extinta a ação de busca e apreensão que tinha por objeto veículo financiado, mas ainda assim o veículo foi alienado.

Alega que ajuizou ação de busca e apreensão em decorrência do inadimplemento contratual do devedor Marco Antonio da Silva, com quem efetivou o contrato de empréstimo com garantia de alienação fiduciária.

Assim, ao efetivar a alienação do veículo extrajudicialmente não cometeu qualquer ato ilícito. Além disso, “a parte autora não trouxe aos autos elementos incontestes para a comprovação do suposto fato lesivo causado pelo requerido, que seria devida no caso. Logo, infere-se que não há ato ilícito e muito menos dano material alegado.” (f. 211).

Também diz que não estão presentes os requisitos para configuração do dano moral, pois não há prova de que a apelada suportou algum prejuízo em decorrência do ato praticado pela apelante. Alternativamente, pede a redução do valor fixado a título de danos morais, e que os juros de mora incidam a partir do arbitramento.

Contrarrazões às f. 225-7, pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Panamericano S/A, em face da sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vera Lúcia Rebelo Soares, e o condenou ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, e R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), por danos materiais.

Afirma que ajuizou ação de busca e apreensão por conta do inadimplemento contratual de terceira pessoa estranha a este feito, com quem efetivou um contrato de empréstimo com garantia de alienação fiduciária. Portanto, ao efetivar a alienação do veículo extrajudicialmente não cometeu qualquer ato ilícito. Além disso, a parte autora não trouxe aos autos elementos incontestes para a comprovação do suposto fato lesivo, não havendo falar em dever de indenizar. Alternativamente pede a redução do valor fixado a título de danos morais, e que os juros de moa incidam a partir do arbitramento.

Conforme se extrai da sentença:

*“resta incontroverso neste autos que a instituição requerida firmou com terceiro estranho e este feito contrato de financiamento de veículo automotor (incidente sobre o veículo reivindicado pela requerente), com garantia de alienação fiduciária. Tal gravame foi posteriormente excluído do veículo da parte autora em razão de decisão definitiva proferida nos autos de ação anulatória. Outrossim, a requerente também obteve êxito em ação de Embargos de Terceiro por ela interposta visando a liberação do veículo apreendido em busca e apreensão movida em face de terceiro.” (f. 154).*

Também restou incontestes nos autos que a ação de busca e apreensão ajuizada em face do terceiro, foi extinta em 29/09/2008, sem julgamento de mérito em decorrência do julgamento procedente da ação de embargos de terceiro ajuizada pela apelada (f. 30-1), tanto é que a instituição financeira, após alienação do veículo, depositou em favor da autora o valor referente a alienação extrajudicial (f. 14).

Verifico, ainda, que a sentença de extinção da ação de busca e apreensão foi objeto de recurso de Apelação n.º 2009.031600-3, cujo acórdão acostado às f. 56-63, muito bem esclareceu os fatos. Vejamos:

*“(...) Inicialmente, para melhor apreciação da matéria, impõe-se o esclarecimento de alguns fatos contidos nos autos.*

*As partes celebraram um contrato de financiamento de um veículo Fiat Tempra, ano/modelo 1993, cor roxa, no valor de R\$ 9.831,00 (nove mil, oitocentos e trinta e um reais). O veículo foi dado em garantia (alienação fiduciária), ficando estabelecido que o pagamento da dívida seria feito em 36 (trinta e seis) parcelas mensais, cada uma no montante de R\$ 371,13 (trezentos e setenta e um reais e treze centavos).*

*O requerido sequer teria efetuado o pagamento da primeira prestação, estando inadimplente com relação a todas as parcelas ajustadas, razão pela qual foi notificado extrajudicialmente de sua mora (f. 12-13). Na seqüência, a requerente ajuizou, em 01 de novembro de 2006, ação de busca e apreensão pleiteando pela concessão de liminar (f. 02-05).*

*Quando do cumprimento da liminar de busca e apreensão, o oficial de justiça certificou que o veículo foi encontrado na posse de terceiros, Sra. Vera Lúcia Rabelo Soares e seu esposo Sr. Pedro Soares (f. 31-32). Em razão desta apreensão, foram opostos embargos de terceiros, feito autuado sob o n.º 002.07.000822-3 cuja pretensão foi julgada procedente, nos seguintes termos, verbis (f. 187-194):*

*“(…)*

*Assim, não tendo sido comprovada a relação contratual entre o banco e Marco Antônio da Silva, mas ao revés, tendo ficado clarividenciado que o contrato foi elaborado com irregularidades, a procedência do pedido inaugural se impõe.*

*Ante o exposto, julga-se procedente a pretensão inaugural da embargante para que o embargado proceda-lhe a restituição do veículo Fiat Tempra, ano 1993, cor roxa, placas HQX-4771, objeto da busca e apreensão n.002.06.012653-3, em apenso, revogando-se desta forma a liminar concedida naqueles autos (f.30-31), devendo o embargado devolver o referido veículo à parte ré, no prazo de 5 dias, ficando fixada uma multa de R\$200,00 por dia de descumprimento da medida (art.461 do CPC), a partir da data da publicação desta sentença no DJMS.*

*A parte ré fica condenada no pagamento das despesas processuais e em honorários advocatícios que ficam arbitrados em 10% sobre o valor da causa, corrigido desde a propositura da ação.*

*Encaminhe-se cópia integral destes autos e da busca e apreensão em apenso ao representante do Ministério Público para as providências que entender necessárias.*

*(…)”. ” (f. 58).*

Com efeito, verifico que a ação de busca e apreensão foi extinta, e a ação de embargos de terceiro foi julgada procedente, com expressa determinação para devolução do bem, o que não foi possível pois o mesmo já estava alienado, conduta que a meu ver foi ilícita porque realizada sem autorização judicial.

Nesse aspecto, coaduno com o entendimento manifestado na sentença, ao considerar que os transtornos e aborrecimentos oriundos da privação do veículo ocasionaram danos morais, suficientemente arbitrados na sentença.

Desta feita, configurada a irregularidade na sua conduta, e provada a caracterização do dano moral, o apelo não merece provimento.

Outrossim, necessário ressaltar que o dano moral que advém da indevida realização de busca e apreensão de veículo, em face de fraude cometida por terceiros, é considerado jurisprudencialmente *in re ipsa*, ou seja, é presumido, não se fazendo necessária a prova do prejuízo, pois decorre do próprio fato, uma vez que ofende a dignidade da vítima.

Nesse sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. VENDA DO VEÍCULO. INDENIZAÇÃO DO BEM OCORRIDO NOS AUTOS DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. MULTA DE 50%. ARTIGO 3.º, § 6.º DO DEL 911/69. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL EVIDENCIADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Há perda superveniente do objeto quanto ao pedido de indenização pela venda do veículo, já que após a propositura da presente demanda indenizatória foi prolatada decisão naqueles autos de busca e apreensão onde se reconheceu o direito da autora ao recebimento da pleiteada verba. 2. A multa prevista no art. 3.º, § 6.º, do Decreto n.º 911/69 é cabível apenas aos casos em que a ação de busca e apreensão é julgada improcedente, não se aplicando quando há extinção sem julgamento do mérito. 3. Não há se falar em exercício regular do direito, uma vez que pacificado na jurisprudência pátria que a alienação do veículo, enquanto em trâmite a ação de busca e apreensão e, conseqüentemente, a purgação da mora, somente é possível com prévia autorização judicial, inexistente in casu. (TJMS; APL 0051112-49.2010.8.12.0001; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; DJMS 24/02/2016; Pág. 19).*

No que tange ao *quantum*, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para tanto, é uma questão subjetiva, mas que deve obedecer alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, sobretudo, traduzindo-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Deve representar para o causador do dano uma forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

A determinação da quantia devida, a título de danos morais, fica ao arbítrio do julgador e deve atender a todos os prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua fixação.

Portanto, na quantificação do dano moral o julgador deve se valer de critérios de razoabilidade, considerando não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que a reparação do dano não se constitua em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Nesse contexto, considerando a realidade da vida e as peculiaridades do caso concreto, e em observação ao grau de culpa, a lesividade do ato e a repercussão da ofensa, entendo que o valor fixado R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) deve ser mantido.

Por fim, o dano material também restou devido, isso porque em decorrência da apreensão indevida do bem a autora viu-se obrigada a locar automóvel a fim de atender suas necessidades, bem como de sua família.

Ademais, como bem destacado na sentença:

*“a parte requerida, por sua vez, não impugna a locação realizada (comprovada documentalmente às fls. 09/10), limitando-se a reputar excessivo o valor despendido, sob o fundamento de que a autora locou veículo mais novo e mais confortável do que aquele apreendido.” (f. 161).*

Assim, provado o prejuízo e o nexo de causalidade com ato por ela praticado, é dever da instituição ressarcir os prejuízos materiais.

Por fim, o recorrente não tem interesse recursal em relação aos juros de mora incidentes sobre o dano moral, pois já fixados a partir do arbitramento.

Pelo exposto, conheço do recurso mas a ele nego provimento, mantendo inalterada a sentença.

## **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. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

\*\*\*

**2ª Seção Cível****Ação Rescisória nº 0008670-71.2010.8.12.0000 - Bataguassu****Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO DESAPROPRIATÓRIA – APLICAÇÃO DO CPC/1973 – PRELIMINARES – NULIDADE PROCESSUAL E INTEMPESTIVIDADE DAS CONTESTAÇÕES – AFASTADAS – MÉRITO – ERRO DE FATO – VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI – OFENSA A COISA JULGADA – ARTIGO 485, INCISOS, IV, V E IX DO CPC/73 – OCORRÊNCIA – PROCEDÊNCIA.

O cabimento e a admissibilidade da ação rescisória devem ser regidos pela lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende rescindir, enquanto o seu procedimento deve respeitar a lei vigente à época do seu efetivo ajuizamento.

Segundo entendimento do STJ “*Não há de ser admitida ação rescisória que verse sobre questões que não foram objeto de apreciação no acórdão rescindendo*”.

Presentes vários réus, o prazo para contestação, em dobro (art. 191 do CPC/1973) corre da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento de AR (art. 241, III, do CPC/73). Contestação das partes tempestivas.

Ao julgar a Ação Desapropriatória nº 026.98.000007–1, com base na sentença proferida na Ação de Usucapião nº 026.94.000007–0 e por consequência, declarar a ilegitimidade passiva do espólio de Jalindo Jate para figurar no seu polo passivo, o julgador ofendeu a coisa julgada operada nos autos da Ação Anulatória nº 026.96.000183–8, que tornou sem efeito, todos os atos praticados a partir da citação na referida ação de usucapião.

A sentença que conferiu legitimidade aos réus Aparecido e Leonice, para figurarem no polo passivo da ação desapropriatória já havia sido anulada por vício de citação, em 14/11/2000, ou seja, antes do julgamento do acórdão rescindendo em 12/05/2009. E diante da nulidade decretada, conclui-se que o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei contida no artigo 3º<sup>o</sup> do CPC de 1973, já que os réus, Aparecido e Leonice não tinham nem interesse, nem legitimidade para apresentarem contestação na ação desapropriatória.

Evidenciando-se a ocorrência de erro de fato atinente à apreciação da prova dos autos, eis que, no acórdão rescindendo considerou-se fato inexistente, como existente, imperiosa a procedência do pedido, aos fins de se extirpar o erro, procedendo-se novo julgamento da questão.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 11 de julho de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

1 Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo espólio de Jalindo Jatte, representado por seu inventariante Fernando Antônio Jatte contra acórdão prolatado nos autos de Apelação Cível nº 2008.007356-4, que julgou desprovido seu recurso, mantendo a sentença proferida nos autos de Ação de Desapropriação nº 026.98.000007-1, da Comarca de Bataguáçu-MS, ajuizada pela Cesp Companhia Energética de São Paulo, que o excluiu do polo passivo da lide, em decorrência da ilegitimidade *ad causam*.

Sustentou o cabimento da ação rescisória tendo em vista que o Sr. Aparecido Pereira da Silva e sua esposa Leonice Aparecida dos Reis Silva, ora requeridos, induziram os julgadores em erro, juntando nos autos de ação de desapropriação, cópia de sentença proferida nos autos de Ação de Usucapião nº 026.94.000007-1, que foi anulada em 14/11/2000, por força da sentença proferida nos autos de Ação Anulatória nº 026.96.000183-8.

Afirmou ainda, que o acórdão de f. 653/654, proferido nos autos de Apelação Cível nº 2008.007356-4 ofendeu coisa julgada, já que se baseou em sentença de usucapião anulada em 14/11/2000, para excluir o espólio de Jalindo Jate do polo passivo da ação de desapropriação, em 12/05/2009.

Asseverou que ao manter integralmente os termos da sentença monocrática, o acórdão de f. 653/654 violou literal disposição de lei, já que o Sr. Aparecido e a Sra. Leonice não possuem qualquer interesse jurídico, e sequer, legitimidade, seja jurídica, moral e econômica para integrar o polo passivo da ação de desapropriação.

Apontou diversos erros de fato emergentes dos autos e dos documentos juntados na ação desapropriatória. Pugnou pelo deferimento da tutela antecipada com a finalidade de determinar a suspensão imediata das seguintes ações de cumprimento de sentença: 1) 026.98.000007-1/003 e 2) 026.98.000007-1/005.

Ao final, requereu a procedência da ação rescisória para que seja rescindido o acórdão proferido pela Quarta Turma Cível nos autos do Recurso de Apelação Cível nº 2008.007356-4, e que seja proferido novo julgamento do feito, reconhecendo-se a sua legitimidade passiva *ad causam* e, conseqüentemente, o seu direito ao recebimento da indenização correspondente a 50% do valor do imóvel desapropriado. Alternativamente, pediu que seja a matéria devolvida à 4ª Câmara deste Tribunal para que profira novo julgamento do recurso de apelação interposto por Jalindo Jatte, para que, dele conhecendo, lhe dê provimento, excluindo do polo passivo da ação de desapropriação, o Sr. Aparecido Pereira da Silva e Sra. Leonice Aparecida dos Reis Silva, determinando-se que a importância da indenização correspondente a 50% do valor do imóvel desapropriado seja atribuída ao espólio de Jalindo Jatte, na condição de proprietário de 50% deste bem.

A antecipação da tutela foi concedida (f. 1462/1467).

Às f. 1511/1513, foi oferecida contestação pela ré CESP Companhia Energética de São Paulo, alegando que na qualidade de poder expropriante da ação que deu causa à presente rescisória, só depositou os valores determinados pelo juízo, sendo certo que após todos os trâmites legais, cabe ao julgador determinar o integral cumprimento do art. 34 do DL 3.365/41, para deferir o levantamento do preço. Em vista disso pugnou pela improcedência do pedido.

Em seguida, os réus Maria Aparecida Galindo Nassif, Marcelo Nassif, Ana Carolina Pimentel Staut, Ricardo Nassif, Elisângela Parnaziello Nassif e Camel Nassif Filho, substitutos de Camel Nassif na lide (falecido), apresentaram contestação (f. 1570/1584) arguindo preliminarmente, sua ilegitimidade

passiva *ad causam*. No mérito, alegaram que inexistiu erro no acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal, haja vista ter sido emitido com base nas provas existentes nos autos. Afirmaram que o autor se absteve de juntar aos autos da ação de desapropriação, cópia da sentença proferida no ano de 2000, nos autos da ação anulatória, que tornou sem efeito a sentença dos autos da ação de usucapião. Argumentaram que essa prova poderia ter sido realizada em primeira instância, antes do julgamento da ação de desapropriação, operando-se dessa forma, a preclusão do seu direito. Ao final, pugnaram pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, ou alternativamente, pela manutenção do acórdão que se pretende rescindir.

Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, também contestaram (f. 1605/1619), alegando em síntese, que não houve dolo de sua parte, vez que, em todas as fases processuais o autor foi instado a se manifestar e, se deixou correr *in albis* o prazo para interposição do remédio processual, o fez por sua própria vontade. Afirmaram que possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação de desapropriação. Requereram a condenação do autor por litigância de má-fé e a improcedência do pedido.

O autor impugnou as contestações apresentadas (f. 2282/2304 e 2319/2345), arguindo preliminares de intempestividade das defesas e nulidade do processo desapropriatório.

A procuradoria Geral de Justiça manifestou-se nos autos (f. 2362/2481), requerendo a suspensão do feito até o julgamento da Ação de Usucapião nº 026.94.000007-0, o que foi deferido às f. 2383.

Às f. 2437/2443, a requerida Maria Aparecida Galindo Nassif, requereu a concessão de tutela antecipada para o fim de autorizar o prosseguimento do cumprimento de sentença que tem por objeto o quinhão relativo à Camel Nassif, o que foi indeferido por este Relator (f. 2466/2468).

Em seguida, Maria Aparecida Galindo Nassif, Marcelo Nassif, Camel Nassif Filho, Ricardo Nassif, Elisângela Parianello Nassif e Ana Carolina Pimentel Staut, compareceram nos autos, requerendo a extinção do feito, sem apreciação do mérito, por serem parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação rescisória (f. 2474/2475). O pedido foi indeferido (f. 2501/2504).

Posteriormente à prolação da sentença nos autos da ação de usucapião, Maria Aparecida Galindo Nassif, Marcelo Nassif, Camel Nassif Filho, Ricardo Nassif, Elisângela Parianello Nassif e Ana Carolina Pimentel Staut, peticionaram nos autos requerendo a extinção do feito em razão da perda superveniente do objeto da ação (f.2549), o que também foi indeferido (f. 2603/2605).

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pela procedência do pedido (f. 2651/2678).

As partes especificaram as provas que pretendiam produzir e os autos vieram conclusos a esse Relator.

## VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Espólio de Jalindo Jatte, representado por seu inventariante Fernando Antônio Jate contra acórdão prolatado nos autos de Apelação Cível nº 2008.007356-4, que julgou desprovido seu recurso, mantendo a sentença proferida nos autos de Ação de Desapropriação nº 026.98.000007-1, da Comarca de Bataguçu-MS, ajuizada pela Cesp Companhia Energética de São Paulo, que o excluiu do pólo passivo da lide, em decorrência da ilegitimidade *ad causam* e manteve os réus Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, em face da legitimidade para figurarem no polo passivo da causa.

Justificativa para a demora do julgamento.

Inicialmente cumpre assentar que apesar de a presente ação rescisória ter sido ajuizada em 23/03/2010, cerca de seis anos atrás, a demora para a conclusão de seu processamento e final julgamento deveu-se à necessidade de aguardar o julgamento da Ação de Usucapião nº 026.94.000007-0, conforme exposto na decisão interlocutória de f. 1.462/1.467:

*“Por outro lado, cumpre registrar que, ao contrário do que alegou o autor, a decisão de f. 1284 do magistrado de primeiro grau, não se trata de sentença de extinção da ação de usucapião, eis que apenas afirmou que o feito já encontrava-se julgado (f. 182/184) e declarou a nulidade dos atos praticados a partir da f. 231, determinando o seu arquivamento.*

*Assim, considerando-se que a referida sentença foi anulada nos autos de ação anulatória nº 026.96.000183-8, percebe-se que a decisão que determinou o arquivamento dos autos de usucapião foi totalmente equivocada.*

*E tendo em vista que o julgamento final da presente ação rescisória depende unicamente do resultado que vier a ser obtido nos autos de ação de usucapião nº 026.94.000007-0, determino que seja oficiado ao Juízo da 2ª Vara Comarca de Bataguçu-MS, para que seja dado conhecimento do teor desta decisão, bem como da existência da presente ação rescisória, para que sejam tomadas as devidas providências, com o ulterior processamento e julgamento da ação de usucapião. “*

Em que pese o esforço deste relator em apressar o julgamento da ação de usucapião, através de remessa de ofícios, por diversas vezes ao magistrado de piso, o feito somente foi julgado em 20/2/2015 (f. 2.620), tendo a sentença transitado em julgado em 2/2/2016 (f. 2.643).

#### Direito intertemporal

A segurança jurídica é preceito assegurado em algumas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil, como no *caput* do art. 5º, e, ainda, no inc. XXXVI do mesmo dispositivo, o qual dispõe que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, previsão repisada no *caput* do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujos §§ 1º a 3º conceituam os institutos.

Sob esse prisma, o Código de Processo Civil de 2015, em termos de direito intertemporal processual, regulando a sucessão de leis processuais no tempo e a sua aplicação aos processos pendentes, adotou a regra *tempus regit actum*, nos termos de seu art. 1.046, impondo a aplicação imediata da lei processual a partir de sua entrada em vigor, em 18.3.2016 (art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015), mas, à luz do princípio da segurança jurídica, apenas aos atos pendentes, salvaguardando, portanto, o ato processual perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada, conforme melhor leitura do art. 14 do Código de Processo Civil de 2015.

A temática, para ser melhor compreendida, comporta exegese da teoria do isolamento dos atos processuais, pela qual, muito embora se reconheça o processo como um instrumento complexo formado por uma sucessão de atos inter-relacionados, advindo nova lei processual e se deparando esta com um processo em desenvolvimento, para fins de definir sua específica incidência ou não sobre cada ato, necessário se faz verificar se possível tomá-los individualmente.

Dessa forma, constata-se se os elementos do ato a ser praticado são efetivamente pendentes e independentes dos atos anteriores - aplicando-se, portanto, a lei nova - ou se possuem nexos imediatos e inafastáveis com um ato praticado sob a vigência da lei anterior, passando a ser tomados, enquanto dependentes, como efeitos materiais dele - aplicando-se, assim, a lei antiga -, uma vez que imodificável a lei incidente sobre os atos anteriores, seja porque atos processuais perfeitos (uma vez consumados ao tempo da lei antiga), seja porque existente sobre eles um direito processual adquirido (uma vez passíveis de exercício ao tempo da lei antiga, com termo pré-fixado de início de exercício ou condição preestabelecida inalterável para o exercício).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também se posicionaram sobre o tema, no sentido de que regerá o procedimento do recurso a lei vigente na data da efetiva interposição do recurso, senão vejamos:

*“Lei processual nova sobre recursos: No que tange aos recursos, é preciso particularizar-se a regra do comentário anterior. Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recursos: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso”* (Comentários ao Código de Processo Civil/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 228)

Dessa forma, tendo a sentença rescindenda sido publicada antes de 18/3/2016, isto é, quando ainda em vigência o Código de Processo Civil de 1973 (o qual, aliás, ainda estava em vigor por ocasião do seu trânsito em julgado e do ajuizamento desta rescisória), o cabimento e a admissibilidade serão analisados sob o regramento do Diploma revogado, ressalvadas eventuais normas de aplicação imediata (procedimento).

### Introdução

A ação rescisória ostenta a natureza de ação autônoma de impugnação, destinando-se à desconstituição de decisão de mérito transitada em julgado (NCPC, art. 966, *caput*; CPC/1973, art. 485, *caput*). Figura, ao lado da *querela nullitatis* e da impugnação de sentença, como meio admitido pelo ordenamento pátrio à desconstituição da coisa julgada.

São requisitos fundamentais para o seu ajuizamento, a existência de: a) decisão judicial de mérito (ou que não permita a repropositura da demanda, ou que, ainda, impeça o reexame do mérito pelo tribunal) transitada em julgado; b) invocação razoável de um dos fundamentos rescisórios; c) propositura dentro do prazo decadencial.

A ação rescisória desencadeia o exercício de 3 (três) juízos, a saber: (a) o de admissibilidade; (b) o rescindendo ou rescindente (*iudicium rescindens*); e (c) o rescisório (*iudicium rescissorium*).

O primeiro - juízo de admissibilidade - conclama o estrito preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: (a) presença dos pressupostos processuais; (b) presença das condições da ação, (c) existência de uma decisão de mérito transitada em julgado; (d) apontamento de ao menos um dos fundamentos de rescindibilidade taxativamente encartados na lei e; (e) propositura dentro do lapso decadencial de 2 (dois) anos.

Após, o segundo - juízo rescindendo ou rescindente (*iudicium rescindens*) - consiste na apreciação do pedido formulado pelo autor quanto à presença ou não do vício ensejador da desconstituição da coisa julgada (pretensão desconstitutiva ou constitutiva negativa, se procedente; ou declaratória negativa, se improcedente). Estará presente em todas as ações rescisórias, porque, em última análise, caracteriza-as como tal - é a sua própria essência.

Enfim, o terceiro - juízo rescisório (*iudicium rescissorium*) - tem sede quando, uma vez acolhido o pedido de desconstituição examinado no juízo anterior, analisa-se o pleito deduzido para que proferido novo julgamento quanto à causa submetida à chancela jurisdicional (pretensão declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva em sentido amplo, conforme o caso). Poderá ou não vir cumulado com o pedido de desconstituição, a depender do fundamento de rescindibilidade e a necessidade ou não de novo julgamento. Sendo este preciso, porém, deverá ser cumulado sucessivamente ao pleito desconstitutivo, não sendo lícito ao julgador suprir sua omissão, sob pena de ofensa ao princípio da adstrição.

Feitas essas breves considerações, passa-se ao julgamento da presente ação.

### Juízo de admissibilidade

O autor goza de legitimidade *ad causam* para a propositura desta ação, bem como se faz representado em juízo por procurador regularmente investido de capacidade postulatória para o patrocínio deste feito.

A possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual também estão presentes. O prazo decadencial de 2 anos previsto no art. 495 do CPC/1973 foi satisfatoriamente observado.

A necessária indicação da hipótese legal em que se funda o pleito rescisório foi satisfatoriamente realizada (incisos III, IV, V e IX do artigo 485 do CPC/1973).

Passa-se à apreciação das preliminares levantadas no processo.

### Ilegitimidade passiva, preclusão e perda superveniente do interesse de agir

As preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam*, preclusão do direito do autor e perda superveniente do interesse de agir já foram objeto de análise nestes autos (f. 2501/2504 e 2603/2606).

### Intempestividade das contestações

Quanto à intempestividade das defesas apresentadas pelos réus Aparecido Pereira da Silva, Leonice Aparecida Reis, sucessores de Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif, sem razão o autor.

Em se tratando de demanda com litisconsortes com procuradores diversos, conta-se em dobro o prazo, consoante o disposto no art. 191<sup>2</sup> do Código de Processo Civil.

No caso em estudo, depreende-se dos autos que o réu Aparecido Pereira da Silva foi citado em 27/5/2010.

Por sua vez, para a citação dos réus CESP, Leonice Aparecida Reis, Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif foi expedida a Carta Precatória nº 04/10. Entretanto, em razão do falecimento de Camel Nassif, foi determinada a citação de seus sucessores. Os réus foram citados via postal, sendo o último aviso de recebimento, colacionado nos autos em 13/10/2010.

Ressalte-se, que o prazo para resposta, quando houver vários réus, tem como termo inicial a data da juntada do último aviso de recebimento ou mandado de citação aos autos, conforme preceitua o art. 241, III, do CPC/73, *in verbis*:

*“Art. 241 - Começa a correr o prazo: - III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido”.*

Assim, à luz do disposto nos artigos 191 e 241, III, do CPC/73, o prazo em dobro para apresentação da contestação teve início em 14 de outubro de 2010, ou seja, no primeiro dia útil subsequente à data da juntada do último mandado aos autos (13/10/2010), encerrando-se em 22 de novembro de 2010. E considerando-se que os réus protocolaram sua defesa em 6/10/2010 e 22/10/2010, deve ser afastada a preliminar de intempestividade das contestações, levantada pelo autor.

### Nulidade dos atos praticados nos autos da ação desapropriatória

Por fim, a questão relativa à nulidade dos atos praticados nos autos da ação desapropriatória, após a morte de Camel Nassif, levantada pelo autor, após a apresentação da contestação dos réus (sucessores de Camel Nassif) não pode ser apreciada nestes autos, já que não foi objeto de exame pelo acórdão rescindendo.

<sup>2</sup> Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

Nesse caso, conforme já decidiu o STJ, “*inexistindo pronunciamento na decisão rescindenda acerca da questão tida como violada - por falta de alegação oportuna em qualquer momento - mostra-se inviável o pedido de rescisão com base no art. 485, V, do CPC, fundado em suposta violação a disposição de lei*” (REsp 1128929/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 06/10/2010).

A propósito, alguns julgados:

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS À ÉPOCA DO JULGAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. 1. Não há de ser admitida ação rescisória que verse sobre questões que não foram objeto de apreciação no acórdão rescindendo. (...) (STJ, AR 4.357/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 12/06/2013, DJe 25/06/2013)*

*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REEXAME DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO NÃO APRECIADA NA DECISÃO RESCINDENDA. PEDIDO DE RESCISÃO INVIABILIZADO. 1. A ofensa a literal dispositivo de lei prevista no inciso V do art. 485 do CPC, apta possibilitar a propositura de ação rescisória, deve ser direta, de forma que seja possível extrair a violação do próprio conteúdo do julgado que se pretende rescindir, sem a necessidade de reexame de provas. 2. Não há como ser admitida ação rescisória que verse sobre questões que não foram objeto de apreciação no acórdão rescindendo. 3. Ação rescisória julgada improcedente. (TJ-MA - AR: 0479692013 MA 0010734-06.2013.8.10.0000, Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira, Data de Julgamento: 19/12/2014, Segundas Câmaras Cíveis Reunidas, Data de Publicação: 20/01/2015)*

Assim, afasta-se, também, a preliminar de nulidade processual levantada pelo autor.

Desse modo, presentes os pressupostos essenciais à admissibilidade, admite-se a presente ação rescisória, bem como as respectivas peças defensivas.

Juízo rescindendo ou rescindente (*iudicium rescindens*)

Verifica-se que o autor ingressou com a presente ação rescisória visando desconstituir o acórdão proferido na Apelação Cível nº 2008.007356-4, interposta nos autos da Ação Desapropriatória nº 0026.98.000007-1, promovida pela Companhia Energética de São Paulo - CESP, com base nos incisos III, IV, V e IX do artigo 485 do CPC/1973.

Breve relato dos fatos

Inicialmente, para uma melhor compreensão da questão posta em litígio, peço vênias para transcrever o resumo sobre o andamento processual da Ação de Desapropriação nº 026.98.000007-1 e Ação de Usucapião nº 026.94.000007-0, constante do parecer da Procuradoria Geral de Justiça (f. 2651/2678):

*Resumo das lides*

*a) Ação de Desapropriação*

*No dia 22 de janeiro de 1998 a Companhia Energética de São Paulo/CESP ajuizou ação desapropriatória, contra o Espólio de Jalindo Jate, camel Nassif, Maria Aparecida Galindo Nassif, Aparecido Pereira da Silva e Aparecida dos Reis Silva, visando desapropriar uma gleba de terras de 12,410 ha, localizada no município de Bataguassu/MS, para viabilizar a construção da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera. Importa mencionar que constam na matrícula do bem objeto da desapropriação como proprietários os Srs. Jalindo Jate, Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif.*

*Salienta-se que os Srs. Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva foram inclusos no polo passivo da ação de desapropriação devido ao fato de pretenderem usucapir a propriedade, por meio da ação de usucapião ajuizada no ano de 1994 (esta ação será objeto de análise no próximo item).*

*Os requeridos Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif apresentaram contestação, requerendo a homologação do preço da indenização supramencionada, com o seu respectivo levantamento. Na ocasião, estes requeridos informaram ao juízo da Comarca de Bataguassu sobre a existência de uma ação de usucapião e de uma ação anulatória que versavam sobre o mesmo bem.*

*Aos 14 dias do mês de agosto de 2007, o magistrado Alessandro Leite Pereira proferiu sentença, declarando a ilegitimidade passiva do casal Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif, bem como do espólio de Jalindo Jate. No mérito, o magistrado reconheceu a procedência do pedido de desapropriação.*

*Veja-se que a declaração de ilegitimidade passiva do casal e Maria Aparecida foi declarada em razão da celebração de acordo amigável com os requeridos Aparecido e Leonice. Por sua vez, a declaração de ilegitimidade do espólio de Jalindo Jate fora decretada em face da procedência da ação de usucapião nº 026.94.000007-0 e da inexistência de prova acerca do ajuizamento da ação anulatória nº 026.96.000183-8.*

*Meritoriamente, o juízo de instância singela julgou procedente o pedido de desapropriação promovido pela CESP, expropriando o bem descrito na inicial, fixando-se a indenização em R\$ 230.000,00, a ser paga integralmente aos requeridos Aparecido e Leonice.*

*Irresignado com a decisão em tela, o espólio de Jalindo Jate e o casal Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif interpuseram recursos de Apelação Cível. Já o casal Aparecido e Leonice aviou recurso de Apelação Cível Adesivo.*

*Da leitura específica do apelo do espólio de Jalindo Jate, denota-se que o recorrente sustenta que o magistrado laborou em erro, ao declarar a inexistência da mencionada ação anulatória, pois tal ação encontrava-se em trâmite perante a sua Vara.*

*Ao analisar todos os recursos supramencionados, o Tribunal de Justiça do nosso Estado, por meio da Quarta Turma Cível, proferiu no dia 12 de maio de 2009 o acórdão rescindendo, negando provimento ao recurso interposto pelo espólio de Jalindo Jate e pelo casal Aparecido e Leonice; porém, deu provimento ao recurso aviado pelo casal Camel e Maria Aparecida, determinando que metade do valor da indenização fixado na sentença lhes fosse revertido.*

*Quanto à apelação cível do Espólio de Jalindo Jate denota-se que o voto condutor do julgamento exarado pelo Des. Dorival Renato Pavan, corroborou a fundamentação esposada na sentença guerreada ao afirmar que não lograram êxito em comprovar a existência da ação anulatória.*

*Sucedo que o Espólio de Jalindo Jate, no dia 13 de dezembro de 1996, realmente havia promovido uma ação anulatória, registrada sob o nº 332/69-CV (atualmente n. 026.96.000183-8), contra Aparecido Pereira da Silva, Leonice Aparecida dos Reis Silva, Camel Nassif e Aparecida Galindo Nassif, com a finalidade de anular o processo de usucapião n. 026.94.000007-0, desde a citação por edital, tendo o juízo 'a quo', no dia 14 de novembro de 2000, julgado procedente a ação anulatória, decretando a nulidade do processo de usucapião nº 026.94.000007-0 desde a citação, por ausência de pressuposto processual de validade, qual seja, citação válida.*

*b) Ação de Usucapião*

*Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, no dia 3 de novembro de 1994, ajuizaram ação de usucapião, rubricada sob o nº 204/94 (atualmente nº 026.94.000007-0), em face de Jalindo Jate, Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif, com o escopo de usucapir o lote nº 6, situado no município de Bataguassu.*

*O Juiz atuante no feito determinou a realização de audiência de justificação de posse, bem como determinou a expedição de edital e citação do requerido Jalindo Jate, em atendimento à solicitação dos autores.*

*Salienta-se que compareceram à audiência de justificação requerentes e os requeridos, Camel e Maria Aparecida. Em face do não comparecimento do requerido Jalindo, o qual fora citado por edital, fora lhe designado curador especial.*

*Os requeridos Camel e Maria Aparecida apresentaram contestação. Por sua vez, o curador especial do requerido Jalindo apresentou contestação por negativa geral.*

*Cabe destacar que os requerentes Aparecido e Leonice e os requeridos Camel e Maria Aparecida celebraram acordo amigável, resultando na desistência do prosseguimento da ação de usucapião em relação a esses requeridos, os quais são proprietários de 50% do imóvel.*

*Sobreveio sentença homologando referido acordo, declarando extinto o processo com julgamento de mérito em relação aos -requeridos, Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif.*

*O magistrado de primeiro grau, dando continuidade aos autos, determinou a realização de audiência de instrução e julgamento, que ocorreu no dia 24 de outubro de 1995, sendo complementada no dia 2 de maio de 1996.*

*No dia 26 de julho de 1996, o juízo de instância singela proferiu sentença de mérito, declarando a procedência do pedido contido na ação de usucapião, declarando o domínio do imóvel supramencionado em favor dos requerentes Aparecido e Leonice.*

*Os requeridos Camel e Maria Aparecida opuseram embargos de declaração, com o escopo de que apenas 50% do imóvel fosse declarado de propriedade dos requerentes.*

*Ressalta-se que o recurso fora acolhido no dia 14 de agosto de 1996, sendo a sentença retificada nos moldes pretendidos pelos embargantes.*

*Contudo, em razão da procedência do pedido inserido na ação anulatória supramencionada, a ação de usucapião fora desarquivada, para o fim de ter o seu regular seguimento, por meio da expedição de carta citatória ao Espólio de Jalindo Jate.*

*Destaca-se que referido requerido apresentou contestação no dia 18 de fevereiro de 2002.*

*Por sua vez, os requeridos Aparecido e Leonice, bem como o Ministério Público Estadual de primeiro grau, pugnaram no ano de 2003 pela impossibilidade do julgamento antecipado da ação de usucapião, sendo necessária a realização de instrução probatória.*

*No dia 6 de novembro de 2006, o magistrado Alessandro Leite Pereira declarou saneada a ação de usucapião e designou dia para a realização de audiência de instrução e julgamento.*

*Ocorre que referido Juiz de Direito, no dia 18 de agosto de 2009, erroneamente, manifestou-se pela necessidade de anular todos os atos processuais praticadas desde o dia 26 de julho de 1996, em razão de já haver sido proferida sentença meritória nos autos da ação de usucapião. Leia-se:*

*“Em melhor análise dos autos, verifica-se já ter sido proferida sentença de mérito às fls. 182/184, quando, então, expirou-se o exercício da atividade jurisdicional por este juízo. Não se mostra correto o pedido de fls. 225/226, pois para tanto, necessário o ingresso com nova demanda, não o prosseguimento com esta que, como dito, já fora julgada.*

*Assim, declaro a nulidade de todos os atos praticados a partir das fls. 231 e determino a remessa dos autos ao arquivo,” (fl. 1.284)*

*A par disso, o processo de usucapião, equivocadamente, foi remetido ao arquivo, no dia 23 de outubro de 2009.*

*Tanto é verdade que o I. relator da presente ação rescisória, na decisão de antecipação dos efeitos da tutela, além de determinar a suspensão imediata das ações de cumprimento de sentença n.º 026.98.000007-1/003 e 026.98.000007-1/005, registrou o seguinte:*

*“Assim, considerando-se que a referida sentença foi anulada nos autos de ação anulatória no 026.96.000183-8, percebe-se que a decisão que determinou o arquivamento dos autos de usucapião foi totalmente equivocada.*

*Conclui-se que o magistrado de piso singelo ignorou os preceitos contidos na sentença exarada, nos autos da ação anulatória, ao determinar o arquivamento do processo de usucapião.*

*Diante disso, a relatoria da ação rescisória determinou que o magistrado atuante na 2ª Vara da Comarca de Bataguassu procedesse ao regular processamento da ação de usucapião, com posterior julgamento da lide.*

*Novamente colaciona-se trecho da decisão exarada pelo E. Des. Marco André Nogueira Hanson:*

*“E tendo em vista que o julgamento final da presente ação rescisória depende unicamente do resultado que vier a ser obtido nos autos de ação de usucapião no 026.94.000007-0, determino que seja oficiado ao Juízo da 2ª Vara Comarca de Bataguassu-MS, para que seja dado conhecimento do teor desta decisão bem como da existência da presente ação rescisória. para que sejam tomadas as devidas providências, com o ulterior processamento e julgamento da ação de usucapião.” (grifo nosso)*

*Em atendimento ao Ofício n.º 12426/2013, o Juízo da 2ª Comarca de Bataguassu proferiu, no dia 20 de fevereiro de 2015, a sentença meritória:*

*“Frente ao exposto, com amparo no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente a pretensão deduzida por Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, nos autos da presente demandada de usucapião proposta em face de Espólio de Jalindo Jate, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), devendo ser observado o artigo 12 da Lei 1.060/50, pois beneficiário da assistência judiciária gratuita.” (fl. 2.620)*

*Insta registrar que a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de nosso Estado, ao julgar a apelação cível e os embargos de declaração interpostos pelo casal Aparecido*

*e Leonice, manteve a sentença vergastada, nos termos da leitura dos acórdãos de fls. 2.621/2.631 e fls. 2.632/2.635, respectivamente.*

*Irresignados, o casal Aparecido e Leonice aviou Recurso especial, o qual teve seu seguimento negado pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça (fls. 2.636/2.640), o que foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial n.º 812.925-MS (fls. 2.641/2.642), com trânsito em julgado no dia 2 de fevereiro de 2016 (fl. 2.643).*

Para complementar o resumo acima transcrito, importa fazer, um breve relato acerca da Ação Anulatória nº 026.96.000183-8, ajuizada pelo espólio de Jalindo Jate em face de Aparecido Pereira da Silva, Leonice Aparecida dos Reis Silva, Camel Nassif e Maria Aparecida Galindo Nassif.

#### Ação anulatória

Conforme consta dos autos, a ação teve por objetivo, anular o processo de Usucapião Especial nº 026.94.000007-0, desde a citação e permitir a renovação dos atos citatórios e o exercício da ampla defesa e devido processo legal. Isso porque, apesar de o réu, Jalindo Jate, ter falecido em 18.10.1992, os autores da usucapião requereram a sua citação por edital.

A inicial da ação anulatória foi indeferida pelo juiz com base no artigo 295, IV do CPC, sob o argumento de que a via eleita era inadequada ao fim pretendido, entretanto, em sede de recurso de apelação cível, a sentença foi anulada.

Foi determinada a citação dos réus, todavia, apenas Aparecido e Leonice apresentaram defesa.

Após o processamento do feito, em 14.11.2000 foi proferida nova sentença, dessa vez, julgando procedente o pedido para o fim específico de decretar a nulidade, desde a data da citação, inclusive, do processo de usucapião (feito nº 204/94, atualmente 026.94.000007-1), por ausência de pressuposto processual de validade (citação válida). O juiz também determinou que, transitada em julgado a sentença, fosse renovado o ato de citação pessoal dos herdeiros de Jalindo Jate.

A sentença foi publicada em 16.11.2000 e transladada para os autos da ação de usucapião em 29.1.2011, transitando em julgado sem a interposição de recurso pelas partes.

Feito esse breve relato, cumpre, então, passarmos ao julgamento da presente ação rescisória.

#### Fundamentos da presente ação rescisória

Artigo 485, III, do CPC/1973 - Dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida.

O autor alega que os réus, Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva atuaram no processo com vontade livre e consciente de produzir resultado negativo, razão pela qual, o acórdão deve ser rescindido, com base no disposto no inciso III, do art. 485, do CPC/73.

Afirma que os réus, em 8.2.2000, juntaram nos autos da ação desapropriatória, uma cópia da sentença proferida nos autos da ação de usucapião nº 204/94, que ainda, não havia transitado em julgado, com intenção de induzir o julgador em erro.

Aduz que em 16.10.2007, ou seja, após a prolação da sentença que anulou a ação de usucapião (em 14.11.2000), os réus compareceram nos autos da ação de desapropriação, a fim de ofertar contrarrazões ao apelo interposto pelo ora autor desta ação (espólio de Jalindo Jate), pugnando pelo desprovimento do recurso, fundamentado em sentença já anulada pelo Tribunal de Justiça.

O dolo a que se refere o inciso III do artigo 485 do CPC, como causa de rescindibilidade de decisão judicial, é aquele que consiste na prática pela parte vencedora de ardis, atividades enganosas, capazes de subtraírem da parte *ex adversa* a capacidade de defesa.

Sobre o dolo processual, hábil a ensejar a rescisão do julgado, assim ensina Nelson Nery Júnior:

*“O dolo rescisório consiste na prática, pela parte vencedora, além das condutas vedadas pelo CPC, art. 17, de ardis, maquinações e atividades enganosas em geral, capazes de subtrair da parte contrária o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e afastando o Juiz de uma decisão de acordo com a verdade”* (Código de Processo Civil Comentado, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 485).

No caso vertente, não se aplica o mencionado dispositivo legal, visto que a atitude dos réus de ocultar a existência da ação anulatória e da sentença que anulou o processo de usucapião desde a citação, não pode ser considerada como o fato capaz de impedir ou dificultar a defesa da parte autora, muito menos de influenciar na deliberação do magistrado.

Até porque, poderia o autor, réu na ação desapropriatória, ter comprovado a existência da ação anulatória e da sentença nela proferida, através da simples juntada de documentos, naqueles autos. Todavia, não o fez.

Em respaldo a esse entendimento, traga-se a colação o seguinte julgado:

*AÇÃO RESCISÓRIA. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DOLO RESCISÓRIO. ART.485, III, DO CPC. Demanda rescisória que se pauta, visivelmente, em rediscussão de questão exaustivamente examinada pelo acórdão que busca rescindir. Dolo rescisório, previsto no Inciso III do art. 485 do CPC, não demonstrado. Instituto que pressupõe comportamento capaz de impedir ou dificultar a atuação processual do adversário ou, então, influenciar a deliberação do Magistrado, a ponto de o pronunciamento do órgão judicial ter sido diverso, caso incorrente o vício processual. (TJ-RS - AR: 70044883486 RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Data de Julgamento: 05/12/2012, Nono Grupo de Câmaras Cíveis)*

Artigo 485, IV, do CPC/1973 - Ofensa a coisa julgada - acórdão baseado em sentença declarada nula.

O autor, nesse tópico, alega que o acórdão rescindendo se utilizou de sentença proferida na ação de usucapião, em favor de Aparecido e Leonice, para excluir o Espólio de Jalindo Jate do polo passivo da ação de desapropriação, excluindo a possibilidade de ser beneficiário da correspondente importância indenizatória.

Expõe que a referida sentença foi anulada integralmente em 14.11.2000, ou seja, oito anos antes da prolação do acórdão rescindendo, desrespeitando, dessa forma, a coisa julgada anteriormente formada na ação anulatória.

Dispõe o artigo 485, CPC, que: *“A sentença de mérito transitada em julgado, poderá ser rescindida quando: IV - ofender a coisa julgada”*.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, ao comentarem o referido inciso (Comentários ao Código de Processo Civil Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, p.699, nota IV:15), lecionam que *“O juiz não pode rejulgar lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. Caso o faça, a sentença será passível de rescisão, quer tenha repetido o julgamento anterior quer tenha sido dele diferente”* (Barbosa Moreira, Coment, 77, 114; Rizzi, Ação Rescis., 129).

Ainda, o egrégio STJ já se manifestou que “a ação rescisória com base no art. 485, IV, do diploma processual civil pressupõe a existência de duas decisões sobre a mesma relação jurídica para a configuração da ofensa à coisa julgada” (Edcl na AR 1.393/PB, 3ª Seção, j. 24.11.2004, Rel. Min. Gilson Dipp).

Portanto, haverá ofensa à coisa julgada quando uma nova decisão (com igualdade de partes, pedido e causa de pedir) dispor de forma distinta.

Também pode ocorrer de se ter ofendido a coisa julgada no julgamento de causa distinta, mas dependente daquela em que a coisa julgada se formou. Assim, a segunda sentença, quando proferida, ofende a coisa julgada formada no primeiro processo. Deste modo, será preciso que o tribunal rejulgue a demanda.

Esse é exatamente o caso dos autos, já que ao julgar a Ação Desapropriatória nº 026.98.000007-1, com base na sentença proferida na Ação de Usucapião nº 026.94.000007-0 e por consequência, declarar a ilegitimidade passiva do espólio de Jalindo Jate para figurar no seu polo passivo, o julgador ofendeu a coisa julgada operada nos autos da Ação Anulatória nº 026.96.000183-8, que tornou sem efeito, todos os atos praticados a partir da citação na referida ação de usucapião.

Não fosse apenas isso, há que se levar em consideração o fato superveniente ocorrido, consistente no novo julgamento da Ação de Usucapião nº 026.94.000007-0, cujo dispositivo final, assim restou redigido (f. 2711/2716):

*“Frente ao exposto, com amparo no artigo 269, I do CPC, julgo improcedente a pretensão deduzida por Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, nos autos da presente demanda de usucapião proposta em face de Espólio de Jalindo Jate, condenando os autores ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 2.500,00, devendo ser observado o artigo 12 da Lei 1060/50, pois beneficiários da assistência judiciária gratuita.”*

Nesse sentido, muito bem assentou a I. Procuradora de Justiça em seu parecer (f. 2651/2678)

*“Noutro vértice, esta Procuradora de Justiça entende que o acórdão rescindendo violou a coisa julgada formada na ação anulatória, registrada sob o nº 332/69- CV (atualmente nº 026.96.000183-8), assim como a coisa julgada formada a partir do julgamento final da ação de usucapião nº 0000007-17.1994.8.12.0026, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil.”*

Assim, procede o corte rescisório pelo prisma da ofensa à coisa julgada .

Artigo 485, V, do CPC/1973 - violação literal à disposição de lei.

Quanto a essa hipótese de rescindibilidade, alega o autor que os réus, Aparecido e Leonice não possuem qualquer interesse jurídico, ou legitimidade para integrar a ação desapropriatória, tendo em vista que a ação de usucapião foi anulada, em razão de vício contido na citação de um dos réus (Jalindo Jate).

Nesse aspecto, possui razão o autor. Isso porque, a sentença que deu legitimidade aos réus Aparecido e Leonice, para figurarem no polo passivo da ação desapropriatória já havia sido anulada por vício de citação, em 14/11/2000, ou seja, antes do julgamento do acórdão rescindendo em 12/05/2009.

E diante da nulidade decretada, conclui-se que o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei contida no artigo 3<sup>o</sup> do CPC de 1973, já que os réus, Aparecido e Leonice não tinham nem interesse, nem legitimidade para apresentarem contestação na ação desapropriatória.

3 Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Artigo 485, IX, do CPC/1973 - Erro de fato.

Por fim, o autor alega que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato, já que os réus, Aparecido e Leonice não são proprietários do imóvel desapropriado. Argumenta que o fato de considerar como válida e eficaz a sentença oriunda de ação de usucapião, que posteriormente foi anulada, constitui evidente equívoco.

Imperioso salientar, quanto a esse aspecto, que, segundo anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, o erro de fato se caracteriza da seguinte forma:

*“Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade.”*  
(Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 817).

No caso em exame, conforme se pode verificar, o acórdão rescindendo (f. 2750/2756) manteve a sentença de primeiro grau (f. 2742/2748) que excluiu do polo passivo da ação desapropriatória o espólio de Jalindo Jate, com fundamento na sentença prolatada nos autos da Ação de Usucapião nº 204/94 (atual 0000007-17.1994.8.12.0026). Contudo, na data do julgamento do recurso, referida sentença já havia sido anulada nos autos Ação Anulatória nº 026.96.000183-8.

Dessa forma, resta claro que o acórdão rescindendo efetivamente incidiu em erro de fato, ao considerar fato inexistente, como existente, para excluir o Espólio de Jalindo Jate (autor) do polo passivo da ação desapropriatória.

Não fosse apenas isso, após a devida tramitação dos autos da supracitada ação de usucapião, o magistrado de piso proferiu nova sentença julgando improcedente o pedido contido na inicial. Essa sentença inclusive, transitou em julgado em 2.2.2016 (f. 2643).

Dessa forma, a procedência do pedido rescisório é medida que se impõe.

Da litigância de má-fé

Os requeridos em sua contestação suplicaram pela condenação do autor nas penas de litigância de má-fé (art. 17, incisos I; II e VI, do CPC).

Com efeito, o artigo 17 do CPC/73, 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 - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”*

*In casu*, inexistem provas de conduta temerária por parte do autor, razão pela qual, rejeita-se o pedido.

Juízo rescisório (*iudicium rescissorium*)

Da procedência do pedido rescisório, necessariamente decorre a desconstituição de parte do acórdão proferido na apelação cível nº 2008.007356-4, bem como o provimento do apelo interposto por Espólio de Jalindo Jate, para o fim de reconhecer a sua legitimidade para figurar no polo passivo da Ação de Desapropriação nº 026.98.000007-1, e declarar a carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* dos réus Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, na forma do artigo 267, VI, do CPC, determinando sua exclusão da lide.

Considerando-se que o espólio de Jalindo Jate é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação desapropriatória é evidente que não subsiste mais, a condenação da CESP ao pagamento das custas e despesas processuais relativas à sua atuação no processo, além de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

De outro vértice, quanto aos réus Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, cuja ilegitimidade passiva está sendo reconhecida neste julgamento, caberá à CESP (autora), o pagamento de custas e despesas processuais, relativas à sua atuação no processo, além de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

## Dispositivo final

Com tais considerações, preliminarmente, rejeito as prefaciais de intempestividade da defesa e nulidade dos atos praticados nos autos da ação desapropriatória, levantadas pelo autor em sede de impugnação às contestações.

No mérito, com fulcro nos incisos, IV, V e IX do artigo 485 do CPC, julgo procedente o pedido nesta ação rescisória ajuizada por espólio de Jalindo Jate em face de Aparecido Pereira da Silva, Leonice Aparecida dos Reis Silva, CESP - Companhia Energética de São Paulo e sucessores de Camel Nassif para:

No juízo rescindendo:

Declarar a rescisão do julgado que manteve a sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade do réu Espólio de Jalindo Jate para figurar no polo passivo da Ação de Desapropriação nº 026.98.000007-1 e rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva dos réus Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva para figurarem no polo passivo da Ação de Desapropriação nº 026.98.000007.

No juízo rescisório:

Conhecer e dar provimento ao apelo interposto por Espólio de Jalindo Jate contra a aludida sentença, para declarar que ele é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de desapropriação nº 026.98.000007-1.

Declarar a carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* dos réus Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva, na forma do artigo 267, VI, do CPC/73, determinando sua exclusão da lide.

Condenar a requerente – CESP – ao pagamento de custas e despesas processuais relativas à atuação dos réus Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva no processo, além dos honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 em favor dos seu advogados.

Julgar prejudicado o apelo a adesivo interposto por Aparecido Pereira da Silva e Leonice Aparecida dos Reis Silva.

Por fim, nesta demanda, condeno os réus, solidariamente, ao pagamento das custas processuais, bem como de honorários advocatícios ao patrono do autor, que fixo, com fundamento no artigo 20, § 3º, do CPC, em 10% do valor da causa. Defiro o levantamento do depósito realizado pelo autor (artigo 494, do CPC/73).

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Nélio Stábile, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 11 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0800348-03.2013.8.12.0007 - Cassilândia**  
**Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OMISSÃO DO ENTE MUNICIPAL EM PROMOVER AS NECESSÁRIAS ADEQUAÇÕES NAS INSTALAÇÕES FÍSICAS E FUNCIONAIS DE INSTITUIÇÃO DESTINADA AO ABRIGO E ACOLHIMENTO DE MENORES EM SITUAÇÃO DE RISCO – DESCUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES TRAÇADAS PELO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – POLÍTICA PÚBLICA DE ATENDIMENTO PRIORITÁRIO, CUJA INOBSERVÂNCIA JUSTIFICA A INTERFERÊNCIA EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, MORMENTE PARA ASSEGURAR A PROTEÇÃO INTEGRAL E OS SUPERIORES INTERESSES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MULTA DIÁRIA – CABÍVEL, COM LIMITAÇÃO TEMPORAL – VALOR MANTIDO – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

A Constituição da República estabelece, em seu art. 227, que o Estado, em seu sentido amplo, tem o dever de promover programas de assistência integral a crianças e adolescentes em situação de risco, e o art. 88, I, do ECA dispõe que a política de atendimento a menores tem, como uma de suas diretrizes, a municipalização do atendimento.

Em regra, é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos de efetivação de políticas públicas, cabendo-lhe unicamente examiná-los sob o aspecto de legalidade e moralidade. Todavia, diante de patente omissão da Administração Municipal, é permitido ao Judiciário impor ao executivo local o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente.

Mera alegação de falta de dotação orçamentária, não se presta a afastar o dever constitucional de executar obras e implantar programas que tutelem a integridade física e moral de menores.

É cabível e necessária, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa coercitiva *astreintes* como meio executivo para o cumprimento da decisão judicial.

O valor das *astreintes* deve ser suficiente para impor o temor necessário a desestimular eventual tendência em postergar o cumprimento da ordem judicial. Entretanto, o valor da multa cominatória deve ter a modulação temporal de sua incidência.

## 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 contra o parecer, dar parcial provimento ao apelo e ao reexame, suscitado de ofício, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de julho de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Município de Cassilândia inconformado com a sentença que julgou procedente o pedido nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, a inviabilidade de manter profissionais - assistente social, pedagogo e psicólogo – no Lar da Criança, diante da inexistência de previsão legal e falta de previsão orçamentária. Argumenta não estar negando que as crianças tenham direito a atendimento com tais profissionais, entretanto, manter um profissional em cada uma dessas áreas é apenas onerar os cofres públicos.

Esclarece que e tais profissionais (assistente social, psicólogo e pedagogo) oferecem atendimento à população na Secretaria de Assistência Social, bem como nas Secretarias Municipais de Saúde e Educação, não havendo a possibilidade de serem específicos para atendimento no Lar da Criança. Argumenta que, apesar da situação específica das crianças e adolescentes abrigados, são poucos os atendimentos, se comparada à população que deve ser atendida na rede pública, junto às Secretarias de Assistência Social, Saúde e Educação.

Afirma que a imposição de multa para o caso de descumprimento das obrigações não deve prevalecer. Subsidiariamente, requer a redução das multas para R\$ 100,00 ao dia, e a sua limitação para o período de 30 dias. Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso foi devidamente contrariado (f. 502/508).

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 516/523).

## VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta contra a sentença que, confirmando a liminar concedida, julgou procedente o pedido inicial formulado em ação civil pública, condenando o ente municipal a promover as adequações pleiteadas na exordial, relacionadas à administração, funcionamento e infraestrutura do imóvel, onde se encontra sediada a instituição de acolhimento Lar da Criança e do Adolescente Prudenciana Cândida Vilela.

Direito intertemporal

Inicialmente cabe esclarecer que, embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, em razão de o presente recurso ter sido interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973, são as regras desse *codex* que devem ser consideradas neste julgamento.

Luiz Fux (idealizador do projeto inicial do Novo CPC) elencou algumas situações jurídicas geradas pela incidência da lei nova aos processos pendentes, afirmando quanto à aplicação do CPC/2015 aos recursos interpostos que:

*“A lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes; respeitados os direitos subjetivo-processuais adquiridos, o ato jurídico perfeito, seus efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei, bem como a coisa julgada;*

[...]

7. *A lei vigente na data da sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos da admissibilidade dos recursos;* ” (FUX, Luiz. Teoria Geral do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também se posicionaram sobre o tema, no sentido de que regerà o procedimento do recurso a lei vigente na data da efetiva interposição do recurso, senão vejamos:

*“Lei processual nova sobre recursos: No que tange aos recursos, é preciso particularizar-se a regra do comentário anterior. Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recursos: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso”* (Comentários ao Código de Processo Civil/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 228)

#### Do reexame necessário

Conhece-se, de ofício, do reexame necessário, aplicando-se a Súmula nº 490, do Colendo Superior Tribunal de Justiça *“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”*.

#### Fatos

No caso concreto, após instauração de procedimento de sindicância, o Ministério Público ajuizou ação civil pública, com fundamento na proteção dos direitos difusos e coletivos afetos à infância e à juventude, em face do Município de Cassilândia, Lar da Criança e do Adolescente Prudenciana Cândida Vilela e Lions Clube de Cassilândia Vale do Aporé, visando compeli-los a promoverem as adequações necessárias no seu programa de acolhimento institucional, por meio do Lar da Criança e do Adolescente Prudenciana Cândida Vilela, tendo em vista a constatação irrefutável de uma série de deficiências e irregularidades, tanto em relação às instalações físicas, quanto na qualidade do serviço prestado.

Segundo consta dos autos a demanda se justificou em virtude da situação de extrema precariedade do referido Lar, em que fora constatada a inadequação do local para o acolhimento de crianças e adolescentes, em virtude de diversas irregularidades encontradas no local, a exemplo do do telefone inativo em decorrência de débitos, guarda-roupas de má qualidade, sendo apenas 01 guarda-roupa de 02 portas para atender todos os abrigados; roupas de cama e banho em péssimo estado de conservação; ausência de produtos de higiene pessoal, como xampu, absorvente para as adolescentes e fraldas descartáveis para as crianças; ausência de espaço apropriado para atender as crianças; ausência de equipe técnica capacitada para receber as crianças; ausência de pedagoga para orientar as tarefas; ausência de registro da instituição no Conselho Municipal da Assistência Social; ausência de registro da Instituição no Conselho Estadual da Assistência Social, inviabilizando qualquer recebimento de verba; ausência de registro da Instituição no Conselho Municipal da Criança e do Adolescente; escassez de produtos alimentícios; ausência de camas suficientes; um dos dois banheiros existentes não está em condições de uso; ausência do administrador no local; havendo ainda diversos outros problemas estruturais como portas emperradas, fossa entupida, vazamento de esgoto, etc.

Após a concessão da liminar pleiteada na inicial, em fevereiro de 2013 (f. 217-222), foi realizada audiência, com a participação efetiva do Ministério Público Estadual, do Município de Cassilândia, representado pelo vice-prefeito, acompanhado pela secretária municipal de finanças e pela secretária

municipal de bem estar social, da assistente social do juízo, do representante do Lar da Criança e do Adolescente Prudenciana Cândida Vilela, do representante do Lions Clube de Cassilândia Vale do Aporé e do representante da APAE de Cassilândia, em que foi realizado acordo acerca da condução do Lar (fls. 243-244).

As partes requeridas apresentaram defesa e após a instrução do feito, foi proferida sentença de procedência do pedido.

E contra essa sentença, insurge-se apenas o Município de Cassilândia, sustentando, em síntese, a inviabilidade de manter profissionais - assistente social, pedagogo e psicólogo – no Lar da Criança, diante da inexistência de previsão legal e falta de previsão orçamentária. Argumenta não estar negando que as crianças tenham direito a atendimento com tais profissionais, entretanto, manter um profissional em cada uma dessas áreas é apenas onerar os cofres públicos.

Esclarece que tais profissionais (assistente social, psicólogo e pedagogo) oferecem atendimento à população na Secretaria de Assistência Social, bem como nas Secretarias Municipais de Saúde e Educação, não havendo a possibilidade de serem específicos para atendimento no Lar da Criança. Argumenta que, apesar da situação específica das crianças e adolescentes abrigados, são poucos os atendimentos, se comparada à população que deve ser atendida na rede pública, junto às Secretarias de Assistência Social, Saúde e Educação. Afirma que a imposição de multa para o caso de descumprimento das obrigações não deve prevalecer. Subsidiariamente, requer a redução das multas para R\$ 100,00 ao dia, e a sua limitação para o período de 30 dias. Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

A análise do recurso voluntário e do reexame necessário se dará simultaneamente.

Preliminar – ilegitimidade passiva *ad causam* do Lar da Criança e do Lions Clube

Na sentença, a magistrada de piso afastou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada em contestação pelo Lar da Criança e Lions Clube. Entretanto, inexistente recurso voluntário das partes interessadas quanto à essa questão, razão pela qual, deixo de apreciá-la.

Vale registrar que, apesar de a sentença estar submetida à reexame necessário, a questão relativa à ilegitimidade passiva dos demais réus envolve direito disponível de pessoas jurídicas de direito privado, que não prejudica a esfera jurídica do Poder Público Municipal.

Mérito

No caso em tela, os documentos colacionados aos autos, bem como a prova testemunhal produzida demonstram, de forma cabal, a carência do serviço de acolhimento institucional prestado pelo Município apelante e a inobservância às diretrizes traçadas pelos Conselhos Nacionais CNAS e CONANDA, tais como, instalações inadequadas para o atendimento das crianças e adolescentes, ausência de produtos básicos de higiene e alimentação, documentação irregular e contas vencidas.

A carência do serviço prestado era tão notória que, após a concessão de liminar nestes autos, foi realizado um acordo entre as partes acerca da condução do lar (fls. 243-244), sendo nomeadas psicóloga, e assistente social para atenderem as crianças abrigadas (fl. 372), realizadas reformas na estrutura física da instituição (fls. 373-375), mudança na administração e instalações do Lar (fls. 420-421). Além disso, foi promovida reestruturação na legislação, com produção de novo estatuto (fls. 439-453).

O próprio Município apelante, ao contestar (fls. 261-264), alegou que foi cumprida a decisão liminar e que melhorias vem ocorrendo no local, na medida do possível.

Como cediço, a Constituição Federal, em seu artigo 227, impõe ao Estado (gênero) o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação e à dignidade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência.

Por outro lado, o artigo 86, da Lei nº 8.069/90, estabelece que as políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, são de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, com o objetivo precípuo de definir e assegurar o controle das políticas de atendimento à população infanto-juvenil, a Lei nº 8242/91 criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente CONANDA, ao qual compete, dentre outras atribuições, elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de executadas pelo poder público, observadas especialmente as diretrizes estabelecidas nos artigos 87 e 88, ambos da Lei nº 8.069/90.

Nessa perspectiva, a criação e manutenção de instituições de abrigo e acolhimento para menores em situações de risco ou vulnerabilidade inserem-se nessa política ampla de atendimento e de efetiva prioridade, nos termos do artigo 92, da Lei 8.069/90, não cabendo escusas do Poder Público para sua implementação.

Com efeito, em ação conjunta do CONANDA e do CNAS Conselho Nacional da Assistência Social foram regulamentadas as “Orientações Técnicas” para os serviços de acolhimento institucional de crianças e adolescentes, concebido como medida protetiva de caráter excepcional e provisório, prevista no artigo 101, inciso VII, no aludido diploma legal.

As instituições responsáveis por executar essa medida de proteção devem oferecer acolhimento, cuidado e espaço de desenvolvimento para os menores em situação de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção.

Deverão, ainda, segundo as referidas ‘Orientações Técnicas’, dispor de equipe técnica com as seguintes características:

*FORMAÇÃO MÍNIMA: - NÍVEL SUPERIOR NA ESPECIALIDADE EXIGIDA (SERVIÇO SOCIAL OU PSICOLOGIA); E - EXPERIÊNCIA NO ATENDIMENTO A CRIANÇAS, ADOLESCENTES E FAMÍLIAS EM SITUAÇÃO DE RISCO.*

*QUANTIDADE: 2 PROFISSIONAIS 1 ASSISTENTE SOCIAL E 1 PSICÓLOGO PARA ATENDIMENTO A ATÉ 20 CRIANÇAS E ADOLESCENTES.*

*Carga Horária Mínima Indicada: 30 horas semanais.*

*ATIVIDADES DESENVOLVIDAS:*

*Elaboração, em conjunto com o/a coordenador(a) e demais colaboradores, do projeto político-pedagógico do serviço.*

*Acompanhamento psicossocial dos usuários e suas respectivas famílias, com vistas à reintegração familiar;*

*Apoio na seleção dos cuidadores/educadores e demais funcionários;*

*Capacitação e acompanhamento dos cuidadores/educadores e demais funcionários;*

*Encaminhamento e discussão / planejamento conjunto com outros atores da rede de serviços e do Sistema de Garantia de Direitos das intervenções necessárias ao acompanhamento das crianças e adolescentes e suas famílias;*

*Elaboração, encaminhamento e discussão com a autoridade judiciária e Ministério Público de relatórios periódicos sobre a situação de cada criança e adolescente apontando: i. possibilidades de reintegração familiar; ii. necessidade de aplicação de novas medidas; ou, iii. quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem, a necessidade de encaminhamento para adoção;*

*Preparação, da criança / adolescente para o desligamento (em parceria com o (a) cuidador(a)/educadora(a) de referência);*

*Mediação, em parceria com o (a) cuidador(a)/educadora(a) de referência, do processo de aproximação e fortalecimento ou construção do vínculo com a família de origem ou adotiva, quando for o caso.*

Ademais, devem oferecer atendimento especializado e condições institucionais para o acolhimento dos menores em padrões de dignidade, porquanto funcionam como moradia provisória até que seja viabilizado o retorno à família de origem, extensa ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para família substituta.

Assim, não há como acolher o argumento do Município Apelante, no sentido de que inexistente amparo legal específico para a determinação de manter uma equipe multidisciplinar (assistente social/psicólogo/pedagogo) no abrigo.

Ao contrário, como bem assentou o I. Procurador de Justiça em seu parecer de f. 516/523:

*“Do mesmo modo, ao contrário do salientado pelo Recorrente, de que inexistente amparo legal específico para a determinação de manter assistente social, pedagogo e psicólogo no Lar da Criança Prudenciana Cândida Vilela, verifica-se que a manutenção dos referidos profissionais na instituição em questão se revela imprescindível para assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes ali acolhidos, os quais se encontram amplamente assegurados no artigo 227 da Constituição Federal, in verbis:*

*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

*De fato, a ideia de acolhimento institucional prevista pela Política Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e*

*Adolescentes à Convivência familiar e Comunitária, longe de se contentar com a estrutura dos antigos abrigos, estabelece a necessidade de acompanhamento individualizado de cada criança ou adolescente, com a manutenção de cadastros em que constem informações jurídicas de cada um, bem como expedição de guia acolhimento institucional (artigo 101, §§ 4º e 5º, do ECA), o que se revela necessário para capacitar o trabalho da entidade de acolhimento, de modo a permitir que os profissionais possam atuar positivamente na busca primordial pelo retorno da criança ou adolescente à origem, quando possível, com o paralelo trabalho de reestruturação familiar ou de supressão de dificuldades.*

*Assim, é clarividente a importância da atuação de uma equipe técnica interprofissional ou multidisciplinar na instituição de acolhimento, para o adequado atendimento de cada criança ou adolescente.*

*Ademais, o artigo 19, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao estabelecer o direito da criança e do adolescente ser criado e educado em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral, bem como de ser avaliado por equipe interprofissional ou multidisciplinar quando estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional. Veja-se:*

*Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*

*§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. “*

Ademais, segundo as Orientações Técnicas expedidas por meio da Resolução Conjunta CONANDA e CNAS n. 1/2009, é necessário investir-se na capacitação de educadores e cuidadores de casas abrigo, incluindo equipe técnica, visando a qualidade no atendimento dos jovens provenientes de famílias desestruturadas, abandono e situação de risco.

Também não há como se acolher qualquer argumento de que os recursos são limitados e que se deve adotar planejamento para o atendimento dos menores, ante a falta de recursos orçamentários e diante da oportunidade e conveniência do administrador, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente vige desde o ano de 1990, sem que o Poder Público tenha se preparado para, de modo adequado e cabal, observar os ditames constitucionais que erigem os direitos das crianças e adolescentes à categoria de prioritários.

É inadmissível que o Município se isente de cumprir a prioridade estabelecida constitucionalmente por alegada falta de recurso orçamentário e discricionariedade da escolha das políticas públicas.

Com efeito, que os recursos orçamentários são limitados, ninguém nega, porém é dever indisponível da Administração Pública assegurar que sejam atendidas as prioridades estabelecidas pela Constituição Federal<sup>1</sup>, em especial, a prioridade absoluta de atendimento a crianças e adolescentes em situação de risco, que necessitam do abrigo.

Portanto, agiu com acerto a Magistrada sentenciante ao determinar que o Município disponibilize assistente social, pedagogo e psicólogo para atuar no Lar, de modo a promover a proteção integral dos abrigados, nos termos dos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A propósito, vale colacionar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“Apelação cível - Constatação de irregularidades em casa abrigo da Prefeitura de Alumínio -Representação oferecida pelo Ministério Público julgada parcialmente procedente - Condenação da recorrente para que providencie equipe multidisciplinar em 180 dias, para atuar de forma exclusiva na Casa Lar Manoel José dos Reis, bem como promover a capacitação profissional dos funcionários do abrigo, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária no valor de um salário mínimo - Manutenção da r.sentença que está em consonância com as normas protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente*

<sup>1</sup> Dispõe o art. 227 da Constituição Federal que ‘é dever (...) do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.’

*e diretrizes do CONANDA e CNAS - Estabelecido prazo razoável para a obrigação - Provas nos autos de que o Município conta com previsão orçamentária para atender à assistência social, de maneira que não haverá violação às normas orçamentárias e lei de responsabilidade fiscal. (APL 990102704637 - TJSP – Relator (a): Eduardo Gouvêa Julgamento: 27/09/2010 - Órgão Julgador: Câmara Especial - Publicação: 06/10/2010)”*

Vale registrar, ainda, que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, ao julgar a Apelação Cível nº 2011.005672-6, de Bela Vista/MS, entendeu que por força do ECA, o poder público tem a obrigação de promover programas de assistência à criança e aos adolescentes que se encontrem em situação de risco. Senão vejamos:

*“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMARCA DE BELA VISTA – FORMULAÇÃO DE PROJETOS E CRIAÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*Por força do ECA, o poder público tem a obrigação de promover programas de assistência à criança e aos adolescentes que se encontrem em situação de risco.*

*O Poder Judiciário não pode determinar a realização de obras públicas, sob pena de extrapolar os limites de controle jurisdicional, adentrando no campo de conveniência e oportunidade das políticas públicas.”*

Ao justificar o entendimento, o Relator, Des. Julizar Barbosa Trindade, expôs em seu voto que:

*“É que, no que se refere à obrigação para formular e manter programas de proteção e acompanhamento dos menores abrigados (itens 1 a 4 do dispositivo da sentença), a condenação deve ser mantida.*

*Isso porque o ente público tem a obrigação de promover programas de assistência integral à proteção da criança e do adolescente que se encontra em situação de risco.*

*Aliás, o artigo 88, I, da Lei 8.069/90[1] estabelece ser diretriz da política de atendimento às crianças e aos adolescentes sua municipalização, circunstância que, por si só, manifesta o inequívoco dever do poder público municipal em adotar providências concretas para mitigar os danos que são gerados pelo descaso.*

*Com efeito, deve-se ponderar que o princípio da não interferência do Judiciário sobre o Executivo, decorrente de imposição constitucional da independência e harmonia dos poderes, não está sendo olvidado, pois a pretensão do Ministério Público insere-se nos casos de violação a direitos básicos das crianças e dos adolescentes. Desse modo, não está o Judiciário interferindo na esfera alheia com o intuito de substituir o administrador público, mas sim atuando na defesa das garantias individuais, dando cumprimento à sua obrigação constitucional insculpida no caput do artigo 227 e § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, in verbis:*

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

*(...)*

*§ 3º. O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:*

(...)

*VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”*

Cumpra assentar, por fim, que de afronta ao princípio da separação dos poderes também não se cogita, pois a discricionariedade conferida à administração pública não pode justificar a omissão verificada, servindo de pretexto para descumprimento de seu dever constitucional.

Nesse sentido, alguns julgados:

*“Ação Civil Pública objetivando a condenação da Municipalidade de Itapuí na obrigação de fazer consistente no oferecimento de serviços de abrigo em entidade especializada à criança e adolescente. Imposição de obrigação de fazer à Administração Pública, fruto de atividade jurisdicional. Possibilidade, desde que visando a satisfação de direito subjetivo garantido pelo Ordenamento Jurídico. Necessidade de compatibilização com o poder discricionário de que é investido o Poder Público. Violação do princípio da Independência dos Poderes não configurada. Direito subjetivo constitucionalmente garantido. Possibilidade de imposição de multa cominatória ao Poder Público. Redução do valor da multa em atenção aos princípios da razoabilidade e do interesse público. Apelação parcialmente provida.”* (Apelação nº 9156133-05.2009.8.26.0000, Rel. Desembargador Decano, DJ 18.01.2010)

*“Ação civil pública. Reexame necessário. Instalação e manutenção de programa de acolhimento institucional destinado a crianças e adolescentes em situação de risco. Medida de proteção que se insere na política de atendimento instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e constitui prioridade social, de sorte a dar efetividade ao comando da Constituição Federal (art. 227). Dever que é atribuído ao Município, a quem compete realizar concreta e efetivamente a proteção outorgada pelo ordenamento jurídico às crianças e aos adolescentes. Procedência acertada. Recurso improvido.”* (Reexame Necessário nº 0005843-86.2009.8.26.0597, Rel. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, DJ 25.07.2011)

Diante dessa inafugentável realidade e da omissão afigurada no caso em testilha, a manutenção da sentença nesse aspecto é medida que se impõe.

Da multa arbitrada

A sentença fixou multa diária para o cumprimento de duas obrigações específicas:

*- disponibilização de repasse ininterrupto de alimentos (verduras, carnes, legumes, e frutas), e produtos de higiene pessoal (shampoo, condicionador, sabonete, fraldas, escovas de dentes e absorventes), para as crianças e adolescentes abrigados, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00;*

*- adequação à data de repasse de verbas ao Lar da Criança, sob pena de multa diária no valor objeto do convênio (à época R\$ 5.000,00).*

O município apelante requer a exclusão das *astreintes*, diante da possibilidade que tem o autor-apelado, de executar o acordo homologado em juízo, no caso de eventual descumprimento da liminar concedida nos autos.

Argumenta, ainda, não só o apelante, mas todo o Brasil tem enfrentado uma grave crise financeira, e manter as multas nos patamares de R\$ 1.000,00 (mil reais) e de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, trará sérias sequelas para a população do município.

Por fim, afirma que o valor se revela bastante excessivo e oneroso, devendo ser destacado ainda, que a sentença não limitou a sua incidência, motivo pelo qual é necessária, tanto a redução, quanto a sua limitação.

Inicialmente, cumpre assentar que com o julgamento do mérito da questão debatida neste processo, não há como o autor pleitear, em caso de eventual descumprimento do comando judicial, a execução do acordo judicial realizado entre as partes, que teve por objeto, apenas a forma de cumprimento da ordem liminar concedida anteriormente nestes autos, pela urgência que o caso requeria.

A imposição, de ofício ou a pedido, de medidas necessárias ao cumprimento da ordem decorrente de decisão judicial é delineada no art. 461 do CPC, *verbis*:

*Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

(...)

*§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.*

*§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

*§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.*

O previsto no mencionado dispositivo é meramente exemplificativo, não taxativo, e não visa o prejuízo do ente público, mas, unicamente, dar cumprimento ao provimento judicial, sobretudo levando-se em consideração a urgência do interesse tutelado e a natureza do feito.

Portanto, uma vez que possuem o caráter de cominação – somente aplicadas em razão do descumprimento da decisão judicial -, devem ser estabelecidas sob dois aspectos: nem tão onerosas, que possam dar azo ao enriquecimento ilícito, nem pouco expressivas, pois visam, exatamente, forçar o cumprimento da obrigação.

No caso em questão, os valores de R\$ 1.000,00 e R\$ 5.000,00 são bastante razoáveis, e não onerarão os cofres públicos. Ademais, a fixação de multa em valor diminuto não alcançaria sua finalidade, que é estimular e compelir o Estado ao cumprimento da ordem, devendo ser mantido o valor fixado, cujo montante possui a força necessária a desestimular o descumprimento do *decisum*. Até porque, mostra-se prudente estabelecer a multa diária em valor suficiente para compelir o obrigado a não permanecer na inércia.

Sobre o assunto Marinoni e Mitidiero<sup>2</sup> esclarecem que:

*“As astreintes, para convercer o réu a adimplir, devem ser fixadas em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz”.*

2 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 429.

Nesse sentido:

*A imposição de multa diária, para o caso de descumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, nada tem de abusivo ou ilegal. Bem ao contrário, encontra previsão expressa, servindo como fator de inibição a eventuais resistências. Registra-se, ainda, que o valor da multa deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O objetivo não é obrigar o réu a pagar a multa, mas, sim, obrigá-lo a cumprir a prestação imposta. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000609-6, de São José, Rel. Des. Jânio Machado, j. 11.01.2011).*

Logo, não se há como acolher a pretensão de excluir ou minorar a multa diária fixada para o caso de descumprimento.

Apesar disso, em conformidade com o que dispõe o artigo 461, § 6º, do CPC, o valor da multa cominatória deve ter a modulação temporal de sua incidência em no máximo 30 dias, sem prejuízo de uma posterior alteração, caso os parâmetros ora determinados se mostrem excessivos ou inócuos para o fim a que se destinam.

Dispositivo final

Ante o exposto, contra o parecer, dou parcial provimento à apelação cível interposta pelo Município de Cassilândia e retifico em parte a sentença em sede de reexame necessário, tão-somente para limitar a incidência da multa cominatória fixada na sentença em no máximo 30 dias. Mantém-se o ônus da sucumbência na forma como fixado pelo juízo de primeiro grau.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram parcial provimento ao apelo e ao reexame, suscitado de ofício, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

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, 05 de julho de 2016.

\*\*\*

## 2ª Seção Cível

### **Mandado de Segurança nº 1401706-67.2016.8.12.0000 - Campo Grande** **Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – OBJETO – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL JÁ TRANSITADA EM JULGADO – REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À COISA JULGADA MATERIAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PRESENÇA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Se o mandado de segurança foi impetrado contra ato que descumpriu ordem judicial já transitada em julgado, fica vedada a rediscussão do mérito desta decisão, sob pena de ofensa à coisa julgada material.

No caso dos autos, tornou-se inequívoco, portanto, que há decisão judicial expressa, já acobertada pela coisa julgada material, relativa à forma de cálculo dos proventos (paridade). Destarte, não é mais possível discutir tal mérito nesta ação mandamental. Trata-se de coisa julgada e, portanto, direito líquido e certo do impetrante.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 11 de julho de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fernando Jorge Mendes Filipe, em face de ato praticado pelo diretor presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul Ageprev-MS e Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul.

Narra que através do Mandado de Segurança nº 0602685-04.2012.8.12.0000, cujo acórdão transitou em julgado, obteve o direito à averbação do tempo de serviço prestado à Empresa de Serviços Agropecuários de MS - AGROSUL, no período de 18/10/79 a 29/08/91 como efetivamente prestado ao Estado, com efeitos legais para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, com exceção da ascensão e da progressão funcionais. Entretanto, ao requerer seu direito de aposentadoria, os impetrados só reconheceram o tempo de serviço de celetista como sendo público, de maneira parcial, negando o direito à paridade e integralidade nos vencimentos.

Aduz que seu direito se afigura no fato de ter uma decisão transitada em julgado que reconheceu o tempo trabalhado sob o regime celetista, para a empresa pública desde junho de 1988 até a conversão em

2005, como sendo serviço público para efeito de aposentadoria, sendo despropositada a posição adotada pelos impetrados.

Afirma que o ato praticado pelos impetrados afronta a Constituição Federal no que se refere aos valores do benefício da aposentadoria, haja vista que em vez de ser de acordo com o art. 72 da Lei Estadual de nº 3.150/2005 e art. 6º da EC nº 41/03, foi feito nos termos do art. 41, I, II, III da Lei 3.150/2005.

Justificando a presença dos requisitos autorizadores (*fumus boni iuris e periculum in mora*) o impetrante sustenta que deve ser deferida a medida liminar para declarar seu direito aos benefícios da aposentadoria nos termos do art. 72 da Lei 3.150 e art. 6º da EC nº 41/03, confirmando-se, ao final, a concessão da segurança.

A liminar foi indeferida (f. 275/278).

A autoridade coatora Jorge Oliveira Martins – Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – Ageprev, prestou as informações solicitadas (f. 291/332), alegando que a decisão do Mandado de Segurança nº 1401706-67.2016.8.12.0000 está sendo plenamente cumprida.

Aduz que o impetrante passou a ser segurado do regime próprio de previdência tão somente em 2006, visto que anteriormente era segurado do INSS, ou seja, tornou-se segurado/inscrito e beneficiário do RPPS após a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, que prevê cálculo de proventos pela média aritmética e sem paridade aos que ingressarem no cargo efetivo a partir da referida Emenda. Afirma que a base de contribuição do impetrante, enquanto segurado do INSS, era inferior à base de contribuição enquanto segurado do RPPS (veja meses 10/2006 e 11/2009, fls. 90), portanto, se permanecesse vinculado ao RGPS, além de continuar a ter proventos de aposentadoria calculados de acordo com a média aritmética, os mesmos seriam reduzidos ao teto do Regime Geral de Previdência, hoje limitado a R\$ 5.189,82 (cinco mil, cento e oitenta e nove reais e oitenta e dois centavos).

Expõe que o direito à opção pela regra do art. 6º da Emenda Constitucional 41/2003 somente é concedido ao servidor que, em 31/12/2003, fosse titular de cargo efetivo, e, portanto, vinculado à administração direta, autárquica ou fundacional, sendo-lhe, entretanto, assegurado computar, como tempo de serviço público, eventual período anterior de trabalho prestado a outra categoria funcional, à administração direta, autárquica e fundacional e à administração indireta em empresa pública ou sociedade de economia mista. Sustenta que o mesmo raciocínio se aplica quanto à regra de transição contida no art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, que foi editada no intuito de amenizar os impactos causados pelas novas disposições estabelecidas pela Emenda nº 41, de 2003. E conclui que em consequência disso, estão excluídos da aplicação da regra do art. 3º, os empregados públicos, independentemente de prestarem serviço à administração direta ou indireta. Pugna pela denegação da ordem.

O Estado de Mato Grosso do Sul também prestou informações (f. 334/352), afirmando em resumo que a paridade e a integralidade dos vencimentos, não foram matérias examinadas na decisão judicial que assegurou ao impetrante a averbação de seus tempos de serviço sob regime celetista, prestados às empresas públicas de direito privado AGROSUL de 18.10.1979 a 29.08.1991 e IDATERRA de 22.06.1998 a 30.09.2006.

Afirma que inexistente decisão judicial, transitada em julgado, que assegure ao impetrante o direito líquido e certo de ser aposentado com a garantia de paridade e integralidade, mas sim, o direito líquido e certo de ser averbado o tempo de serviço para efeito de aposentadoria. Diante disso aponta a ausência de direito líquido e certo do impetrante a ser amparada por esta via mandamental, requerendo o seu indeferimento liminar. No mérito, aduz que o acórdão que assegurou ao impetrante o direito à averbação - autos nº 0602685-04.2012.8.12.0000 - não fez, sequer, referência ao direito de recebimento com paridade

e integralidade. Assevera que a atividade prestada por empresa pública é de natureza privada, motivo pelo qual não pode o tempo de serviço nela prestado ser computado para fins de percepção de adicionais, sob pena de afronta ao art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal. Sustenta que a pretensão do impetrante vai de encontro à posição pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o tempo de serviço exercido em sociedade de economia mista e empresa pública, diante da natureza privada dessa atividade, não deve ser computado no âmbito da Administração Pública como tempo de serviço público. Requer a denegação da ordem.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer (f. 355/360), opinando pela concessão da ordem.

### **VOTO (EM 27.06.2016)**

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fernando Jorge Mendes Filipe, em face de ato praticado pelo Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul Ageprev-MS e Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, almejando a concessão da segurança para o fim de obrigar aos impetrados que lhe concedam aposentadoria nos termos do art. 72 da Lei 3.150, com fundamento legal: (art. 6º da EC 41/2003) com vencimento igual ao do último salário e reajustes iguais aos da ativa, ou seja, com paridade e integralidade de vencimentos.

Conforme consta do relatório, o impetrante narra que através do Mandado de Segurança nº 0602685-04.2012.8.12.0000, cujo acórdão transitou em julgado, obteve o direito à averbação do tempo de serviço prestado à Empresa de Serviços Agropecuários de MS - AGROSUL, no período de 18/10/79 a 29/08/91 como efetivamente prestado ao Estado, com efeitos legais para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, com exceção da ascensão e da progressão funcionais. Entretanto, ao requerer seu direito de aposentadoria, os impetrados só reconheceram o tempo de serviço de celetista como sendo público, de maneira parcial, negando o direito à paridade e integralidade nos vencimentos.

Aduz que seu direito se afigura no fato de ter uma decisão transitada em julgado que reconheceu o tempo trabalhado sob o regime celetista, para a empresa pública desde junho de 1988 até a conversão em 2005, como sendo serviço público para efeito de aposentadoria, sendo despropositada a posição adotada pelos impetrados.

Afirma que o ato praticado pelos impetrados afronta a Constituição Federal no que se refere aos valores do benefício da aposentadoria, haja vista que em vez de ser de acordo com o art. 72 da Lei Estadual de nº 3.150 2005 e art. 6º da EC nº 41/03, foi feito nos termos do art. 41, I, II, III da Lei 3.150/2005.

#### **Preliminar**

##### **Inexistência de direito líquido e certo**

A preliminar de inexistência de direito líquido e certo levantada pelo Estado de Mato Grosso do Sul em suas informações de f. 334/352, confunde-se com o mérito da questão debatida nestes autos, razão pela qual, com este deverá ser apreciada.

#### **Mérito**

*In casu*, o impetrante alega que através do Mandado de Segurança de nº 0602685-04.2012.8.12.0000, cuja decisão já transitou em julgado, foi reconhecido como servidor público desde 22 de junho de 1988 até a presente data, independente do regime celetista ou estatutário e obteve o direito à paridade e integralidade nos vencimentos para fins de aposentadoria.

As impetradas, ao prestarem as informações solicitadas, disseram ter cumprido a referida ordem judicial e que a questão acerca da paridade e integralidade de vencimentos para fins de aposentadoria não foram matérias examinadas na decisão judicial que lhe assegurou a averbação dos referidos tempos de serviço, já reconhecidos por decisão judicial.

Diante disso, importante, para a correta análise da controvérsia, a análise do objeto dos autos de Mandado de Segurança nº 0602685-04.2012.8.12.0000, anteriormente impetrado, bem como o teor de sua decisão.

Na petição inicial daquele *mandamus*, insurge-se o impetrante contra ato da impetrada que de forma manifestamente ilegal indeferiu o pedido para que o tempo averbado no período trabalhado para a Agrosul e Idaterra na condição de celetista, fosse computado como serviço público para fins de aposentadoria, conforme se infere da decisão inserta no processo administrativo de nº 21/500918/2008, que se trata de pedido de averbação do tempo trabalhado.

Frisa o impetrante, que no processo administrativo em tela, teve averbado o tempo trabalhado na Agrosul e no Idaterra, no entanto, não foi computado como serviço público, sob a alegação de que eram empresas de cunho privado. Aduz que no caso em comento se verifica a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante no tocante ao cômputo do período laborado na Agrosul Empresa de Serv. Agropecuários de MS e Idaterra - Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de MS -, como sendo de natureza pública e, por via de consequência, capaz de integrar o tempo de serviço do servidor para efeito de percepção de vantagens remuneratórias, com aposentadoria integral, ou seja o teto do benefício, isso em paridade de remuneração e benefícios dos servidores ativos.

E requer ao final:

*“In Meritis, seja definitivamente concedida a segurança, determinando à autoridade coatora que compute como serviço público aquele já averbado referente ao período trabalhado para a Agrosul Empresa de Serviços Agropecuários de MS e IDATERRA - Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul, de forma a possibilitar, aposentadoria integral, ou seja o teto do benefício, isso em paridade de remuneração e benefícios dos servidores ativos.”*

Ao julgar o Mandado de Segurança - autos n. 0602685-04.2012.8.12.0000 -, o Desembargador relator concedeu *“parcialmente a segurança para determinar que a impetrada averbe o tempo de serviço prestado pelo impetrante à Empresa de Serviços Agropecuários de MS – Agrosul, no período de 18/10/79 a 29/08/91, como efetivamente prestado ao Estado, produzindo todos os efeitos legais para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, com exceção da ascensão da progressão funcional (as quais possuem requisitos específicos).”* (f. 177)

Como se denota, a decisão judicial acima transcrita garantiu ao impetrante que o tempo de serviço prestado em empresa pública, ainda que sob o regime celetista, deve ser computado *“como efetivamente prestado ao Estado”*, ou seja, como *“tempo de efetivo serviço público”* para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, na medida em que houve o desempenho de atividade eminentemente pública e perante a Administração.

Ao conceder a ordem, nesse caso específico, *“para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias”* quis o relator *“possibilitar, aposentadoria integral, ou seja, o teto do benefício, isso em paridade de remuneração e benefícios dos servidores ativos”*, nos termos do pedido inicial do *mandamus*.

Portanto, não podem as autoridades coatoras alegarem em defesa que o impetrante apenas possui o direito líquido e certo de ter averbado o tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

Esse argumento somente seria aceitável caso o mandado de segurança anteriormente impetrado não tivesse reconhecido o referido período como sendo “*tempo de serviço público para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias*”, quando então, teria o impetrante, apenas o direito de utilizar o período laborado para a sociedade de economia mista sob regime celetista, tão somente para aferir o requisito temporal da aposentadoria, ou da disponibilidade, mas não para estabelecer a forma de cálculo dos proventos ou da pensão que o servidor venha a deixar. Todavia, esse não é o caso dos autos.

A forma de cálculos dos proventos foi determinada na decisão judicial transitada em julgado.

Cumprir registrar, que o pedido inicial do impetrante naqueles autos foi claro no ponto em que requer a aposentadoria integral, ou seja o teto do benefício, isso em paridade de remuneração e benefícios dos servidores ativos.

E apesar disso, a autoridade impetrada, ao prestar informações naquele processo, ateu-se a alegar ser impossível a averbação do tempo laborado perante à AGROSUL Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul como serviço público, sem nada alegar quanto à impossibilidade de paridade de remuneração e benefícios para fins de aposentadoria.

Dessa forma, não pode agora, sob o argumento de que não houve discussão naquela ocasião acerca da forma de cálculo dos proventos - por pura opção, já que o pedido englobava essa matéria - negar-se a cumprir uma ordem judicial transitada em julgado.

É inequívoco que há decisão judicial expressa, já acobertada pela coisa julgada material, determinando que o tempo de serviço do impetrante no regime celetista, deve ser computado “*como efetivamente prestado ao Estado*”, ou seja, como “*tempo de efetivo serviço público*” para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias.

Destarte, não é mais possível discutir tal mérito nesta ação mandamental. Trata-se de coisa julgada material e, portanto, direito líquido e certo do impetrante.

Nesse sentido é o parecer da Procuradoria Geral de Justiça (f. 355/360):

*“Com efeito, verifica-se que o autor do writ laborou por cerca de quase 12 (doze) anos em empresa pública vinculada ao Estado de Mato Grosso do Sul, tendo este tempo de serviço averbado em seu prontuário funcional, consoante faz prova o documento de fls. 20, num total de 4.331 dias prestados à Empresa de Serviços Agropecuários de MS - AGROSUL.*

*Tendo o autor anteriormente ajuizado Mandado de Segurança sob o nº 0602685-04-2012.8.12.0000, o período acima mencionado foi declarado como serviço efetivamente prestado ao Estado, produzindo todos os efeitos legais para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, consoante se abstrai de acórdão de fls. 238-245.*

*Assim, afigura-me como acertada a alegação do impetrante em ter seu benefício de aposentadoria com proventos integrais, conforme o disposto no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005.”*

Pelo exposto, vê-se que as autoridades coatoras pretenderam rediscutir a matéria que foi objeto do Mandado de Segurança nº 0602685-04.2012.8.12.0000, cuja decisão já transitou em julgado, o que evidencia ofensa ao direito líquido e certo do impetrante.

Não fosse apenas isso, da análise dos autos percebe-se que o impetrante possui os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria com proventos integrais conforme disposto no artigo 6º da EC 41/2003.

Como se sabe, aos servidores públicos que ingressaram no serviço público após a Emenda Constitucional n. 41, publicada em 31.12.2003, não mais é assegurada a integralidade de proventos, tampouco é garantida a paridade com os integrantes da ativa. O art. 40, § 8º, da Constituição Federal assegura a atualização dos valores recebidos, na forma da lei (é o que se percebe da leitura da própria Constituição Federal).

Por outro lado, as Emendas Constitucionais que trataram do tema (aposentadoria do servidor público), quais sejam, a Emenda Constitucional n. 47/05, a Emenda Constitucional n. 41/03 e a Emenda Constitucional n. 20/98, resguardaram os direitos adquiridos daqueles servidores já aposentados ou que possuíam os requisitos para tanto, e asseguraram justas expectativas de direito daqueles que, embora ainda não tivessem cumprido os requisitos para a aposentadoria, houvessem ingressado no serviço público quando da mutação constitucional. O mesmo se aplica aos pensionistas, notadamente nos casos em que o benefício foi constituído anteriormente à aludida Emenda n. 41/03.

Relevante destacar o texto que não foi incorporado à Constituição (normas extravagantes):

*“E.C. 41. de 19 de dezembro de 2003.*

*Art. 6º - Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art.40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no §5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:*

*I- sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;*  
<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11302664/art-6-inc-i-emenda-constitucional-41-03>

*II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*III- vinte anos de efetivo exercício no serviço público;*

*IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.*

*Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela união, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei”.*

*E.C. 47. de 5 de julho de 2005.*

*“Art. 2º. Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.*

*Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;*

*III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, §1º, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.*

*Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41 de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.*

*(...)*

*Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda constitucional nº 41 de 2003”.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfrenta o tema e preleciona:

*“Na Emenda Constitucional nº 41/03, em seu artigo 3º, são garantidos todos os direitos adquiridos até a data de sua publicação, com base nos critérios da legislação então vigente, no que diz respeito à aposentadoria e à pensão. É de difícil compreensão o § 2º desse artigo, quando diz que os proventos, sejam integrais ou proporcionais, e a pensão serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos “ou nas condições da legislação vigente”. Em se tratando de direito adquirido, os proventos e a pensão têm que ser calculados com respeito aos benefícios já incorporados ao patrimônio do servidor à época em que completou os respectivos requisitos, sem prejuízo de outros adquiridos posteriormente. Não há como separar o direito à aposentadoria integral ou proporcional”) e à pensão do benefício pecuniário correspondente. Ainda que se altere a legislação, a integralidade ou a proporcionalidade, conforme o caso, têm que ser respeitadas. Em consequência, a frase final do dispositivo, ao fazer referência às “condições da legislação vigente”, tem que ser entendida no sentido de que outras vantagens podem ser acrescidas àquelas a que já fazia jus o servidor na data de publicação da Emenda. Também tem que ser respeitada a paridade dos proventos e da pensão com os vencimentos e demais vantagens concedidas aos servidores em atividade, seja para os benefícios já concedidos na data da Emenda Constitucional nº 41/03, seja para os que já completaram os requisitos para obtenção da aposentadoria ou da pensão, nos termos do artigo 3º. A Emenda Constitucional nº 47/05 estende o mesmo benefício aos que ingressaram no serviço público até 16-12-98 (data da entrada em vigor da Emenda nº 20/98) e que tenham cumprido os requisitos previstos no artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 ou no artigo 3º da Emenda constitucional nº 47/05 (...)” (Direito Administrativo, 2008, p. 541).*

Portanto, o patamar financeiro das aposentadorias e pensões está assegurado aos que foram investidos até a data da Emenda Constitucional n. 41/03, e que se aposentem segundo os requisitos por ela elencados.

Da análise da documentação encartada, verifica-se que o impetrante, demonstrou cabalmente fazer jus à integralidade e paridade de vencimentos, como bem ressaltou o I. Procurador de Justiça, em seu parecer:

*“a) O impetrante já contribuiu com mais de 35 (trinta e cinco) anos para os regimes de previdência, incluindo-se na soma o período averbado em seu prontuário conforme fls. 20 (cumprindo o inciso I do artigo acima citado);*

*b) Considerando que o impetrante foi admitido no serviço público, por concurso, em junho de 1998 até a presente data, somando-se a este o período determinado no acórdão de fls. 238-245, também completou mais de 25 anos de efetivo exercício no serviço público (cumprindo o inciso II do artigo acima citado);*

*c) Possui mais de sessenta anos de idade (data de nascimento: 15/08/1954), conforme disposto no inciso I do art. 6º da EC n.41/2003.”*

Além disso, também demonstrou ter 10 anos de tempo de carreira e cinco anos no cargo de Gestor de Desenvolvimento Rural.

Dessa forma, presentes os requisitos necessários para a impetração do mandado de segurança, quais sejam, a violação do direito líquido e certo do impetrante e o ato ilegal praticado pelas autoridades apontadas como coatoras, a concessão da ordem é medida que se impõe.

Por tais razões, com o parecer, o voto é pela concessão da segurança para determinar que os impetrados concedam aposentadoria ao impetrante com proventos integrais e com paridade, conforme previsto no art. 6º da EC nº 41/2003. Sem custas processuais ou honorários advocatícios.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (des. Rasslan), após o relator conceder a segurança. Os demais aguardam.

## **VOTO (EM 11.07.2016)**

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (1º vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fernando Jorge Mendes Filipe, contra ato coator praticado pelo Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – Ageprev, e Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que por meio do Mandado de Segurança n.º 0602685-04.2012.8.12.0000, cujo acórdão transitou em julgado, obteve o direito à averbação do tempo de serviço prestado à empresa pública (Agrosul), no período de 18/10/79 a 29/08/91, com efeitos legais para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, com exceção da ascensão e da progressão funcionais. Entretanto, ao requerer sua aposentadoria, os impetrados só reconheceram o tempo de serviço de celetista como sendo público, mas negaram o direito à paridade e integralidade dos vencimentos.

Após o voto proferido pelo i. Des. Marco André Nogueira Hanson para concessão da ordem, pedi vista para analisar a questão, e após detida análise, ousou divergir porque entendo que não houve violação a direito líquido e certo do impetrante.

De início, entendo que a decisão proferida nos autos do mandado de segurança n.º 0602685-04.2012.8.12.0000 (f. 238), que concedeu “*parcialmente a segurança para determinar que a impetrada averbe o tempo de serviço prestado pelo impetrante à Empresa de Serviços Agropecuários de MS – Agrosul, no período de 18/10/79 a 29/08/91, como efetivamente prestado ao Estado, produzindo todos os efeitos legais para fins de aposentadoria e verbas remuneratórias, com exceção da ascensão da progressão funcionais*” (f. 244), não estendeu ao autor o direito à paridade e integralidade de vencimentos para fins de aposentadoria.

Isso porque a paridade e integralidade de vencimentos não foram analisadas na decisão que determinou a averbação de tempo de serviço prestado sob o regime celetista. Nem eram objeto do referido mandado de segurança.

Naquele julgado, a ordem foi concedida apenas para que fosse averbado o tempo de serviço prestado em empresa pública estadual como tempo de serviço para fins de aposentadoria e de disponibilidade, não sendo possível, no entanto, seu uso como “efetivo serviço público”, como pretende o impetrante neste momento.

O regime jurídico do tempo de serviço prestado a empresa pública como servidor celetista é diverso do regime estatutário laborado como titular de cargo efetivo, não havendo, portanto, direito ao recebimento dos benefícios decorrentes de tempo de serviço público.

Tratando-se de pessoas jurídicas de direito privado, tanto a sociedade de economia mista, quanto à empresa pública sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz com os direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, por expressa disposição constitucional (CF, art. 173, § 1.º, II).

Muito embora essas entidades se submetam a determinadas regras jurídicas de caráter administrativo – tal como ingresso mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II) – tal fato não lhes retira a natureza privada, mas tão somente lhes atribui um regime jurídico peculiar.

Dessa forma, embora o servidor (empregado) ingresse nessas entidades (sociedade de economia mista e empresa pública) por concurso público, conforme referido, bem como seja proibida a acumulação de empregos e funções (CF, art. 37, XVII), isso não confere ao admitido qualquer direito destinado aos servidores públicos estatutários, v.g. estabilidade, pois são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Aliás, ao desligar-se do vínculo celetista, por certo lhe foram pagas as verbas rescisórias, inclusive, o FGTS.

Nesse sentido:

*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO CELETISTA COMO SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTAGEM APENAS PARA FINS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*

*1. Recurso ordinário interposto com o objetivo de reformar acórdão no qual se firmou ser possível o cômputo de tempo de serviço prestado em sociedades de economia mista e empresas públicas apenas para aposentadoria e disponibilidade; a recorrente postula que seja contado como “efetivo tempo de serviço público”.*

*2. É pacífica a jurisprudência sobre a possibilidade de recepção dos embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem aos princípios da fungibilidade recursal, da economia processual e da instrumentalidade das formas. Precedente: EDcl no RMS 47.751/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/9/2015.*

3. *O tempo de serviço prestado em sociedades de economia mista e em empresas públicas estaduais pode - como ocorreu no caso concreto - ser averbado para fins de aposentadoria e de disponibilidade, não sendo possível, no entanto, seu uso como "efetivo serviço público", em sintonia com o que está firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.* Precedentes: AgRg no RMS 46.853/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/6/2015; RMS 46.070/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 10/9/2014; AgRg no RMS 45.157/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/8/2014. *Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.* (EDcl no RMS 49.018/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 10/02/2016).

*EMENTA - Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Complementação de aposentadoria. Coisa julgada. Complementação de pensão por morte. Lei estadual nº 1.386/51 do Estado de São Paulo. Cálculo do benefício. Ofensa a direito local. Inaplicabilidade das regras de paridade e integralidade do art. 40 da CF aos empregados públicos. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação local. Incidência da Súmula nº 280/STF. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se aplicam aos empregados públicos, regidos pelo regime da CLT, as regras de paridade e integralidade previstas no art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal antes do advento da EC nº 20/98. 3. Agravo regimental não provido.* (ARE 682739 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, Processo Eletrônico Dje-195 Divulg 06-10-2014 Public 07-10-2014).

Nesse contexto, é sabido que apenas aos servidores que ingressaram no serviço público efetivo antes da Emenda Constitucional n.º 41/2003, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, se observadas as regras de transição especificadas nas emendas n.º 41/2003 e n.º 47/2005.

Nesse sentido:

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA. SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. GRATIFICAÇÃO ATRIBUÍDAS APENAS ÀQUELES EM EFETIVO EXERCÍCIO. PARIDADE. EXTENSÃO. POSSIBILIDADE.*

1. *Estende-se aos servidores inativos a gratificação extensiva, em caráter genérico, a todos os servidores em atividade, independentemente da natureza da função exercida ou do local onde o serviço é prestado (art. 40, § 8º, da Constituição).*

2. *Os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005.*

3. *Recurso ordinário em mandado de segurança provido, para afastar o óbice referente à EC 41/2003, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da ação mandamental.* (RMS 23.665/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015).

Portanto, embora extinta pela Emenda Constitucional n.º 41/03, para fazer jus à paridade remuneratória e integralidade de vencimentos, os servidores admitidos antes da EC n.º 43/2001 devem preencher os requisitos previstos nos art. 2º e 3º da EC n.º 47/2005, os quais prescrevem que os servidores aposentados que cumpriram os parâmetros do art. 6º da EC n.º 43/2001, fazem jus à paridade, se possuírem: a) sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher; b) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; c) vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e d) dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Nesse sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL. Ação previdenciária. Pretensão de concessão de aposentadoria voluntária integral e paridade de proventos e reajustes iguais ao cargo da ativa. Sentença de improcedência. Pedido de aplicabilidade do art. 6.º da EC n.º 41/03. Necessidade de ingresso no serviço público até a data de publicação da emenda, em dezembro de 2003. Autora que ingressou como servidora pública apenas em agosto de 2004. Tempo de serviço anterior prestado no município sob o regime da CLT (pss). Tempo passível de ser computado para fins de aposentadoria, mas que não transforma o regime anterior celetista em próprio. Ausência de cumprimento dos requisitos do art. 6.º da EC 41/03 e art. 3.º da EC 47/05 que impossibilita também a paridade. Art. 2.º da EC 47/05. Aposentadoria que se rege pelo art. 40, § 1.º, III, A., da CF. Abono de permanência que deve observar o art. 40, § 19, da CF. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença parcialmente modificada. (TJPR; ApCiv 1374210-0; Cianorte; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo A. Espínola; Julg. 01/12/2015; DJPR 27/01/2016; Pág. 123).*

Em que pese o bem da vida aqui discutido, *in casu*, entendo que o impetrante não logrou êxito em comprovar que, ao tempo do pedido de aposentadoria, preenchia os requisitos estabelecidos nas regras de transição impostas pela EC n.º 47/2005, pois passou a ser segurado do regime próprio de previdência apenas em 2006 (f. 233), visto que anteriormente era segurado do INSS. Ou seja, tornou-se segurado/inscrito e beneficiário do RPPS, apenas após a edição da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que excluiu a possibilidade de aposentadoria com paridade aos servidores da ativa.

Diante do exposto, peço vênia ao i. Relator para denegar a segurança.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º vogal)

Acompanho integralmente o Relator.

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Decisão com o parecer.

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. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Nélio Stábile, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 11 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0803717-66.2013.8.12.0019 - Ponta Porã**  
**Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DOS FATOS ALEGADOS – INOBSERVÂNCIA AO QUE DISPÕE O ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PEDIDO INDEFERIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Indefere-se o pedido de registro de nascimento tardio se não há nos autos elementos suficientes a evidenciar a qualificação do autor como data, local de nascimento e nome dos pais, em especial de que o nascimento tenha efetivamente ocorrido em território nacional.

### **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, com o parecer.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Marcos José de Brito

Carlos Aguilhera, nos autos de ação voluntária de registro tardio de n. 0803717-66.2013.8.12.0019, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Na época de seu nascimento, no final dos anos 70, era muito comum que os partos fossem realizados por parteiras em residências localizadas na zona rural, como no caso do autor que nasceu e foi criado até os 05 (cinco) anos longe da cidade, em uma época em que a comunicação e locomoção eram difíceis, e que por total ausência instrução e falta de sabedoria da necessidade de registro por seus pais, não foi registrado.

Quando contava 05 (cinco) anos de idade, ocorreu a separação dos pais, sendo que seu genitor, a fim de conseguir um lucro maior foi procurar emprego no país vizinho, Paraguai, levando consigo seu filho, o qual se viu obrigado a estudar em escolas rurais paraguaias, retornando ao Brasil e ao encontro de sua mãe muito tempo depois, motivo pelo qual pode se justificar o sotaque do autor, porém não o torna nacional daquele país, não existindo qualquer vínculo jurídico com o mesmo.

Em relação aos depoimentos das testemunhas, é notório que algumas pessoas ao testemunhar um fato ocorrido há 37 anos passem a esquecer de alguns detalhes, e outros detalhes serem realçados por eventos marcantes, como para a mãe do autor a separação do filho, e os anos em que passaram distantes.

Apenas pelo fato de ser filho de pais brasileiros, o autor poderia optar pela nacionalidade brasileira conforme lhe autoriza o artigo 12, I, c, da Constituição Federal, o que não fez, justamente por ser brasileiro nascido neste solo e não estrangeiro, porém infelizmente sem a documentação adequada para que possa atestar a sua nacionalidade, motivo pelo qual ingressou com a presente.

Suplica o autor que com a falta de elementos probatórios mais eficazes ao olhar do fiscal da lei, sejam as regras de experiência comum aplicadas ao caso, pois não se trata de pessoa com a intenção de fraudar a lei, mas sim de um brasileiro ao qual esta sendo negado o seu direito de se tornar cidadão.

Requer o conhecimento e provimento do apelo para julgar procedente o pedido inicial.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Cuida-se de ação de requerimento de registro tardio ajuizada por Carlos Aguilhera objetivando o deferimento quanto à lavratura de registro de nascimento em território brasileiro.

Consta dos autos que o apelante nasceu em 06/10/1978, na região de Natagi, Fazenda Jaguarite, localizada no Município de Amambaí - MS, e não foi registrado.

A magistrada, após analisar o feito, julgou improcedente o pedido inicial, sob o argumento de que o requerente não conseguiu eficazmente comprovar o nascimento em território brasileiro (p. 49/50).

Dessa decisão, recorre o apelante, sustentando, em síntese, que provou, por meio de oitiva de testemunhas e por depoimento pessoal, que realmente nascera em solo nacional, logo não lhe pode ser negada a possibilidade de ter seu registro de nascimento deferido.

Compulsando os autos infere-se que, ao contrário do alegado pelo apelante, as testemunhas e a informante ouvidas em juízo não lograram êxito em comprovar o local de seu nascimento e as circunstâncias do fato, já que, segundo relatos, o autor teria sido levado com dois ou três anos de idade para o Paraguai por seu pai.

Com efeito, a testemunha Manoel Candido da Silva, em seu depoimento de p. 35, declarou:

*“Que conhece o interessado desde que o mesmo nasceu na Fazenda Tagi, na região de Aral Moreira. Que o depoente lá morava, conhecendo a mãe do interessado Zenaide, e o pai, já falecido e cujo o nome não se recorda. Que o depoente foi embora para o Paraná perdendo o contato com o interessado, só o encontrando cerca de 4 (quatro) anos atrás. Que o interessado teria sotaque paraguaio porque o pai dele o teria levado ainda novo para o Paraguai, sem o consentimento da mãe. Que nunca viu documentos em nome do interessado, seja do Brasil, seja do Paraguai.. Dada a palavra ao Defensor Público: sem perguntas. Dada a palavra ao Ministério Público: Que mudou-se para o Paraná a pouco mais de trinta anos. Que morava vizinhos na Fazenda Pagi. Que lá trabalhava, assim como os pais do interessado. Que salvo engano a fazenda seria do Dr. Astúrio. Que o interessado teria nascido na própria fazenda, com auxílio de uma parteira. Que quando se mudou para o Paraná o interessado tinha uns 2 (dois) anos. Que ficou sabendo que ele teria sido levado para o Paraguai porque a mãe dele contou recentemente ao depoente. Que se reencontraram porque o interessado foi morar perto da casa do depoente. Que não manteve contato com o interessado ou a sua mãe nesse período. Que o interessado*

*não mora atualmente próximo ao depoente. Que Zenaide teria outros filhos, irmãos do depoente, mais de pais diferentes. Que seriam eles Carlos, Antonio, e outros dois que não se recorda o nome. Que Zenaide seria brasileira.”*

A testemunha Maria Leontina Mann asseverou (p. 36):

*“Que conheceu o interessado de criança, na região de Amambaí. Que a depoente morava lá assim como a mãe do interessado, Zenaide, que não conheceu o pai dele. Que ele teria nascido em casa, próximo a Amambaí, não se recordando o nome da fazenda, nem o proprietário. Que quando o interessado tinha três anos, a depoente mudou-se para o Paraná. Que não teve contato com ele ou a sua família, apenas o reencontrando cerca de três anos atrás. Que não soube dados deste período, sobre o interessado, acreditando que o mesmo tenha morado sempre com a mãe. Que nunca soube que o interessado ter sido levado para o Paraguai por seu pai, sem o consentimento da mãe. Dada a palavra ao Defensor Público: sem perguntas. Dada a palavra ao Ministério Público: Que o marido da depoente trabalhava em lavoura na região. Que não era na mesma fazenda em que o interessado nasceu. Que eram vizinhos. Que se recorda do parto, não tendo ocorrido nenhum problema nele. Que a depoente mudou-se para o Paraná a trinta e dois anos atrás. Que reencontrou a mãe do interessado porque mudou-se para o local próximo dela. Que Zenaide já tinha outros filhos quando o interessado nasceu, sendo dois meninos e uma menina. Que não se lembra da testemunha Manoel Candido da Silva morar na região onde o interessado nasceu, mas Zenaide teria confirmado isso para a depoente.”*

Por fim, a genitora do requerente, Zenaide Obregão Matozo Ayrés, ouvida como informante, afirmou:

*“Que o interessado é seu filho. Que o pai o tirou da depoente quando ele tinha de dois para três anos, levando-o para o Paraguai. Que só o encontrou recentemente, quando o interessado voltou ao Brasil depois que o pai faleceu. Que chegou sem documentos, seja do Brasil, seja do Paraguai. Que seu filho teria nascido na região do Tagi, Amambaí. Que atualmente parece pertencer a Aral Moreira. Que nasceu na propriedade da família com auxílio de uma parteira que já falecida. Que a depoente tem outros filhos do primeiro marido. Que depois se separou, amigando-se com o pai do interessado, Augustinho Aguilera. Que os outros filhos foram registrados, porque o pai o fez. Que o interessado não tem registro porque o pai não providenciou, já que era paraguaio. Dada a palavra ao Defensor Público : sem perguntas. Dada a palavra ao Ministério Público: Que quando o interessado nasceu o filho mais novo da depoente tinha uns cinco anos. Que o nome dele é Mário. Que o interessado teria nascido 06 de outubro, não se recordando do ano. Que ele irá fazer trinta e sete anos. Que Mário teria de trinta e oito a trinta e nove anos. Que seus outros filhos morava com ela quando do nascimento do interessado, até que ele foi levado pelo pai. Que o pai bebia bastante e brigava com a depoente, sendo que certo dia, sem ela saber, levou o interessado embora. Que não procurou auxílio das autoridades, nem registrou ocorrência Policial. Que ele retornou a uns três ou quatro anos. Que o reconheceu porque ele portava uma foto da depoente, com o seu nome atrás, foto esta que teria sido levada pelo pai do interessado quando ele à abandonou levando o filho junto. Que o pai, antes de morrer, teria dado a foto ao interessado e informado tratar-se de sua mãe. Que nem a depoente nem os seus familiares mantiveram contato com o interessado nesse período. Que as testemunhas Manoel e Maria moravam e trabalhavam próximos do local onde o interessado nasceu. Que foram se reencontrar recentemente, já que passaram a morar perto. Que acredita que o interessado não tenha estudado, até porque sem documentos. Que ele também não teria sido batizado na igreja.” (p. 37)*

Como se pode ver, as testemunhas pouco sabem informar sobre a situação do recorrente, sendo de difícil compreensão a estória de que o autor foi levado para o país vizinho ainda criança e não teve mais

contato com nenhum familiar, vindo a reencontrar a genitora porque passaram a residir próximo, assim como as pessoas ouvidas em Juízo, que teriam voltado a ter contato nas mesmas circunstâncias.

Além disso, a mãe do apelante, inobstante seja pessoa analfabeta, sequer soube informar o ano de nascimento do filho, deixando de fornecer maiores detalhes sobre o nascimento e criação do requerente.

Some-se a isso que, conforme anotado nos autos, o requerente possui forte sotaque estrangeiro (paraguaio), tendo o Promotor de Justiça registrado a esse respeito que “*Percebeu-se durante a instrução que o interessado mal consegue se expressar em português, não se tratando de mero sotaque, mas de pessoa que pouco conviveu com os costumes e a cultura brasileira*” (p. 48).

Logo, não estando evidenciado que o apelante nasceu em território nacional (cidade de Amambai-MS), tenho que ele não faz jus à nacionalidade brasileira.

Este é o posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul quando em julgamento de casos análogos, senão vejamos:

“*EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – PROVA INSUFICIENTE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. Mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de registro de nascimento tardio, se não há provas suficientes aptas a demonstrar que o nascimento ocorreu em território nacional. (0800838-05.2011.8.12.0004 Apelação / Reexame Necessário Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins Comarca: Amambai Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 23/01/2013)*”

“*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – AUSÊNCIA DE PROVAS CAPAZES DE COMPROVAR O LOCAL DE NASCIMENTO DO AUTOR – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 330, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRETENSÃO INDEFERIDA – RECURSO IMPROVIDO.*

*Indefere-se o pedido de registro de nascimento tardio se não há nos autos provas capazes de comprovar que o nascimento do recorrente tenha efetivamente ocorrido em território nacional. (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2007.009340-8/0000-00 - Sete Quedas, Relator - Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro, Quarta Turma Cível, 15.5.2007)*”

“*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – INDEFERIDO – PROVA INSUFICIENTE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR – ARTIGO 330, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*

*Consoante a Lei Instrumental Civil, compete ao autor comprovar os atos e os fatos alegados constitutivos do seu direito. Não o fazendo ou fazendo insuficientemente, resultam como atos e fatos inexistentes, o que acarreta a improcedência do pedido. Para se deferir o pedido de registro de nascimento tardio, as provas deduzidas em juízo devem ser robustas. Se as provas produzidas pelo autor não levam à conclusão de que nasceu em solo brasileiro, não há como deferir o pedido de lavratura de registro de nascimento tardio. (Apelação Cível - Jurisdição Voluntária – nº 2006.007456-0, rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, primeira turma cível, j. 3/08/2006).”*

“*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO TARDIO – PESSOA IDOSA NASCIDA EM ZONA RURAL – ÁREA DE FRONTEIRA – AUSÊNCIA DE PROVAS*

*CAPAZES DE ELUCIDAR O LOCAL DE NASCIMENTO – PRETENSÃO INDEFERIDA – RECURSO IMPROVIDO.*

*“Não havendo provas ou até mesmo indícios suficientes que corroborem a alegação de nascimento em solo nacional, há de ser indeferido o registro tardio, mormente em se considerando a demora para a formulação do requerimento, que induz à conclusão de que o pleito foi efetuado tão somente no intuito de obter benefícios previdenciários. (Apelação Cível nº 2006.003979-3, rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, segunda turma cível, j. 25/07/2006).”*

Por tudo isso, não restando comprovados os fatos argumentados pelo apelante, encontra-se não satisfeita a norma contida no inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil, que diz: *“O ônus da prova incube: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”*.

Diante disso, agiu com acerto a magistrada de primeira instância ao indeferir o pedido de lavratura do registro de nascimento tardio, não havendo, no caso em questão, nenhuma ofensa aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados na peça recursal.

Há que se ter presente que o registro civil de pessoas naturais é ato sério que não pode ser deferido sem uma prova convincente, sendo recomendável que o ato se cerque de extremas cautelas, mormente quando poderá ensejar posteriormente algum benefício de ordem patrimonial.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, e com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

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 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível****Apelação nº 0808805-68.2015.8.12.0002 - Dourados****Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES – REJEITADA – MÉRITO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO – ABANDONO DE CARGO E INASSIDUIDADE HABITUAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS – INTENÇÃO DE ABANDONAR O SERVIÇO PÚBLICO NÃO COMPROVADA – SERVIDORA PRESA EM FLAGRANTE – ILÍCITO ADMINISTRATIVO NÃO CONFIGURADO – ANULAÇÃO DO ATO – REINTEGRAÇÃO – EFEITOS RETROATIVOS *EX TUNC* – PARCELAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS DESDE A DATA DA DEMISSÃO ILEGAL – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – VALOR FIXADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O STJ já consolidou a tese de que a demissão de servidor público estável e efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: intenção de abandonar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que a anulação de exoneração, com a respectiva reintegração do servidor público, tem como consequência lógica, em respeito ao princípio *restitutio in integrum*, a recomposição integral dos direitos do servidor durante o período em que ficou afastado.

Para a configuração do direito à compensação por danos morais, deverá ocorrer alguma situação singular, que rompa significativamente com ideal ético. O dano moral, segundo essa forma de pensar, não será somente a sensação de desgosto, mas especial violação ao direito da personalidade.

Os juros de mora e a correção monetária, tratando-se de condenações impostas à Fazenda Pública Municipal, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 21/10/2015, ou seja, depois do advento da Lei nº 11.960/2009, deve ser observado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425.

**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, 27 de julho de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Maria Inês Lima Novaes, nos autos de ação de anulação de ato jurídico c/c indenização por danos morais e materiais de n. 0808805-68.2015.8.12.0002 em que contende com o Município de Dourados, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

Era servidora pública municipal efetiva da Prefeitura de Dourados, sendo nomeada em 26/06/2000, como auxiliar de serviços gerais; após a instauração e processamento do Processo Administrativo Disciplinar, aplicou-se a pena de demissão à servidora apelante por transgressão ao disposto no artigo 205, inciso II e III, § 2º e 3º, da Lei Complementar n. 107/2006 (abandono de cargo e inassiduidade habitual).

A decisão administrativa não deve prevalecer, porquanto são inúmeros os erros no procedimento administrativo disciplinar, bem como o cerceamento de defesa.

Não quis abandonar o serviço público, sendo que não compareceu ao trabalho porque estava enferma e, no mesmo tempo, foi presa em flagrante.

Havia justa causa para não comparecer ao serviço, tanto que, reabilitada do vício e da doença, a servidora voltou ao trabalho e estava desempenhando normalmente a suas funções até ser ilegalmente afastada do seu posto, inclusive, em fevereiro de 2015, foi designada para exercer função de confiança.

Após ter sido instaurada a comissão processante e encerrados os trabalhos, opinando pela demissão da servidora em seu relatório final, os autos (PAD n. 664/2013) foi encaminhado ao Secretário Municipal de Administração para julgamento; este, por sua vez, não o julgou; concordando com a decisão da comissão, encaminhou os autos ao Sr. Prefeito, autoridade competente para aplicação da penalidade de demissão, para decisão, após análise e parecer da Procuradoria Geral do Município; o Prefeito então proferiu decisão, aplicando a pena de demissão à servidora.

Há evidente cerceamento de defesa à servidora pois, muito embora tenha sido intimada via DOM da decisão do Secretário Municipal, tal ato somente ocorreu em 26/06/2015, quando já havia decisão do Sr. Prefeito aplicando a pena de demissão, a qual data de 25/02/2015.

O procedimento administrativo é nulo também porque, ainda no prazo de recurso da decisão do secretário municipal, no dia 30/06/2015, a autora foi notificada da decisão proferida pelo Sr. Prefeito referente à aplicação da penalidade da demissão, ficando advertida a não mais apresentar-se ao serviço público municipal a partir daquela data.

Houve também cerceamento de defesa com a publicação da decisão do Prefeito, no DOM n. 4003, de 06/07/2015, durante o transcurso do prazo de 20 dias para a servidora recorrer da decisão do secretário municipal, porquanto referido prazo não foi respeitado e a servidora demitida sem a oportunidade de recorrer;

Nos termos da Lei Complementar n. 107/2006, a decisão do prefeito é irrecorrível (art. 244, § 4º); possibilita-se um pedido de revisão, mas que não é recurso; das decisões do secretário municipal, caberá

recurso ao Sr. Prefeito, no prazo de 20 dias (art. 244, § 3º); o julgamento do pedido de revisão caberá ao Prefeito (art. 259).

Conforme se denota pela CI n. 120/2013, de 01/04/2013, a autora foi demitida porque estava presa.

É ainda irregular o procedimento administrativo, porquanto a audiência, na qual foi ouvida a testemunha Christian Wagner da Encarnação, foi realizada sem a presença da servidora ou de seu advogado.

O procedimento administrativo disciplinar em questão ofendeu ao direito de defesa da servidora, consagrado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

O procedimento em questão, além de extrapolar o limite do prazo para conclusão definido na lei, arrastou-se por tempo demasiadamente desproporcional e desarrazoado, sem qualquer justificativa ou mesmo pedido de prorrogação, tanto que a autora, reabilitada, voltou a trabalhar normalmente sem qualquer ato que possa desaboná-la.

A autora somente deixou de comparecer ao trabalho por motivo de força maior: tratamento contra a tuberculose e período de cárcere;

Conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, para que reste caracterizado o abandono de cargo, a ausência do servidor deve ser intencional por mais de trinta dias (art. 138, Lei n. 8.112/90), ou seja, deve haver o *animus abandonandi*, requisitos este não evidenciado nos autos, pois houve justa causa para as faltas da servidora, ora apelante;

A demissão foi ilegal e deve ser revertida.

Restou comprovado nos autos que a ausência da autora em seu trabalho teve como motivos justificáveis a sua condição de saúde e a prisão em flagrante.

O ato da administração pública notificar a servidora em seu local de trabalho para não mais comparecesse ao serviço caracteriza ato ilícito capaz de gerar dano moral e, portanto, indenizável.

O valor da indenização deve ser arbitrado pelo magistrado, considerando-se as peculiaridades do caso em tela, em quantia correspondente a 200 vezes a remuneração da autora.

Tem direito a indenização por danos materiais, correspondente ao valor que a requerida, ora apelada, deixou de pagar desde a demissão ilegal, que se deu em 30/06/2015, até o efetivo retorno da autora ao trabalho.

Estão presentes os requisitos necessários à antecipação da tutela.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido nos termos acima delineados, julgando procedente o pedido inicial e condenando o requerido no pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

Prequestiona a matéria posta em discussão.

Em contrarrazões, o apelado alegou, preliminarmente, ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pelo desprovimento da súplica recursal.

## VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Maria Inês Lima Novaes, nos autos de ação de anulação de ato jurídico c/c indenização por danos morais e materiais de n. 0808805-68.2015.8.12.0002 em que contende com o Município de Dourados, oferece recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de apelo interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido inicial e condenou a requerida no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixou em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Em suma, a apelante alega que a sentença deve ser reformada, pois o procedimento administrativo disciplinar que resultou na aplicação da pena de demissão à autora/servidora municipal é nulo, em razão do evidente cerceamento de defesa. Ainda, alega que ausentou-se do seu trabalho em razão de sua condição de saúde e por ter sido presa em flagrante, existindo, portanto, justa causa para as faltas. Pondera que não restou comprovado a intenção de abandonar o serviço público, requisito essencial para tipificar a infração administrativa. Por fim, busca ser reconduzida ao seu cargo, bem como indenizada pelos danos materiais e morais decorrentes da conduta do apelado.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC/15), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC/15.

De imediato, tenho que a preliminar de não conhecimento do apelo em razão da ofensa ao princípio da dialeticidade deve ser rejeitada.

Ora, é sabido que, por este princípio, há a necessidade do recorrente deixar claro e explícito os motivos e causas que ensejam a modificação da decisão. Assim, o recorrente deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais pretende a anulação ou reforma da decisão recorrida, combatendo os fundamentos da decisão invectivada. Sem isso, o recurso não pode ser conhecido.

No caso, ainda que as razões do recurso reflitam trechos da petição inicial, tal fato, por si só, não caracteriza ofensa à dialeticidade, especialmente quando das razões do apelante é possível extrair os motivos de seu inconformismo, bem como o pedido de nova decisão.

Assim, rejeita-se a preliminar arguida pelo apelado.

Superada esta questão, passo ao exame do recurso.

Com efeito, o processo administrativo disciplinar é, conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, *“um procedimento apurador, desde logo instituído pelos autos da sindicância conduzido por comissão formada por três servidores estáveis, sob a presidência de um deles (art. 149) e obediente ao princípio da ampla defesa”*. (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 2011, p. 327).

Esse processo, por se tratar de resultado da sequência ordenada de ato administrativo, é analisado pelo Poder Judiciário ato a ato, ou seja, o controle jurisdicional não incide sobre o processo administrativo disciplinar, mas sim sobre os atos administrativos que o formam.

A atividade do Poder Judiciário de analisar ato a ato do processo administrativo disciplinar, além de evidenciar a ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato, automaticamente, o invalida pela inobservância do devido processo legal.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que para os processos administrativos disciplinares, *“não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, argumentando-se que a intervenção do Poder Judiciário restringir-se-ia à análise dos aspectos formais do processo disciplinar, porquanto, em tais circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados”*. (RMS 25152/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011).

Sendo assim, não restam dúvidas de que a intervenção do Poder Judiciário em casos que envolvam demissão de funcionário deve ser ampla, de modo que tanto a regularidade procedimental quanto a motivação do ato decisório podem ser revistos, pois tais atos não estão sujeitos à conveniência e à oportunidade da Administração Pública.

Feitos estes esclarecimentos, passo ao exame do caso concreto.

E, desde logo, conquanto tenha o processo administrativo se revestido das formalidades garantidoras da ampla defesa e do contraditório, reexaminando-se os autos, tenho que a decisão administrativa que fulminou na demissão da servidora, ora apelante, encontra-se eivada de nulidade, porquanto, diante do contexto fático noticiado neste feito, não restaram caracterizadas as infrações administrativas disciplinadas no artigo 205, II e III, da Lei Complementar n. 107/2006.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que *“para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o animus abandonandi do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo.”* (STJ - MS 12.424/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 28/10/2009, DJe 11/11/2009).

Ainda, cito os precedentes daquela Corte Superior:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ABANDONO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DO ANIMUS ABANDONANDI. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. EFEITOS PATRIMONIAIS. RETROAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (...) 4. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que “em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o animus específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia.” (cf. MS nº 6.952/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 2/10/2000). 5. Em se tratando de reintegração de servidor público, ainda que contratado temporariamente, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90. Precedente da 3ª Seção. (...) 7. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão. (STJ, Terceira Seção, EDcl no MS 11955/DF, Relatora Ministra Jane Silva, DJe Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 02/02/2009)”*

*“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO. ABANDONO DE CARGO MOTIVADO POR QUADRO DE DEPRESSÃO. ANIMUS ABANDONANDI. NÃO-CONFIGURAÇÃO. I- É entendimento firmado no âmbito desta e. Corte que, para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, faz-se necessário investigar a intenção deliberada do servidor de abandonar o cargo. II -Os problemas de saúde da recorrente (depressão) ocasionados pela traumática experiência de ter um membro familiar em quadro de dependência química, e as sucessivas licenças*

*médicas concedidas, embora não comunicadas à Administração, afastam a presença do animus abandonandi. Recurso ordinário provido. (STJ - RMS: 21392 PR 2006/0026259-8, Relator: Ministro Feliz Fischer, Data de Julgamento: 17/12/2007, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 03.03.2008 p. 1)”*

*“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. ANIMUS ABANDONANDI. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA CONTRA O IMPETRANTE. FALTAS MOTIVADAS PELA FUGA APÓS A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. ILEGALIDADE DA CUSTÓDIA RECONHECIDA POR ESTA CORTE SUPERIOR EM SEDE DE HABEAS CORPUS. EFEITOS PATRIMONIAIS E CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO, PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS, A PARTIR DA DATA DO ATO IMPUGNADO.*

*1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o animus abandonandi do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo.*

*2. No caso, não se constata o ânimo específico do impetrante de abandonar o cargo, tendo em vista que, por reputar ilegal a sua custódia cautelar, optou por furtar-se à execução da ordem de prisão, a fim de, em liberdade, provar a ilegalidade da segregação – o que, inclusive, foi posteriormente reconhecido pela Sexta Turma deste Superior Tribunal em habeas corpus concedido em seu favor – ficando, por conseguinte, impossibilitado de comparecer ao seu local de trabalho.*

*3. Ademais, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “É legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa ônus de se submeter a prisão cuja legalidade pretende contestar.” (HC 87.838/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ de 04/08/2006) 4. No tocante ao pedido do impetrante para que seja determinado o pagamento dos vencimentos retidos a partir da sua apresentação espontânea ao trabalho, a qual, segundo alega, teria ocorrido antes do ato demissional, verifica-se que não há nos autos documentos hábeis a comprovar o momento em que a referida apresentação se deu.*

*5. Desse modo, ressalvadas as vias ordinárias, deve prevalecer o entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que, “Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90.” (MS 12.991/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 03/08/2009)*

*6. “Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado.*

*Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90.” (MS 12.991/DF, Rel.*

*Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 03/08/2009) 7. Concessão parcial da ordem para determinar a reintegração do impetrante no cargo que ocupava, com o reconhecimento das vantagens financeiras e cômputo do tempo de serviço, para todos os efeitos legais, a partir da data do ato impugnado. (MS 12.424/DF, Rel. Ministro Og. Fernandes, Sexta Turma, julgado em 28/10/2009, DJe 11/11/2009).”*

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DO ANIMUS DELERINQUENDI. A INTENÇÃO É ELEMENTO INTEGRANTE DO ILÍCITO DISCIPLINAR DO ABANDONO DE CARGO:*

*ART. 138 DA LEI 8.112/90. NÃO HÁ QUE SE DISCUTIR SE A JUSTIFICATIVA DO SERVIDOR EM FALTAR AO TRABALHO É OU NÃO LEGAL. É DEVER DA ADMINISTRAÇÃO COMPROVAR A INTENÇÃO DO ADMINISTRADO EM ABANDONAR O CARGO QUE OCUPA, O QUE NÃO SE REVELOU NO CASO CONCRETO. SERVIDOR QUE SE AUSENTA DA SEDE FUNCIONAL PARA EVITAR PRISÃO QUE DEPOIS DE DECLAROU INCABÍVEL.*

*PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ENTRETANTO, MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.*

*1. As sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária nem automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador; a jurisdição sancionadora deve pautar-se pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarda os direitos subjetivos do imputado, ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão repressor; lição do Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, já nos idos de 1939 (Processo Penal: Ação e Jurisdição).*

*2. No exercício da atividade punitiva, a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura.*

*3. É firme a orientação desta Corte de que o ato administrativo pode ser objeto do controle jurisdicional quando ferir o princípio da legalidade, não havendo que se falar em invasão ao mérito administrativo.*

*4. Para configurar o abandono de cargo público, quando o Servidor não comparece ao serviço para furtar-se à execução de ordem de prisão, depois declarada ilegal, é necessária a caracterização do elemento subjetivo que demonstre o animus abandonandi, não sendo suficiente a constatação apenas objetiva do abandono do cargo, mas a razão que levou a tal atitude.*

*5. A legislação de regência exige o elemento volitivo para a configuração do abandono de cargo, como integrante do ilícito disciplinar, conforme dispõe o art. 138 da Lei 8.112/1990 que configura abandono de cargo a ausência intencional do Servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*

*6. Não há dúvidas de que, para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, exige-se completar-se o elemento objetivo com o elemento subjetivo. Se um destes não resta demonstrado durante a instrução processual disciplinar, o Servidor não faltou injustificadamente ou não tinha a intenção de abandonar o cargo público de que estava investido, não há o que se falar em penalidade de demissão para o mesmo.*

*7. O elemento subjetivo que caracteriza o animus abandonandi terá de ser apreciado com cautela, é necessário que haja, quanto ao agente, motivo de força maior ou de receio justificado de perda de um bem mais precioso, como a liberdade, por exemplo, na hipótese dos autos, ou seja, o temor de ser preso e a fuga do distrito da culpa não se confundem com a intenção de abandonar o cargo público ou a família numa extensão maior, embora não escuse a reação penal.*

*8. Frise-se, por fim, que o Tribunal Regional Federal da 3a.*

*Região, no julgamento do HC 2015.03.00.005685-7, em 14.5.2015, por unanimidade, concedeu Habeas Corpus ao Impetrante, ao fundamento de que a decisão judicial de primeira instância não apontou qualquer ato do paciente que justificasse a necessidade de prisão, reconhecendo o constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente.*

9. *Segurança concedida para determinar a imediata reintegração do Servidor. (MS 21.645/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/09/2015, DJe 30/09/2015)*”

Portanto, para que reste caracterizado o ilícito administrativo referente ao abandono de cargo, devem estar presentes os dois elementos identificadores do tipo legal: o de natureza objetiva, consubstanciado pela comprovada inassiduidade habitual ao trabalho; e o de natureza subjetiva, revelador da efetiva intenção do agente de não mais exercer as suas atividades funcionais.

Sem a concomitância de ambos os requisitos, objetivo e subjetivo, configurado não está o ilícito de abandono de cargo, podendo a administração se não houver justificativa das faltas, efetuar o desconto, no salário do servidor, do equivalente aos dias não trabalhados.

Em especial, a intencionalidade do servidor é a vontade livre e predeterminada de abandonar o cargo público. Qualquer elemento estranho que possa desviar a autonomia da vontade do servidor ausente, imediatamente, deixa de caracterizar o abandono de cargo.

Na hipótese dos autos, diante da ausência da autora pelo período de 31 dias (março de 2013 – folha de frequência acostada ao PAD – p. 27), houve a CI n. 120/2013 para apuração de irregularidades cometidas pela servidora, ora apelante.

Todavia, ainda que a servidora não tenha comparecido ao serviço naquele período, os autos demonstram que no dia 05/03/2013 foi presa em flagrante (p. 28).

Os documentos que instruem a presente demanda evidenciam que a servidora permaneceu em cárcere privado até o dia 10/07/2013, quando a prisão preventiva foi substituída pela prisão domiciliar em razão de sua doença grave (tuberculose). Assim, enquanto recolhida no presídio de Jateí/MS, de fato, não poderia comparecer ao seu serviço e, no momento posterior, quando então em prisão domiciliar, restou expressamente determinado pelo juízo penal que a requerente, ora apelante, deveria permanecer em sua residência, em regime integral, durante toda a tramitação do feito e até ulterior determinação deste juízo, de lá só podendo ausentar-se mediante autorização judicial e, caso descumpridas as condições ora estabelecidas, seria recolhida a cadeia pública ou presídio (p. 110/111).

Neste norte, ainda que a servidora não tenha comunicado imediatamente à administração pública municipal a sua condição (ter sido presa em flagrante), é evidente que o requisito subjetivo do ilícito administrativo que lhe foi imputado não restou demonstrado, porquanto não há como sustentar ter a autora intenção de abandonar seu local de trabalho, havendo justa causa para as ausências registradas em sua folha de frequência.

Outrossim, ao que consta dos autos, a autora, assim que possível, retornou ao exercício de suas atividades laborais, exercendo-as sem qualquer irregularidade, tanto que, em fevereiro de 2015 foi designada para exercer função de confiança, conforme documento de página 93.

Desta forma, acresce ao reconhecimento do justo motivo a autorização tácita da Administração de retorno ao trabalho, ao final dos dias faltosos, o que comprova a inexistência da vontade do autor em abandonar o serviço público.

Portanto, não restam dúvidas de que a servidora, ao se ausentar de suas funções, não tinha a intenção de abandonar o seu cargo público, não estando configurado o ilícito administrativo que lhe foi imputado, sendo nulo o processo administrativo disciplinar em questão.

Importante registrar que a administração pública deve perquirir pela intencionalidade do servidor na prática do ilícito administrativo referente ao abandono de cargo, pois, se uma comissão de processo administrativo disciplinar entrega relatório conclusivo indicando a ocorrência de abandono de cargo sem averiguar o elemento subjetivo da intencionalidade, comete erro crasso. Este abandono pode se caracterizar de várias maneiras e sua existência deve ser, peremptoriamente, comprovada pela comissão processante.

Neste norte, conforme fartamente demonstrado, a infração de abandono de cargo exige para completar-se o elemento objetivo e o elemento subjetivo. Se um destes não resta demonstrado durante a instrução processual disciplinar, (servidor não faltou injustificadamente ou não tinha a intenção de abandonar o cargo público de que estava investido) não há o que se falar em penalidade de demissão para o mesmo.

Ainda, quanto à inassiduidade habitual, a Lei Complementar n. 107/2006, em seu artigo 205, § 3º, estabelece: *“entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses”*.

Na situação telada, observa-se que o processo administrativo disciplinar tinha como objetivo apurar a ausência da servidora ao serviço público no período de 31 dias, referente ao mês de março de 2013 (p. 35). Sendo assim, não restou configurado o ilícito administrativo imputado à autora, já que referido procedimento não logrou êxito em comprovar ter a autora faltado ao serviço pelo tempo definido na lei para (60 dias, interpoladamente, no período de 12 meses).

Forte nestas razões, na delimitação do que aqui se analisa com vistas a aferir a presença dos requisitos configuradores do abandono do cargo e da inassiduidade habitual, a ensejar a pena de demissão, a história que se construiu no processo não demonstrou a vontade, a ciência e a consciência do autor em abandonar o seu trabalho, tampouco em faltar ao serviço nos dias estabelecidos na legislação, de modo que o processo administrativo disciplinar em questão é nulo, devendo ser afastada a pena de demissão e a autora, por consequência, reconduzida ao seu cargo.

Dano moral.

Neste ponto, a autora, ora apelante, alega que a notificação promovida pela administração pública é um ato ilegal e evidencia abuso de poder, desafinando, inclusive, danos morais em vista do constrangimento e abalo psicológico impostos à servidora.

A súplica merece provimento.

Com efeito, sabe-se que a reparação civil do dano moral, diversamente do que se verifica em relação ao dano patrimonial, não visa a recompor a situação jurídico-patrimonial do lesado, mas sim à definição de valor adequado, em razão de alguma das violações às dimensões da dignidade da pessoa humana, como a liberdade, a integridade físico-psíquica, a solidariedade e a isonomia, pois o fim da teoria em análise não é apagar os efeitos da lesão, mas reparar os danos.

A configuração do dano moral, em várias situações, decorre apenas da prática do ato com repercussão na vítima, tratando-se de hipótese que independe de comprovação de abalo a bem jurídico extrapatrimonial.

No caso em tela, não há como se negar que o afastamento da apelante de seu cargo público, após ser demitido por ato judicial posteriormente declarado nulo por decisão judicial, ultrapassa as raias do mero aborrecimento.

De fato, a recorrente foi prejudicada com a conduta do apelado que não realizou o processo administrativo disciplinar de forma correta, deixando de observar a condição singular da autora ao se ausentar de seu serviço, o que culminou com sua demissão, tudo isso somado ao fato de que ficou sem receber seus vencimentos em razão de ato posteriormente declarado ilegal.

Portanto, a situação vivida pela autora não pode ser admitida como mero aborrecimento ou mero dissabor, ressaltado que tal situação poderia ter sido solucionada pela administração municipal, considerando-se a notícia de que a mesma estaria presa e, portanto, não havia a intenção de abandonar o serviço público.

Por certo que a pena de demissão, principalmente aplicada de forma injusta, causou ao recorrente sérios aborrecimentos e desconforto capazes de configurar o advento de dano moral, devendo a administração responder pelo danos ocasionados.

Em situações como essa a jurisprudência vem firmando entendimento no sentido de ser cabível indenização por dano moral, conforme se observa do julgado abaixo:

*“SERVIDOR PÚBLICO DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO ANIMUS ABANDONANDI NÃO CONFIGURAÇÃO. Agente de Segurança Penitenciária Pretensão à anulação da demissão, reintegração ao cargo e seus reflexos, aposentadoria por invalidez e indenização por dano moral Autor que demonstrou possuir a saúde debilitada por transtornos psicológicos e dependência de drogas e álcool Debilidade conhecida pela administração pública Processo administrativo nº 2418/05 no qual se apurava a necessidade de aplicar ao servidor os termos do Decreto 2591/73 Inassiduidade que não tem origem em deficiência volitiva Ato demissório precipitado considerado ilegal Reintegração do servidor ao cargo, com todas as garantias de vencimentos e benefícios no período deste afastamento Dívida que deverá ser atualizada, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/09 Descabida a concessão da aposentadoria por invalidez, devendo ser retomado os processos administrativos com a impreterível observância da realização de perícia técnica Ilegalidade da demissão que irradia o direito à indenização por danos morais Sentença de improcedência reformada e recurso parcialmente provido. (Relator(a): Moreira de Carvalho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/05/2013; Data de registro: 15/05/2013)”*

Caracterizado os requisitos da reparação civil, resta quantificar o valor da indenização.

Neste norte, é sabido que, na fixação do valor indenizatório, referente à condenação por danos morais, o magistrado deve pautar-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de ponderar a gravidade do dano causado, a repercussão da ofensa e a situação econômica das partes quando da quantificação do dano moral.

Não se pode olvidar, que a condenação em danos morais, além de atender os parâmetros acima, deve evitar a banalização do instituto, e o locupletamento ilícito pela parte lesada. A reparação do dano moral não passa de uma compensação que se faz em face da dor sofrida, do abalo da honra.

Com relação à quantia indenizatória, o arbitramento deve ser feito com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta a condição social e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, para que não haja um enriquecimento sem causa deste último, tampouco aquele fique sem punição.

Além disso, a reparação do dano moral, nesses casos, tem finalidade educativa, a evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar a sanção civil leve demais, reprimenda essa que também visa a restabelecer o equilíbrio nas relações, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade.

No caso em análise, o valor arbitrado a título de condenação por danos morais deve considerar os seguintes fatores: a conduta praticada; a lesão produzida no íntimo da autora é considerada grave, pois foi ilegalmente demitida do serviço público, ficando sem o recebimento de seus proventos; as condições econômicas das partes; e, o grau de culpa gravíssimo da ré.

Ademais, a importância estabelecida deve guardar observância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não devendo ser tão baixa – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevada – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Logo, entendo que o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) é suficiente para reparar os danos morais suportados pela autora.

Dano material.

Como é sabido a reintegração ao serviço gera à Administração Pública o dever de ressarcir seu servidor dos valores que deixou de receber durante o período em que ficou afastado/desligado do cargo, sendo exatamente estes efeitos patrimoniais buscados através da ação de reintegração ao cargo. A anulação do ato ilegal deve operar-se com efeitos retroativos, tornando-se devida a percepção dos vencimentos que lhe seriam pagos desde o período em que deixou de receber seus vencimentos.

A doutrina assim leciona:

*“Reintegração é o retorno de servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, que dantes ocupava, ou, não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral reparação dos prejuízos que lhe advieram do ato injurídico que o atingira. Tal reconhecimento tanto pode vir de decisão administrativa como judicial. (Celso Antônio Bandeira de Melo. op.cit. p. 312).”*

A propósito, outro não é o entendimento jurisprudencial, sendo direito do servidor público reintegrado no cargo do qual fora ilegalmente exonerado a restituição integral dos salários e das vantagens desde sua demissão até sua reintegração.

Por oportuno:

*“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REINTEGRAÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DE VANTAGENS EM RELAÇÃO O PERÍODO ILEGALMENTE AFASTADO DO CARGO. PRESCRIÇÃO. 1. O servidor público, ao ser reintegrado no cargo do qual fora demitido ilegalmente, tem o direito ao ressarcimento de todas as vantagens desde o ato demissório. Precedentes. (...). (REsp 1009752/SP, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/05/2008).”*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESTITUTIO IN INTEGRUM. PAGAMENTO RELATIVO AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. PRECEDENTES. DEMORA ATRIBUÍDA O PODER JUDICIÁRIO. TORPEZA DA PARTE. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que a anulação de exoneração, com a respectiva reintegração do servidor público, tem como consequência lógica, em respeito ao princípio restitutio in integrum, a recomposição integral dos direitos do servidor durante o período em que ficou afastado, entendimento este também aplicável no ressarcimento do prejuízo referente à remuneração que teria auferido o servidor aprovado em concurso público, se houvesse sido nomeado no momento próprio, ou, ainda, se não houvesse sido indevidamente anulado o certame. (...). (AgRg no AgRg no REsp 826829/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro: Hamilton Carvalhido, DJ: 17.03.2008).”*

Ainda, no mesmo sentido:

*“RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO REINTEGRADO NO CARGO APÓS DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECEU A ILEGALIDADE DO ATO DE SUA EXONERAÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DE TODOS OS SALÁRIOS E VANTAGENS DURANTE O PERÍODO EM QUE FICOU AFASTADO DE SUAS FUNÇÕES. PRINCÍPIO DO RESTITUTIO IN INTEGRUM. RESTABELECIMENTO DO STATUS QUO ANTE. PRECEDENTES - É uníssono o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o servidor público reintegrado no cargo do qual fora ilegalmente exonerado tem direito à restituição integral dos salários e das vantagens desde sua demissão até sua reintegração, pois constitui efeito imediato deste último ato. (...) Apelos parcialmente providos. Sentença mantida, em sede de reexame necessário. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 0502464-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Abraham Lincoln Calixto - Unânime - J. 25.05.2009).”*

*“EMENTA: APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - DEMISSÃO - ABANDONO DE CARGO - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REJEITADAS - ANIMUS ABANDONANDI - NÃO CONFIGURADO - REINTEGRAÇÃO DEVIDA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. - A decisão que reintegra o servidor no cargo opera efeitos ex tunc, para restabelecer o status quo ante, e os efeitos patrimoniais deverão ser concedidos a partir do ato lesivo, de acordo com recente entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. - A demissão de servidor público estável e efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: animus abandonandi. - Rechaçando-se o elemento subjetivo do animus abandonandi, indispensável para configurar o abandono do cargo, reveste-se o ato de demissão de ilegalidade, razão pela qual deve ser desconstituído, com a determinação da reintegração do servidor. - Recurso a que se nega provimento. (TJ-MG, TJ-MG - Apelação Cível 10155120009271002 MG, Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 07/05/2013, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível)”*

*“APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DECRETO MUNICIPAL C/C ANULAÇÃO DE DEMISSÃO C/C REINTEGRAÇÃO MEDIANTE CORRETA ADAPTAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL CONCURSADO - DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO - RECURSO ADESIVO – NÃO HOUE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - NÃO CONHECIDO - DEMANDA ANTERIOR – EXISTÊNCIA - COISA JULGADA - NÃO-OCORRÊNCIA - CAUSAS DE PEDIR DIVERSAS - ANIMUS ABANDONANDI NÃO COMPROVADO - READAPTAÇÃO EM CARGO INCOMPATÍVEL COM SEU PROBLEMA DE SAÚDE - ANULAÇÃO DO ATO - REINTEGRAÇÃO - EFEITOS RETROATIVOS (EX TUNC) - PARCELAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS DESDE A DATA DO ÚLTIMO RECEBIMENTO DO AUXÍLIO-DOENÇA - DANO MORAL CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR - RECONHECIMENTO - INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR RAZOÁVEL – RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.*

*I- Para que seja admissível o recurso adesivo é preciso que tenha havido sucumbência recíproca (vencidos parcialmente autor e réu).*

*II- “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (art. 301, § 2º, do CPC). Distintas a causa de pedir e pedido, não há falar em coisa julgada. Precedentes do STJ.*

*III- O STJ já consolidou a tese de que a demissão de servidor público estável e*

*efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: animus abandonandi.*

*IV- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que a anulação de exoneração, com a respectiva reintegração do servidor público, tem como consequência lógica, em respeito ao princípio restitutio in integrum, a recomposição integral dos direitos do servidor durante o período em que ficou afastado.*

*VI- Para a configuração do direito à compensação por danos morais, deverá ocorrer alguma situação singular, que rompa significativamente com ideal ético. O dano moral, segundo essa forma de pensar, não será somente a sensação de desgosto, mas especial violação ao direito da personalidade*

*VII- Os juros de mora e a correção monetária, tratando-se de condenações impostas à fazenda Pública Municipal, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 21/10/2015, ou seja, depois do advento da Lei nº 11.960/2009, deve ser observado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na forma proclamada pelo STF na modulação dos efeitos das ADIs 4357 e 4425. VIII- Tratando-se de dano morais, os juros moratórios e a correção monetária incidirão a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) (TJMS - Relator(a): Des. Amaury da Silva Kuklinski; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 03/02/2016; Data de registro: 04/02/2016).”*

Desta forma, conclui-se que a apelante tem direito ao pagamento de todos os vencimentos e vantagens que deixou de auferir em razão de sua injusta exoneração, na medida em que este ressarcimento é mera consequência de sua reintegração ao cargo.

#### Atualização monetária.

Com efeito, em razão da entrada em vigor da Lei n. 11.960, em 30 de junho de 2009, que deu nova redação ao art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, o débito contra a Fazenda Pública sofrerá “*incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*”.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada pela Corte Especial no julgamento do EREsp 1.207.197/RS, era de que em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, incidiria, uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei 11.960/09, disposições que devem ser aplicadas aos processos em curso à luz do princípio do tempo rege o ato, reconhecendo-se a natureza processual da norma.

Desta forma, a partir de 29/06/2009, em qualquer condenação imposta à Fazenda Pública, aplicavam-se os ditames da Lei n. 11.960/09, ou seja, no cálculo da correção monetária e dos juros das condenações proferidas contra a Fazenda Pública, observando as alterações introduzidas pela norma acima, mas a partir da data de sua vigência. No período anterior, tais acessórios seguem os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

Todavia, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n. 4.357/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º, da referida Lei. Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar, em julgamento conjunto, a ADI 4.357/DF, a ADI 4.372/DF e a ADI 4.425/DF, o eminente Ministro Luiz Fux, julgou procedentes, em parte, em sessão realizada no dia 14/03/2013, os pedidos então formulados, vindo a declarar a inconstitucionalidade, entre outros

dispositivos, da expressão “*índice oficial de remuneração da caderneta de poupança*”, contida no art. 100, § 12º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Contudo, em recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal foram modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97 em relação à correção monetária (ADINs 4425 e 4357).

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão de ordem nos autos das ADINs 4425 e 4357, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial, para que se deixe de aplicar a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/07, quanto à correção monetária, a data de conclusão do julgamento da referida questão de ordem, ou seja, 25/03/2015. Veja-se:

*“(...) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.”*

Desse modo, com a publicação da referida ata de julgamento no Diário de Justiça - ATA Nº 7, de 19/03/2015. DJE nº 67, divulgado em 09/04/2015 - e diante do efeito vinculativo de referida decisão, deve ser mantida a aplicação integral da regra prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, até 25/03/2015, seja em relação aos juros, seja em relação à correção monetária, a qual passará a incidir pelo IPCA-E, somente depois dessa data.

Em resumo, chega-se à seguinte conclusão: se houverem parcelas a serem pagas anteriores a 29/06/2009, os juros de mora deverão incidir no percentual de 6% ao ano, nos termos da redação original do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, e a correção monetária pelo INPC; se houverem parcelas a serem pagas após 29/06/2009 e até 25/03/2015, os juros de mora e a correção monetária terão incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 5º, da Lei n. 11.960/2009); e, por fim, se houverem parcelas a serem pagas após 25/03/2015, aos juros de mora deverão ser aplicados os mesmos índices da poupança e à correção monetária adotar-se-á o IPCA-E.

Assim, considerando que a presente decisão determinou a reintegração da autora ao cargo que ocupava quando da demissão, bem como declarou o direito à restituição integral dos salários e das vantagens desde sua demissão (julho de 2015) até sua reintegração, a atualização monetária, quanto ao dano material, deve ser assim estabelecida: juros de mora desde a citação, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 5º, da Lei n. 11.960/2009) e correção monetária, desde quando cada parcela salarial deveria ser paga, pelo IPCA-E. Por sua vez, a indenização por danos morais deve ser acrescida de juros de mora, desde a citação, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 5º, da Lei n. 11.960/2009) e correção monetária, desde o arbitramento, pelo IPCA-E.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para julgar parcialmente procedente o pedido inicial a fim de decretar a nulidade do ato de demissão da autora, com a reintegração no cargo público em que ocupava quando demitida, computadas todas as vantagens devidas, corrigidas desde quando cada parcela salarial deveria ser paga, pelo IPCA-E, e com incidência de juros de mora, desde a citação, pelos mesmos índices oficiais de remuneração básica aplicadas à caderneta de poupança,

ambos nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, tudo apurado em liquidação de sentença.

Ainda, condeno o Município no pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$ 20.000,00, corrigidos desde o arbitramento, pelo IPCA-E, e com incidência de juros de mora, desde a citação, pelos mesmos índices oficiais de remuneração básica aplicadas à caderneta de poupança, ambos nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009.

Considerando-se o novo resultado da demanda, inverteo o ônus de sucumbência e condeno a parte ré no pagamento de honorários advocatícios, percentual que, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil, será definido somente quando ocorrer a liquidação do julgado.

## **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. 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, 27 de julho de 2016.

\*\*\*

### 3ª Seção Cível

## **Mandado de Segurança nº 1401578-47.2016.8.12.0000 - Campo Grande** **Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO A FIM DE SE AFASTAR EVENTUAL ABUSIVIDADE NA INSCRIÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE AGENTE PENITENCIÁRIO ESTADUAL NA ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO FINANÇAS EM VIRTUDE DE ESTIPULAÇÃO DE IDADE MÁXIMA – LIMITE ETÁRIO PREVISTO EM LEI ANTERIOR E NO EDITAL – ATRIBUIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS DO CARGO QUE EXIGEM, AINDA QUE EVENTUALMENTE, CONTATO DIRETO COM PRESOS E INTERNOS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – NÃO DEMONSTRADA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO – CONTRA O PARECER – ORDEM DENEGADA.

A fixação de limites de idade em concurso público é legítima quando houver, concomitantemente, previsão em lei e no edital, além de justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (verbete sumular n. 683/STF).

Tomando-se como base as atribuições gerais do cargo de agente penitenciário estadual, descritas no art. 3º, da Lei Estadual de n. 4.490, de 03 de abril de 2014, bem como as específicas para desempenho na função de administração e finanças, elencadas no item 1.3, do anexo II, da referida norma estadual, as quais exigem, ainda que eventualmente, necessidade do servidor público lidar com presos e internos, não há que se falar em ofensa a direito líquido e certo da impetrante, por violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a imposição de um limite etário para exercício daquele cargo público.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 15 de agosto de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Simone Parma Marsicano, impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização e pelo Diretor-Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário ambos do Estado de Mato Grosso do Sul.

A impetrante, em síntese, aduz que possui 44 (quarenta e quatro) anos de idade e pretende candidatar-se a cargo vago de agente penitenciário estadual área administração e finanças, mediante

o concurso público organizado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, tendo sido surpreendida com a limitação etária prevista no Edital.

O seu direito líquido e certo está amparado no art. 37, incisos I e II da Constituição Federal, e o limite etário não se justifica pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

A exigência da idade máxima para cargo de atribuições de agente penitenciário estadual, administração e finanças não tem previsão legal e específica, assumindo contornos da sutileza discriminatória, repudiada pelo nosso ordenamento.

Os testes de aptidão física e psicotécnico servem para avaliar a capacidade do candidato para cumprir as atribuições do cargo, não sendo razoável, tampouco isonômico atribuir a exigência etária ao referido cargo.

Ao final, pleiteou a concessão da segurança para que seja declarada a ilegalidade da exigência contida no item II, requisitos para investidura, trazido no edital, para que aquela possa ser submetida às etapas seguintes do certame.

A liminar foi deferida às páginas 135-138.

As autoridades coatoras prestaram as informações às páginas 152-160 e 161-173, pugnando pela revogação da liminar e denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (p. 177-189).

Os autores vieram-me distribuídos após o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado e, por consequência, declinação de competência do Órgão Especial deste Tribunal para julgar a lide (p. 199-203).

## VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança impetrado por Simone Parma Marsicano contra ato praticado pelo Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização e pelo Diretor-Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário ambos do Estado de Mato Grosso do Sul.

Com efeito, infere-se que a impetrante objetiva a concessão da segurança no sentido de que lhe seja assegurada a inscrição no concurso público de provas e títulos para ingresso no quadro pessoal da AGEPEN, bem como para que possa realizar a prova objetiva e demais etapas, no cargo de agente penitenciário estadual, não área de administração e finanças, apesar de possuir 44 anos; idade superior à limitação etária prevista para o provimento do cargo que é de 40 anos.

O pedido liminar foi concedido pelo Des. Divoncir Schreiner Maran (p.135-138).

Após, a apresentação de informações e defesa pelos impetrados e manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, foi reconhecida a ilegitimidade passiva do Governador do Estado e, por consequência, afastou-se, de ofício, a incompetência do Órgão Especial deste Sodalício para análise desta ação mandamental, determinando-se a redistribuição para uma das Seções Cíveis deste Tribunal (p. 199-203).

Dito isso, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula de n. 683, já consolidou entendimento sobre a possibilidade de limitação de idade nos concursos públicos quando houver previsão legal e editalícia e, desde que justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Confira-se:

*“O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.*

Nesse sentido, colaciono alguns arestos das Cortes Superiores:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSOPÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE. PREVISÃO LEGAL. NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO. JUSTIFICATIVA PARA A EXIGÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Os Ministros deste Tribunal, no julgamento do ARE 678.112-RG/MG, Rel. Min. Luiz Fux, reconheceram a existência de repercussão geral do tema versado nestes autos, tendo, na ocasião, reafirmado a jurisprudência dominante sobre a matéria, já consolidada no sentido da legitimidade de fixação de limite de idade em concurso público quando previsto em lei e possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. II – Agravo regimental improvido. (ARE 714730 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, Acórdão Eletrônico DJe-168 Divulg 27-08-2013 Public 28-08-2013). Destacado”*

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO DF. IDADE MÁXIMA DE INGRESSO. LIMITAÇÃO. CURSO DE FORMAÇÃO. LEGALIDADE. LEI N. 7.479/86. 1. Esta Corte Superior possui entendimento de que há viabilidade na limitação etária para o exercício de cargo público quando, justificada razoavelmente em razão da natureza do cargo, houver previsão legal e editalícia nesse sentido, como é o caso dos autos. 2. **“O limite para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido” (Súmula 683/STF).** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 681.438/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada Trf 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016). Destacado”*

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CONCURSO PÚBLICO. CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LIMITE DE IDADE. LEI ESTADUAL N. 6.218/83. SILÊNCIO QUANTO AOS MARCOS ETÁRIOS. FIXAÇÃO APENAS NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. LEI LOCAL POSTERIOR AO CERTAME DELIMITANDO A FAIXA ETÁRIA. RETROAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO. I - A fixação de limites de idade em concurso público é legítima quando houver, concomitantemente, previsão em lei e no edital, além de justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (verbete sumular n. 683/STF). II - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 600.885/RS, em regime de repercussão geral, reafirmou a validade desses requisitos e a impossibilidade da lei deixar ao arbítrio de espécies normativas diversas a especificação das limitações. III - No caso concreto, a Lei Estadual, embora previsse a observância do limite de idade, silenciou quanto aos marcos etários, lacuna essa preenchida apenas pelo instrumento convocatório. IV - A superveniência de legislação local delimitando as balizas etárias não tem o condão de retroagir para afastar o direito subjetivo do Impetrante, porquanto editada quase três anos*

*após a publicação do edital. Precedente. V - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. VI - Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 34.466/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015). Destacado”*

Nesse contexto, cumpre verificar para o cargo de agente penitenciário estadual, na área de administração e finanças, se existe legislação anterior para limitação etária, previsão no edital e se para as atribuições do cargo faz-se necessária a imposição de uma idade mínima/máxima, considerando eventual vigor físico a ser exigido do candidato.

Com efeito, colhe-se dos autos que é incontestável a existência de uma legislação anterior ao concurso que estipulasse uma idade máxima de 40 anos para o desempenho do cargo (art. 11, inciso V, da Lei Estadual de n. 4.490, de 03 de abril de 2014), bem como de que há uma previsão editalícia nesse sentido (item 2.1, alínea “b”, p. 16).

Assim, a controvérsia fica limitada em saber se para as atribuições do cargo de agente penitenciário estadual, na área de administração e finanças, existe razoabilidade em se exigir um limite máximo de idade para desempenho daquela função.

Pois bem, o art. 3º, da aludida norma estadual estabelece em seus incisos quais são as atribuições básicas inerentes a todas as classes, bem como remete ao anexo II, da referida norma as respectivas atribuições específicas de cada classe.

Dentre as atribuições básicas devidas pelo agente penitenciário estadual, pode-se destacar as seguintes:

*“Art. 3º As atribuições específicas dos cargos de Agente Penitenciário Estadual, nas respectivas classes da carreira, e por área de atuação, são as constantes do Anexo II desta Lei, e serão exercidas em conformidade com a respectiva formação profissional, sendo comuns para todos os cargos da carreira as seguintes atribuições: (destacado) (...)*

*III - tomar providências cabíveis de assistência ou de tratamento penal para atender às necessidades apresentadas pelos presos, internos e egressos; fazer os encaminhamentos e acompanhar as providências que o caso requerer; (...)*

*V - cooperar para a manutenção da disciplina e segurança do preso e do interno;*

*VI - fiscalizar o comportamento do efetivo prisional, em quaisquer atividades desenvolvidas internamente, observar regulamentos e normas específicas sobre a rotina carcerária;*

*VII - atuar, decisivamente, na correção de comportamentos inadequados de presos, internos e egressos;*

*VIII - adotar as providências necessárias para que seja preservado o local de crime no âmbito dos estabelecimentos penais e dos patronatos, mantendo inalteradas as cenas do crime, além de arrolar testemunhas, objetivando a realização de perícia oficial por órgão competente;*

*IX - tomar depoimento dos presos e das testemunhas nas ocorrências disciplinares e comunicar à chefia imediata sobre as providências adotadas, de forma verbal em situações de emergência, e, após e em todos os demais casos, de forma oficial;*

*X - nos casos de urgência ou de situações críticas de movimentos de insubordinação individual ou coletiva, informar imediatamente, de forma verbal, o superior hierárquico,*

*e, após e em todos os demais casos, de forma oficial, registrando a ocorrência em livros e documentos oficiais;*

*XI - manter contato com o responsável pela guarda externa, informando-o sobre as mudanças de rotina, evasão, invasão, fugas e movimentos de insubordinação de presos;*

*XII - zelar pela segurança da AGEPEN-MS, dos estabelecimentos penais, dos presos, de funcionários, de visitantes e de todos que atuam no sistema penitenciário; (...)*

*XIV - atender com urbanidade o público, e orientar os presos, os internos, os egressos e seus familiares sobre os serviços prestados pela entidade; (...)*

*XVI - buscar a melhoria contínua dos processos organizacionais, operacionais e gerenciais e a realização de trabalhos em equipe; (...)*

*XIX - pesquisar e manter atualizados os dados do preso, do interno e do egresso nos respectivos prontuários e no sistema oficial de informações, que integram a base de dados do Sistema Penitenciário Estadual, de acordo com seu o nível de acesso; (...)*

*XXI - orientar o preso, o interno e o egresso sobre os procedimentos relativos às questões de segurança, de disciplina e de assistência previstas na Lei de Execução Penal, e encaminhá-los para as áreas de atividades específicas;*

*XXII - auxiliar os superiores hierárquicos, quando requisitados, para execução de quaisquer atividades inerentes às finalidades da entidade autárquica, e ao fiel cumprimento da Lei de Execução Penal; (...)*”.

Em relação as atribuições específicas do agente penitenciário estadual, da área de administração e finanças, constantes do mencionado Anexo II, infere-se que estas foram separadas, conforme a classe dos respectivos ocupantes dos cargos (itens 1.3.1, 1.3.2 e 1.3.3), destacando-se a seguinte em relação à classe inicial (aquela a ser ocupada pelos novos servidores):

**“1.3. ÁREA DE ATUAÇÃO: ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS:**

**1.3.1. Aos ocupantes do cargo de Agente Penitenciário Estadual de Classe Inicial, 6ª e 5ª Classes, da área da atuação de Administração e Finanças, compete, em linha geral e sob a supervisão, a orientação e a execução das atribuições de administração em geral, a administração de materiais, patrimônio, orçamento, finanças, gestão contábil; a prestação de contas e a administração; a formação e a capacitação de recursos humanos para atuar na entidade autárquica e, em especial, as seguintes atribuições: (...)**

*1.3.1.37. executar atividades de supervisão e de acompanhamento no setor competente, quando houver a disponibilização de preso ou de interno para realizar trabalhos de manutenção e de limpeza de salas e de móveis das repartições administrativas; (...)*”.

Nesse contexto, percebe-se dentre as diversas atribuições gerais do agente penitenciário estadual (descritas no art. 3º, da Lei Estadual de n. 4.490/2014) e daquelas atribuições específicas para quem desempenha a função na área de Administração e Finanças (descritas no item 1.3, do anexo II, da Lei Estadual de n. 4.490/2014) que o cargo que a impetrante almeja inscrição e posse, após a aprovação nas demais etapas do certame, requer, ainda que eventualmente, contato com presidiários e internos, de modo que se afigura razoável a imposição de uma limitação etária para o exercício desse cargo público.

Ressalta-se que as atribuições do cargo de agente penitenciário estadual, na área de Administração e Finanças, não são meramente administrativas, pois exigem, vez ou outra, força e atitudes imediatas para

lidar com presos e internos, de modo que, no caso vertente, não há que se falar em ofensa aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Nesse sentido:

*“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE PENITENCIÁRIO ESTADUAL – LIMITE DE IDADE – LEI ESTADUAL FIXANDO LIMITE DE IDADE EM 40 ANOS – ADMISSIBILIDADE DA IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE IDADE PARA A INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE TENDO EM VISTA A NATUREZA E AS FUNÇÕES DO CARGO, PREVISTAS EM LEI. Quando a limitação de idade não pode ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX, e 30, § 2º, da Constituição Federal, impor limite de idade para a inscrição em concurso público. No caso, tomando-se em consideração a natureza das atribuições do cargo, de Agente Penitenciário Estadual, é justificada a limitação de Idade, tanto a mínima (21 anos) quanto a máxima (40 anos), não se lhe aplicando, portanto, a vedação do artigo 7º XXX, da Constituição Federal. Inexistindo ofensa ao princípio da razoabilidade, tendo em vista a natureza e as funções do cargo a ser exercido, que dizem respeito ao agente penitenciário, o qual trabalha diretamente com o preso, com funções discriminadas no artigo 2º da Lei Estadual nº 4.490, de 03.04.14, não existe direito líquido e certo do candidato que, possuindo mais do que o limite legal, pretende manter-se no concurso para o qual foi inscrito mas cujos requisitos previstos em lei não foram por ele implementados. **Mandado de Segurança julgado improcedente, contra o Parecer.** (TJMS, MS de n. 1404554-95.2014.8.12.0000, Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Seção Cível; Data do julgamento: 08/09/2014; Data de registro: 16/09/2014). Destacado”*

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, denego a segurança e, por consequência, torno sem efeito a liminar de páginas 135-138.

Custas pela impetrante, cuja cobrança fica sobrestada por ser beneficiária da justiça gratuita. Sem honorários, porque incabíveis à espécie (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli e Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de agosto de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0801368-71.2014.8.12.0014 - Maracaju**  
**Relator Des. Nélio Stábile**

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR – NEGLIGÊNCIA QUANTO AOS DEVERES MATERNOS EM RELAÇÃO À FILHA – RECORRENTE PRESA POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – INDICAÇÃO DE COLOCAÇÃO DA INFANTE EM FAMÍLIA EXTENSA – IMPOSSIBILIDADE – FAMÍLIA QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES DE SALVAGUARDAR OS DIREITOS DA MENOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A medida de destituição de poder familiar se impõe no caso em que a conduta de negligência dos pais se amolda ao disposto no artigo 22 e demais úteis do ECA, e no artigo 1.638, do Código Civil. Na hipótese dos autos, o fato da mãe viver às expensas de dinheiro obtido com tráfico de drogas, encontrando-se, inclusive, presa, e a ausência de condições sociais e morais da família extensa, coloca em risco o pleno desenvolvimento sadio da criança, como determina a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança, sendo de rigor, nesses casos, a extinção do poder familiar para salvaguardar os direitos dos menores.

Não há necessidade de manifestação expressa sobre todos os artigos de lei e constitucionais prequestionados pela parte, se os fundamentos apresentados no julgado são suficientes para resolução da lide.

Recurso a que se nega provimento.

## **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, 23 de agosto de 2016.

Des. Nélio Stábile - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de apelação interposta por S. N. de O. contra Sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Maracaju que, nos autos de ação de destituição de poder familiar, ajuizada por Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido para o fim de decretar a extinção do poder familiar da ora apelante em relação à filha A. L. de O.

Requer o provimento do recurso, para que seja julgado improcedente o pedido inicial, ao argumento de que embora esteja recolhida em estabelecimento penal, demonstra carinho por sua filha, com quem

conviveu até os 6 meses de idade. Alega que tem uma irmã, chamada R. N. de O., que pode cuidar da infante até sair da prisão, tendo em vista que tal irmã já cuida de outros filhos seus. Aduz que a medida de destituição do poder familiar é medida extrema, e só pode ser aplicada em último caso, já que a criança tem o direito de ser criada no seio da família. Prequestiona os artigos de lei e da Constituição da República que menciona.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões a f. 168/174, ocasião em que pugnou pelo desprovemento do recurso.

Os autos foram à Procuradoria de Justiça que, em Parecer de f. 182/191, pugnou pelo desprovemento do apelo.

### **VOTO 09/08/2016**

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Consoante consta em relatório, trata-se de apelação interposta por S. N. de O. contra Sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Maracaju que, em ação de destituição de poder familiar, ajuizada por Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido para o fim de decretar a extinção do poder familiar da apelante em relação à filha A. L. de O.

Para melhor análise das questões postas em julgamento, separo-as nos tópicos a seguir.

Antes de adentrar no julgamento do recurso, 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, vez que tanto a sentença como o próprio recurso foram aviados sob a égide deste último *Codex*.

No mérito, tenho que o recurso deve ser desprovido.

Conforme anotado na sentença, a prova dos autos revela que a apelante não tem condições de criar a filha A., pois já não o fez com os outros três filhos que possui (estando 2 sob a guarda da irmã e 1 sob a guarda da avó paterna), sendo negligente e omissa no que se refere aos cuidados básicos com seus filhos, mormente os insculpidos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se afere pelos estudos sociais que instruem o processo.

Em Relatório Social lavrado por assistente social que atua no núcleo psicossocial do Fórum da Comarca de Maracaju, sobre a apelante, consta que:

*“Relatório referente ação de destituição do poder familiar da criança A. L. de Oliveira, nascida em 01 de novembro de 2013, filha de S. N. de O., reclusa na AGEPEN – Presídio Feminino de Rio Brilhante – MS. Tem quatro filhos: L. O. S., 01/01/2003; L. O. dos S. 06/07/07, filhos de L. S. dos S.; L. de O. M. 28/04/12, filha de L. R., recolhido no presídio masculino e a A. L., 01/11/13. S. não exerce atividade remunerada. Toda a dinâmica familiar indica que a subsistência da família é sustentada pelo tráfico de drogas. Consta que estava gestante quando foi presa e a filha A. L. que nasceu e permaneceu no presídio em companhia da mãe até os seis meses de vida e indicou a irmã R. para ficar com a menina” (f.122/124).*

Do contido no relatório supracitado e também nos demais documentos que instruem os autos, é possível depreender que a recorrente de fato não reúne quaisquer condições de criar sua filha. No momento,

está presa no Presídio Feminino de Rio Brillhante, em cumprimento de penas que, somadas, chegam a 09 (nove) anos de reclusão, pelo cometimento dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sendo que tais condenações ainda não transitaram em julgado. As penas têm previsão de término de cumprimento para 12.04.2022, conforme documento a f. 15 dos autos.

Anoto que não há se falar em destituição de poder familiar em desfavor da apelante apenas pelo fato de se encontrar em cumprimento de pena privativa de liberdade, o que é expressamente vedado pelo disposto no artigo 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O que leva à necessidade de destituição do referido poder é o contexto fático que envolve a recorrente e sua filha, o qual não é favorável e mesmo desaconselhável ao pleno e sadio desenvolvimento da criança. Seus outros três filhos estão sob a guarda de parentes, fato que denota a recalitrância no que se refere à omissão e negligência quanto a criação de seus filhos. Além do mais, a requerida recorrente não tem emprego fixo, sendo seu meio de sustento o tráfico de drogas, que foi o fator que, inclusive, motivou seu atual recolhimento a estabelecimento prisional.

Ressalto, ainda, que a pessoa indicada pela recorrente para ficar com a guarda de sua filha até que esta cumpra sua pena e saia da prisão, sua irmã R. N. de O., que já detém a guarda de dois dos outros três filhos da apelante, também não possui meios de cuidar e criar a criança de maneira adequada, conforme apontam os relatórios juntados aos autos.

Com efeito. Tais relatórios, elaborados a partir de visitas ao domicílio de R., dão conta de que:

*“Todos os membros da família, com seus respectivos filhos, moram glomerados, numa propriedade no distrito de Vista Alegre com seis cômodos, conhecida na região como ‘Boca de fumo – Castelinho de Madeira’ (...). Cuida de duas filhas da irmã S., a L. de dois anos e a L. com sete anos, foi matriculada mas não está estudando, não possui a guarda judicialmente. A menina sofreu um acidente na quadra da escola, fora do expediente escolar e feriu-se gravemente, fraturando um osso da perna, tem que ficar imobilizada do quadril até o pé durante noventa dias. R. não esclarece a origem dos rendimentos mensais e nem a situação socioeconômica para a subsistência da família. Afirma que sua mãe vem a cada quinze dias para fazer compras. Os fatos elencados com relação aos familiares extensos, consta que a criança não tem pai registral. Nessa situação, a família extensa constitui como um espaço de risco para seus membros. A dinâmica e as relações familiares está diretamente relacionada entre os membros, com indícios de sobreviver na dependência do tráfico de drogas. Sendo essa função, transferida hereditariamente entre eles, dos maiores para os menores. Nesse contexto, vivenciam situações ligadas ao uso de drogas e prostituição. Esta família apresenta também dificuldade em mobilizar os vínculos com a rede não familiar de proteção, por não se sentirem no direito de fazê-lo ou para permanecer na ignorância do Estado, o que dificulta o processo de desenvolvimento saudável dos seus componentes e o atendimento ativo no setor de políticas públicas” (f. 122/124).”*

*Analisando os relatórios de estudos psicossociais, é imperioso concluir que a irmã da apelante ou qualquer outro membro de sua família extensa também não tem qualquer condição de receber e criar a criança, tendo em vista que o ambiente familiar não se constitui em um ambiente sadio, porque atrelado ao tráfico de drogas e outros crimes, por se tratar de conhecida “boca de fumo” da localidade. Mais, não há sequer perspectiva de atendimento de políticas públicas, o que é óbvio: não interessa ao Estado ter acesso e ou fornecer as vantagens de políticas públicas de atendimento a uma família que vive às expensas do dinheiro obtido com tráfico de entorpecente. Antes, a ação do Estado será ou deverá ser de coibir essa prática e ou restringir a liberdade das pessoas envolvidas. Disso resulta que, na família extensa, a criança estaria ao desamparo também do Estado por força da atividade dos referidos familiares.*

*Sobreleva ressaltar que os relatórios sociais e psicossociais contido nos autos foram elaborados por assistentes sociais e psicólogos que prestam serviços junto à Municipalidade, às entidades sociais cadastradas no município e ao próprio Poder Judiciário, não havendo se falar, portanto, em eventual cerceamento de defesa. Referidos procedimentos foram, inclusive, elaborados durante procedimento judicial de Medida de Proteção à Criança e Adolescente, autuado sob nº 0800896-70.2014.8.12.0014, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, antecedente a Ação de Destituição de Poder Familiar de origem, com vistas a salvaguardar o direito da menor.*

*A matéria sub judice é regulada tanto pelo Estatuto da Criança do Adolescente quanto pelo Código Civil. É de bom alvitre a transcrição de alguns dos dispositivos legais pertinentes:*

*“Estatuto da Criança e do Adolescente:*

*Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.*

*Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.*

*Código Civil:*

*Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:*

*I - castigar imoderadamente o filho;*

*II - deixar o filho em abandono;*

*III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;*

*IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”*

A situação da apelante e de sua filha, descrita acima de forma resumida, demonstra que aquela descumpe e descumpriu reiteradamente os deveres insculpidos no artigo 22 do ECA, o que autoriza a decretação da perda do poder familiar, nos termos em que dispõe o artigo 24 do mesmo estatuto e 1.638, do Código Civil.

Com efeito. Analisando-se a conduta da recorrente é possível concluir que, por sua conduta criminosa, deixou sua filha em situação de abandono e de perigo, tendo em vista que indicou sua irmã R., como guardiã da infante, que é pessoa que não possui qualquer condição de criar e cuidar de crianças, conforme já relatado. Além do mais, a recorrente praticou atos contrários à moral e aos bons costumes, ao viver dos rendimentos obtidos com a traficância de substâncias entorpecentes ilícitas, pela qual foi, inclusive, presa e processada, o que amolda-se às práticas descritas nos incisos II, III e IV, do artigo 1.638, do Código Civil.

A doutrina da proteção integral, aliada ao princípio do melhor interesse da criança, visa proteger e salvaguardar os direitos das crianças e adolescentes, fazendo com que possam fruir, sem restrições, dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição e na legislação ordinária, mormente os pertinentes à sua condição de pessoa em estágio de desenvolvimento.

Referidos princípio e doutrina também visam, dentre outras medidas, a manutenção do menor no seio da família e os meios necessários para a consecução de tal fim, conforme estabelece o artigo 19,

*caput*, primeira parte, e seu §3º, do ECA. O próprio Estatuto dispõe, em seu artigo 23, que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar. Entretanto, pela situação que se vislumbra nos autos, de abandono e negligência reiterados por parte da Apelante em relação a seus filhos, é imperioso reconhecer-se a necessidade de extinção do poder familiar que a Requerida-Apelante exerce sobre a infante A. L. de O., justamente para colocá-la a salvo da situação periclitante a que estava exposta e oportunizar-lhe uma melhora de vida, com acesso a seus direitos mais básicos, que outrora lhe foram sonogados.

No mesmo sentido é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

*“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. MENOR. FAMÍLIA SUBSTITUTA. CASO PECULIAR. MIGRAÇÃO DA MÃE PARA O SUL DO BRASIL EM BUSCA DE MELHORES CONDIÇÕES. MAUS-TRATOS E SITUAÇÃO DE RISCO. CONFIRMAÇÃO. PRETENSÃO DE ATRIBUIÇÃO DA GUARDA À AVÓ MATERNA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO COM A FAMÍLIA ESTENDIDA (AVÓS, TIOS E PRIMOS). ADOÇÃO CONCLUÍDA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. ESTABILIDADE NA CRIAÇÃO E FORMAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*

*Na hipótese em que a genitora deixa a casa dos pais e migra para o sul do país em busca de melhores condições, optando por levar consigo filha menor, cumpre-lhe proteger a criança e dela cuidar, garantindo-lhe sustento, guarda, companhia e educação em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente).*

*Se não há controvérsia sobre o fato de a menor ter sido vítima de negligência e de maus-tratos e encontrar-se em situação de risco, destitui-se o pátrio poder.*

*Estando a criança em situação de risco e não subsistindo nenhum vínculo afetivo entre ela e a família de origem, prevalece o interesse da menor, que deve ser inserida em família substituta, sobretudo quando há notícia de que o processo de adoção já foi concluído.*

*Recurso especial desprovido. (STJ. REsp nº 1.422.929/SC. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 24.04.2014).”*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1.638/CC. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.*

*1. A perda do poder familiar ocorrerá quando presente qualquer das hipóteses previstas no art. 1.638/CC.*

*2. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que manteve a sentença que decretou a destituição do poder familiar, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, pela Súmula nº 7/STJ. (STJ. AgRg no AREsp nº 70.611/MS. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 17.05.2012).”*

Este Tribunal de Justiça também tem decidido da mesma forma:

*“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AMPLIAÇÃO SUBJETIVA DA LIDE APÓS O SANEAMENTO DO PROCESSO – REJEITADA – MÉRITO RECURSAL – DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DE DEVERES E OBRIGAÇÕES*

*DOS PAIS – FALTA DE ESTRUTURA FAMILIAR – DESCASO E ABANDONO – MENORES EM SITUAÇÃO DE RISCO E RECOLHIDOS EM INSTITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO (ABRIGO) – PAIS ALCOÓLATRAS E VIVENDO NA OCIOSIDADE – DESINTERESSE EM REVERTER O QUADRO – PERDA DO PODER FAMILIAR – MELHOR INTERESSE DOS MENORES – ARTS. 22 E 129, X, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – SENTENÇA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.*

*1. Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença, por suposta ampliação subjetiva da demanda após o saneamento do processo, uma vez que constava expressamente do pedido inicial o pleito de destituição do poder familiar relativamente a todos os filhos do casal, incluindo aqueles que viessem a nascer no curso da lide.*

*2. Correta é a decisão que decreta a perda do poder familiar, se restou efetivamente provado nos autos que os requeridos descumpriram injustificadamente, e de forma reiterada, os deveres e obrigações constantes no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.*

*3. Na espécie, a adoção de outras medidas que não a destituição do poder familiar não surtiria nenhum efeito, tendo em vista a ausência de estrutura familiar sadia, somada ao flagrante descaso e o desinteresse dos genitores para com os seus filhos e para com a grave situação de risco a que estão sujeitos os cinco infantes.*

*4. Na senda do entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, 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. (TJMS. Apelação Cível nº 0800639-71.2012.8.12.0028. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Josué de Oliveira. Julgamento: 09.04.2013)”*

A apelante, por último, prequestiona matérias que alega estarem abarcadas pelos dispositivos do ECA, e da Constituição da República, e pugna pela procedência de tal prequestionamento.

Entretanto, não há necessidade de manifestação expressa e específica sobre os artigos de lei e da Constituição prequestionados pela parte, tendo em vista que os fundamentos apresentados são suficientes para a resolução da lide. Nesse sentido:

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO.*

*1. Conforme estabelecido no art. 535 do Código de Processo Civil, a oposição de embargos declaratórios será apropriada e adequada quando o pronunciamento judicial padecer de obscuridade, contradição ou omissão.*

*2. No caso concreto, tendo o acórdão embargado enfrentado as questões suscitadas, em perfeita consonância com a legislação e jurisprudência pertinentes, infundadas são as alegações da parte embargante, que pretende, com estes aclaratórios, tão somente modificar o resultado do julgamento, que não incorreu em omissão.*

*3. Saliente-se, por oportuno, que o magistrado não está obrigado a apreciar, um a um, todos os argumentos das partes, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes a solucionar a lide.*

4. Embargos de declaração rejeitados. (STJ. EDcl nos Edcl no AgRg nos EREsp nº 1.149.538/RJ. Órgão Julgador: 3ª Seção. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 12.08.2015).”

Dessa forma, em restando comprovada a situação de vulnerabilidade social a que estava sujeita a filha da recorrente, e tendo em vista que não há perspectivas de melhora do quadro apresentado na ação, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, sendo de rigor a manutenção da sentença apelada.

Ante o exposto, conheço do presente recurso para o fim de negar-lhe provimento, mantendo a Sentença recorrida por seus próprios termos.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 23-08-16, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Fernando), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º aguarda.

### VOTO 23/08/2016

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º vogal):

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que o Estado atribuiu aos pais, pelo qual a eles compete o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Nesse cenário, a ação de destituição do poder familiar é um procedimento grave, pois importa na ruptura dos liames jurídicos entre pais e filhos. Por essa razão, a análise dos fatos reclama sempre uma interpretação mais meticulosa e apurada.

Isto ante a relevância do instituto, a perda do poder familiar somente ocorre em hipóteses de extrema gravidade na infringência dos deveres inerentes aos pais, e tais casos vêm expressamente arrolados no art. 1.638 do Código Civil.

A demissão dos pais do poder sobre os filhos é providência excepcional, que não se justifica pela carência de recursos materiais, tampouco pela prisão da genitora, visto que, segundo as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser aplicada como *ultima ratio*, sempre sob a perspectiva do melhor interesse do infante e quando inexistir a mínima possibilidade de mantê-lo na família natural ou na ampliada, com o suporte estatal, por meio das medidas de proteção elencadas no art. 101 da lei de regência.

No caso posto a lume, constata-se que o Ministério Público Estadual, propôs ação de destituição do poder familiar contra a apelante, S. N. de O., com pedido de colocação da menor A.L.O., em família substituta.

Os autos dão conta de que a apelante encontrava-se presa no Estabelecimento Penal Feminino de Rio Brillante por ter sido condenada a 09 anos de reclusão pela prática de tráfico e associação para o tráfico nos autos n. 0001334-66.2013.8.12.0014, sendo que a menor permaneceu junto à genitora naquele local até completar seis meses de vida, quando foi encaminhada à Unidade de Acolhimento Espaço Vida.

Outros dois filhos da apelante estão sob os cuidados de sua irmã, R. N. de O. cuja residência é conhecida popularmente como uma boca de fuma, e um terceiro está aos cuidados da avó paterna, sendo que o suposto genitor da menor A.L.O não foi sequer localizado.

Os laudos e estudos sociais realizados ao longo dos anos em que tramitou o feito são uníssonos em afirmar que a irmã da apelante não possui condições de permanecer com a guarda dos menores, relatando “*desorganização estrutural da família*”, onde “*adultos não trabalham, os menores não frequentam a*

*escola. Vivem numa situação de extrema pobreza, não havendo afetividade entre os membros o que coloca as criança em situação de risco”.*

Assim, embora em casos como o dos autos, em que o suposto genitor não foi localizado - há fortes indícios de que tenha ido a óbito - e a mãe encontra-se cumprindo pena de reclusão, se deva buscar a inserção da criança na família extensa, na espécie, diante da absoluta falta de vínculos afetivos e condições sociais da única pretendente à guarda com a infante, inteiramente recomendável a decretação da perda do poder familiar.

Dito isso, após análise minuciosa dos autos, privilegiando o interesse da menor que, à época da propositura da demanda contava com apenas 08 meses de vida, hei por bem em acompanhar o douto Relator para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.(2º vogal):

Acompanho o voto do Relator.

## **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. Marco André Nogueira Hanson

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, 23 de agosto de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1408956-88.2015.8.12.0000 - Batayporã**  
**Relator Des. Nélio Stábile**

EMENTA – AGRAVO – RECURSO CONTRA DECISÃO QUE AFASTOU VEREADOR DO CARGO DE MOTORISTA DE AMBULÂNCIA EXERCIDO CUMULATIVAMENTE – INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS ENTRE AS JORNADAS – TESE NÃO REFUTADA NO AGRAVO – DECISÃO LIMINAR DE ORIGEM MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Nada obstante haver permissivo constitucional que permita a cumulação de cargos público com mandato eletivo de vereador (artigo 38, III, da Constituição da República), referida cumulação depende da demonstração de compatibilidade para exercício de ambas funções, o que não restou evidenciado no recurso. Precedentes do STJ.

Também não restou evidenciado que, em permanecendo válida a decisão recorrida, haverá prejuízo de remuneração ao agravante, vez que o cargo do qual o agravante foi afastado não é o único por ele ocupado, que atualmente exerce mandato eletivo de vereador, no cargo de presidente da Câmara Municipal.

Recurso que se conhece e ao qual se nega provimento.

## **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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de setembro de 2016.

Des. Nélio Stábile - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de agravo interposto por Sandro Félix de Melo contra decisão exarada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Batayporã, nos autos de Ação Civil Pública nº 0800672-30.2013.8.12.0027, movida por Ministério Público Estadual, que determinou o afastamento do agravante (atualmente ocupante do cargo de vereador presidente da Câmara Municipal de Taquarussu), do cargo de motorista da prefeitura municipal de Taquarussu, em razão do acúmulo de cargos públicos com incompatibilidade de horários, facultando ao agente público optar pela remuneração, nos termos do que dispõe o artigo 38, II e III, da Constituição da República.

Alega, em síntese, que é servidor público do Município de Taquarussu desde 1998, onde exerce a função de motorista II, lotado atualmente na Secretaria de Saúde do Município (Hospital Sagrado Coração de Jesus), sendo habilitado no transporte de passageiros e para condução de veículos de emergência, e que

exerce, cumulativamente o cargo em questão com o de vereador do Câmara Municipal, há duas legislaturas. Aduz que foi afastado, por conta de concessão de liminar, de cargo público que exerce há mais de 17 anos, sem que ao menos lhe fosse facultado, pelo Ministério Público Estadual, sua remoção para exercer sua função em local em que haja compatibilidade de horários, sendo que sofreu, com o afastamento, uma perda imensurável, visto que sustenta sua família com os vencimentos do cargo de motorista, vez que o exercício de mandato legislativo é transitório. Afirma que deve retornar ao cargo de motorista em horário que seja compatível com o exercício de seu mandato de vereador.

A tutela recursal foi indeferida por decisão de f. 210/212.

Intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões a f. 217/221, pugnando pelo desprovisionamento do recurso, ao argumento de que, nada obstante o artigo 38, III, da Constituição da República permitir a acumulação de cargos públicos com o mandato eletivo, o fato é que não há compatibilidade de horários entre o cargo de vereador exercido pelo agravante com o cargo de motorista de ambulância do Hospital Municipal, razão pela qual a cumulação em questão não é possível, sendo de rigor o afastamento do recorrente da função de motorista.

Em parecer de f. 228/235, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Consoante consta em relatório, trata-se de agravo interposto por Sandro Félix de Melo contra decisão exarada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Batayporã, nos autos de ação civil pública nº 0800672-30.2013.8.12.0027, movida por Ministério Público Estadual, que determinou o afastamento do agravante (atualmente ocupante do cargo de vereador presidente da Câmara Municipal de Taquarussu), do cargo de motorista da prefeitura municipal de Taquarussu, em razão do acúmulo de cargos públicos com incompatibilidade de horários, facultando ao agente público optar pela remuneração, nos termos do que dispõe o artigo 38, II e III, da Constituição da República. Alega, em síntese, que é servidor público do Município de Taquarussu desde 1998, onde exerce a função de motorista II, lotado atualmente na Secretaria de Saúde do Município (Hospital Sagrado Coração de Jesus), sendo habilitado no transporte de passageiros e para condução de veículos de emergência, e que exerce, cumulativamente o cargo em questão com o de vereador do Câmara Municipal, há duas legislaturas. Aduz que foi afastado, por conta de concessão de liminar, de cargo público que exerce há mais de 17 anos, sem que ao menos lhe fosse facultado, pelo Ministério Público Estadual, sua remoção para exercer sua função em local em que haja compatibilidade de horários, sendo que sofreu, com o afastamento, uma perda imensurável, visto que sustenta sua família com os vencimentos do cargo de motorista, vez que o exercício de mandato legislativo é transitório. Afirma que deve retornar ao cargo de motorista em horário que seja compatível com o exercício de seu mandato de vereador.

Antes de adentrar no julgamento do recurso, 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, vez que tanto a decisão agravada como o próprio recurso foram aviados sob a égide deste último *Codex*.

Tenho que a decisão do juízo de primeiro grau não merece reforma e, portanto, o recurso deve ser desprovido.

Isso porque a alegação do recorrente, de que há *fumus bonus juris* para o provimento do recurso, não está presente, na medida em que a decisão agravada, que determinou o afastamento do recorrente do cargo de motorista, fundamentou-se nos documentos acostados aos autos originários, os quais, em análise perfunctória, evidenciam que o nome do agravante constava em listas de escalas de plantão de 24 horas do Hospital em que deveria cumprir sua função (f.57/59), nos mesmos dias em que constava em Atas de Reunião das Sessões Legislativas da Câmara Municipal de Taquarussu/MS, na qual o agravante exerce a função de presidente (f.64/88). Assim, a evidência é justamente a contrária, ou seja, o *fumus bonus juris* está presente nos argumentos do agravado, o que possibilitou o deferimento da medida antecipatória na ação civil pública originária.

Como bem pontuado pelo Ministério Público em suas contrarrazões, é forçoso concluir-se que, em restando evidenciada a incompatibilidade de horários entre as funções públicas exercidas, há nítido prejuízo ao erário, não havendo se falar em simples falta ao trabalho (em uma ou outra função), sendo a medida de afastamento de uma das funções necessárias para zelar pela coisa pública, o que, aliás, deveria ter sido levado a efeito pelo próprio exercente dos cargos públicos, por ocasião de sua posse no cargo eletivo.

No mesmo sentido, de possibilidade de afastamento no caso de incompatibilidade de horários em cargos públicos cumulados, é o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.*

*1. Hipótese em que o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou procedentes os pedidos deduzidos na Ação Civil Pública, por entender configurada improbidade administrativa pela acumulação ilegal de três cargos municipais.*

*2. Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, os prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis. Precedentes do STJ.*

*3. Os recorrentes sustentam que a ausência de dolo e de dano afastam a configuração de improbidade, acenando de forma genérica com a Lei 8.429/1992, sem precisar os dispositivos supostamente violados. Deficiência na fundamentação que atrai a aplicação da Súmula 284/STF.*

*4. Apenas em obiter dictum, consigno que a tese recursal contraria a premissa fática do acórdão recorrido, cuja leitura evidencia a conduta dolosa, bem como a ocorrência de prejuízo ao Erário, máxime pela constatada incompatibilidade de horários dos cargos ilegalmente acumulados. Incidência da Súmula 7/STJ.*

*5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ. REsp nº 1.129.423/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 20.04.2010).”*

Também não restou evidenciado que, em permanecendo válida a decisão recorrida, haverá prejuízo de remuneração ao agravante, vez que o cargo do qual o agravante foi afastado não é o único por ele ocupado, que atualmente exerce mandato eletivo de vereador, no cargo de presidente da Câmara Municipal. Convém anotar que, em sendo julgada improcedente a ação civil pública, o recorrente poderá reaver seus vencimentos em ação própria.

Mais, a liminar concedida na ação originária foi precedida de oitiva do agravante.

Também restou anotado, na decisão recorrida, que não houve comprovação de que o ora recorrente teria trocado os plantões, nos dias de incompatibilidade, com outros motoristas, não havendo a juntada de qualquer pedido formal nesse sentido (f17/18), o que poderia, em tese, elidir o possível prejuízo ao erário.

Dessa feita, não estando demonstrados os requisitos legais, entendo não ser cabível a revogação da liminar concedida na origem, devendo a decisão agravada ser mantida.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego provimento ao agravo interposto por Sandro Félix de Melo, e mantenho a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

## **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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 20 de setembro de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1401956-03.2016.8.12.0000 - Dourados**  
**Relator Des. Nélio Stábile**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCURSO PÚBLICO PARA DIVERSOS CARGOS DE CÂMARA MUNICIPAL – CANDIDATOS APROVADOS NA QUALIDADE DE TERCEIROS INTERESSADOS – ASSISTÊNCIA SIMPLES – POSSIBILIDADE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INSTITUIÇÃO LEGÍTIMA PARA DEFENDER INTERESSE PÚBLICO CONSUBSTANCIADO NA FISCALIZAÇÃO DA LISURA DO CERTAME – HOMOLOGAÇÃO DO CONCURSO NÃO IMPEDE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PELO *PARQUET* – REJEITADA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO – ALEGADA NECESSIDADE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO FORMADO PELA CÂMARA E APROVADOS NO CERTAME – DESNECESSIDADE – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – HIPÓTESES DE DISPENSA E OU INEXIGIBILIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES SÓ DEVEM SER UTILIZADAS EXCEPCIONALMENTE – VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA DE SIGILO DO CONCURSO – INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – RECURSO PROVIDO.

Os aprovados em concurso público questionado judicialmente podem atuar como terceiros interessados, na qualidade de assistentes simples.

Não há se falar em ilegitimidade do Ministério Público para questionar a lisura do certame, uma vez que patente a presença do interesse público na regularidade do processo seletivo. O fato de o concurso público já ter sido homologado, igualmente, não impede a atuação do *parquet*, nem acarreta a perda do objeto da ação, haja vista que persistente o interesse público na hipótese.

É desnecessária a formação de litisconsórcio passivo entre os organizadores do concurso (órgão público e banca examinadora) e os aprovados no certame, uma vez que em relação a estes não pode ser atribuída a qualidade de parte, tendo em vista que não podem ser compelidos a fazer ou deixar de fazer algo em razão de eventual condenação na ação civil pública. Bem por isso é que referidos aprovados só podem figurar na ação na qualidade de terceiros interessados.

As hipóteses de dispensa e ou inexigibilidade de licitação, previstas na Lei nº 8.666/1993, só devem ser utilizados de forma excepcional, e se atenderem ao interesse público e aos princípios administrativos constitucionais, o que não se observa na hipótese dos autos, uma vez que não há indícios de que a banca examinadora escolhida seja de notória especialização, nem a única em âmbito municipal, estadual ou nacional com habilitação para realizar o certame. Há, ainda, violação de cláusula de sigilo e também impropriedade na elaboração do processo seletivo em relação a alguns cargos regulados pelo edital do concurso.

Agravo conhecido. Preliminares afastadas. Recurso 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 e com o parecer, afastar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de setembro de 2016.

Des. Nélio Stábile – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos de ação civil pública nº 0801436-86.2016.8.12.0002, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (liminar), que consiste em determinar a suspensão do Concurso Público de Provas para o provimento de cargos no âmbito da Câmara Municipal de Dourados, ante as irregularidades constatadas na realização no certame.

Alega que o concurso público em questão está eivado de irregularidades, a saber: a) nulidade do procedimento licitatório por inexigibilidade de licitação, que culminou na contratação do IDAGEM, pela Câmara Municipal de Dourados, em franco descumprimento dos requisitos previstos no artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993; b) violação a princípios administrativos, notadamente do sigilo e isonomia, ante a inserção de questões idênticas em provas aplicadas no mesmo dia, em turnos distintos; c) ausência de prova prática, com vistas a atestar a capacidade técnica dos candidatos ao cargo de advogado, no desempenho de atividade jurídica, diferentemente do que ocorreu com os cargos de motorista e agente de segurança, em que referida prova (prática) foi exigida e; d) ausência de razoabilidade e segurança jurídica no que tange à análise dos recursos interpostos em desfavor do resultado do teste de aptidão física para o cargo de agente de segurança, em que todos os recursos interpostos foram providos no prazo de apenas 1 (um) dia.

Requeru a concessão do efeito suspensivo ativo, para que seja determinada a suspensão do concurso objeto da ação civil pública de origem; no mérito, requer o provimento do agravo, para o fim de ser confirmada a liminar concedida.

O efeito suspensivo ativo foi concedido por decisão de f.576/581.

Intimados, os agravados Câmara Municipal de Dourados e Idenor Machado apresentaram contrarrazões a f.591/603, pugnando pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que não restaram evidenciadas nem a verossimilhança das alegações, nem o perigo da demora. Alegam que a contratação do IDAGEM para realização do certame não fere os dispositivos da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que os procedimentos para dispensa de licitação foram observados, e também pelo fato de referida contratação não ter onerado o ente público, uma vez que a remuneração do referido instituto se daria apenas mediante o repasse dos valores das taxas auferidas pelas inscrições dos candidatos. Quanto ao fato de haverem questões repetidas no certame, em provas realizadas em turnos distintos, ressaltam que não houve quebra da isonomia, já que não houve demonstração de qualquer benefício a qualquer dos candidatos, haja vista que os candidatos que realizaram as provas do turno da manhã estavam impedidos, por disposição editalícia, de realizarem as provas do turno da tarde, não havendo se falar, portanto, em vazamento de informação. No que se refere à ausência de realização de prova prática para provimento do cargo de advogado, afirmam que não há obrigação legal de realização de tal prova, ficando sua realização a critério discricionário da

administração pública. Asseveram que o fato de os recursos contra a aplicação de testes físicos terem sido examinados em prazo exíguo não ferem qualquer norma legal, mas sim garantem aos candidatos o devido processo legal.

O agravado IDAGEM – Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento da Gestão Municipal Ltda. - ME ofertou contrarrrazões de f.621/631, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Ministério Público Estadual para mover a ação de origem, tendo em vista que o concurso *sub judice* já tinha sido homologado, razão pela qual só seriam legitimados a ajuizar ação questionando a validade do certame os candidatos que porventura se sintam prejudicados; ressaltou, ainda, que por tal razão não trata a questão de interesse individual indisponível.

No mérito, pugna pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que o pedido de anulação do concurso é excessivo e desproporcional, haja vista que a escolha da modalidade de contratação é de responsabilidade única e exclusiva do contratante, cujo erro ou falha em tal escolha não pode gerar prejuízo aos mais de 5.000 candidatos inscritos, nem à contratada, que apresentou toda a documentação exigida em edital. Aduz que não cabe aos candidatos investigar como foi realizada a contratação dela agravada, nem à própria contratada opinar sobre os mecanismos adotados pelo ente público, até porque os atos administrativos pressupõem legalidade e segurança jurídica. Quanto à repetição de 5 questões em duas provas distintas, alega que esta só se deu em duas categorias de cargos, a saber, o cargo de advogado e o cargo de jornalista; portanto, se essa fosse a justificativa para a anulação, esta teria de se dar somente no âmbito desses dois cargos, e não em relação ao concurso todo. Alega que, como não houve qualquer irresignação dos candidatos quanto à repetição de questões em provas distintas, optou por manter o gabarito, pois não houve provocação idônea para a anulação daquele.

Assevera que:

*“(...) mesmo que um candidato, tenha, ali no horário do almoço, acesso a uma prova aplicada pela manhã, que acabara de se encerrar e onde estavam encartadas as mesmas questões, ele teria de ter uma bola de cristal para deduzir que estariam também nas provas da tarde, pois o raciocínio lógico é de que não estariam, e ainda ter tempo de pesquisar as respostas, pois não havia sido publicado o gabarito” (sic – f. 628).*

No que se refere ao TAF, afirma que não há qualquer prejuízo aos candidatos que acabaram sendo reprovados após a análise dos recursos, por terem sido ultrapassados por outros candidatos, uma vez que foi franqueado àqueles toda a documentação pertinente, sendo que até o presente momento não se irresignaram quanto à sua reprovação por conta do resultado dos recursos. Quanto à inexistência de prova prática para o cargo de advogado, alega que não há qualquer ilegalidade no ponto, visto que diferentemente dos demais concursos para carreiras jurídicas, como delegado, promotor ou juiz, onde existem conteúdos específicos de cada uma delas e, daí sim, a necessidade de uma avaliação pormenorizada, a seleção de advogado para o exercício da advocacia em sua essência já contempla a parte prática no momento da edição do edital com a exigência da inscrição na OAB, que, para inscrição em seus quadros, exige aprovação no Exame de Ordem, em que se realiza a prova prática.

Em petição de f. 677/699, Alini Suzane de Oliveira e outros requereram sua admissão no feito na qualidade de terceiros interessados, pois se tratam de candidatos aprovados no certame objeto do litígio. Na mesma oportunidade, apresentaram contrarrrazões ao presente recurso, arguindo também a preliminar de carência da ação, já que ao tempo do ajuizamento da ação civil pública o certame já havia sido homologado, ou seja, já era ato findo e, ainda, por não terem sido acionados juntamente com os ora agravados, pois, na qualidade de aprovados no certame são legítimos interessados no desfecho da ação, sendo caso nítido de litisconsórcio passivo necessário e unitário. No mérito, pugnam pelo desprovimento do agravo, basicamente repetindo os argumentos do agravado IDAGEM – Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento da

Gestão Municipal Ltda. - ME, além de aduzirem que a dispensa de licitação não traz prejuízo ao certame porquanto não feriria o princípio da proporcionalidade, uma vez que tal fator não trouxe qualquer prejuízo ao erário, além do que referida matéria estaria preclusa, já que não foi suscitada, na via administrativa ou judicial, no momento oportuno, qual seja, durante o andamento do certame.

Em razão de se tratar de ação civil pública, determinei vista legal à Procuradoria de Justiça, para parecer e manifestação específica acerca da intervenção de terceiros e, conseqüentemente, sobre as matérias arguidas por aqueles (f.1.329).

Parecer da Procuradoria de Justiça veio a f.1.333/1.354, ocasião em que rechaçou as preliminares arguidas e opinou pelo conhecimento e provimento do agravo.

## VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Consoante consta em relatório, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos de ação civil pública nº 0801436-86.2016.8.12.0002, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (liminar), que consiste em determinar a suspensão do Concurso Público de Provas para o provimento de Cargos no âmbito da Câmara Municipal de Dourados, ante as irregularidades constatadas na realização no certame.

Alega que o concurso público em questão está eivado de irregularidades, a saber: a) nulidade do procedimento licitatório por inexigibilidade de licitação, que culminou na contratação do IDAGEM, pela Câmara Municipal de Dourados, em franco descumprimento dos requisitos previstos no artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993; b) violação a princípios administrativos, notadamente do sigilo e isonomia, ante a inserção de questões idênticas em provas aplicadas no mesmo dia, em turnos distintos; c) ausência de prova prática, com vistas a atestar a capacidade técnica dos candidatos ao cargo de advogado, no desempenho de atividade jurídica, diferentemente do que ocorreu com os cargos de motorista e agente de segurança, em que referida prova (prática) foi exigida e; d) ausência de razoabilidade e segurança jurídica no que tange à análise dos recursos interpostos em desfavor do resultado do teste de aptidão física para o cargo de agente de segurança, em que todos os recursos interpostos foram providos no prazo de apenas 1 (um) dia.

Requeru a concessão do efeito suspensivo ativo, para que seja determinada a suspensão do concurso objeto da ação civil pública de origem; no mérito, requer o provimento do agravo, para o fim de ser confirmada a liminar concedida.

Em razão de haver várias questões a serem dirimidas, passo à análise de cada uma delas separadamente, em tópicos.

Antes de adentrar no julgamento do recurso, 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, vez que tanto a decisão agravada como o próprio recurso foram aviados sob a égide deste último *Codex*.

Primeiramente, anoto que em petição de f.677/699, Alini Suzane de Oliveira e outros requereram sua admissão no feito na qualidade de terceiros interessados, pois se tratam de candidatos aprovados no certame objeto do litígio.

Trata-se de pedido de ingresso no feito na qualidade de assistentes simples, regulada pelo artigo 50, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe:

*“Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.”*

*Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.”*

É evidente que os requerentes têm interesse que o pedido deduzido no feito originário seja julgado improcedente, já que foram aprovados no concurso *sub judice*. Pela mesma razão, é evidente o interesse dos terceiros que requerem seu ingresso no feito como assistentes, uma vez que da eventual procedência do pedido podem lhe advir prejuízos, haja vista que seriam tolhidos de sua expectativa de ou direito de serem nomeados para os cargos públicos para os quais foram aprovados no certame em objeto da lide.

Ressalto, por oportuno, que o interesse dos terceiros não se limita a questões econômicas e ou financeiras, mas também de ordem profissional, não havendo qualquer óbice a que busquem, como assistente simples, auxiliar as partes envolvidas a influenciar no convencimento do Magistrado condutor do feito. No mesmo sentido:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR MUNICIPAL. ENQUADRAMENTO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. RETORNO AO CARGO DE ORIGEM. MULTA. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO MUNICIPAL. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE.*

*1. É inequívoca a falta de legitimidade e a ausência de interesse jurídico dos recorrentes quanto à multa aplicada em desfavor do prefeito municipal, haja vista que o provimento jurisdicional almejado não lhes diz respeito em absoluto e não se reveste de potenciais utilidade ou necessidade, alcançando única e exclusivamente terceiro que, como é de comezinha sabença, não se confunde com o respectivo município.*

*2. Ao terceiro eventualmente prejudicado é resguardado o amplo acesso ao Poder Judiciário para contestar os efeitos de decisão judicial que atinja sua esfera jurídica de modo supostamente inadmissível, questionamento esse que, entretanto, deve ser promovido por quem de direito, não sendo hipótese de substituição processual - como ocorre no caso vertente.*

*3. É possível, em ação civil pública, a decretação de inconstitucionalidade de normas, desde que esteja colocada como causa de pedir, e não no objeto da ação. Precedentes.*

*4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ. REsp nº 1.172.073/PR. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. Julgamento: 20.03.2012).”*

*“AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR INDEFERIDA. NÃO VERIFICADOS OS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. PRINCÍPIO DA UNICIDADE OU UNIRRECORRIBILIDADE. TERCEIRO PREJUDICADO. ARTIGO 499, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*

*1. O princípio da unicidade ou da unirrecorribilidade, decorrente do sistema recursal previsto no Código de Processo Civil, significa que contra determinada decisão judicial deve existir um único recurso a ele correlacionado num mesmo momento processual.*

*Portanto, não é lícito ao recorrente aviar dois recursos de uma mesma decisão, deixando ao alvedrio do julgador a escolha de qual deles irá receber e julgar.*

*2. Na forma do artigo 499, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso de terceiro prejudicado está condicionado à demonstração de prejuízo jurídico da decisão judicial, e não somente do prejuízo econômico, ou seja, deve existir nexo de interdependência entre o interesse do terceiro e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.*

*3. Em se tratando de ações cautelares propostas no Superior Tribunal de Justiça, deve-se observar que, com exceção das hipóteses de competência originária, tais ações são intentadas com o objetivo de conferir efeito suspensivo aos recursos de sua alçada quando já admitida sua intervenção, o que se dá com a manifestação positiva do juízo de admissibilidade de origem.*

*4. “Embargos Declaratórios e/ou Agravo Interno” de Heitor Heluy Filho não conhecidos. Agravo regimental de Elizabeth Heluy Sancho Rios desprovido. (STJ. Edcl na MC nº 16.286/MA. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 15.06.2010).”*

Ressalto, ainda, que tanto nesta instância quanto em primeiro grau, o Ministério Público Estadual concordou com o pedido dos requerentes (f.l.341); tanto que no Juízo *a quo* o mesmo pedido já foi acolhido por decisão proferida no dia 18.08.2016.

Dessa forma, defiro o pedido e admito o ingresso no feito de Alini Suzane de Oliveira e outros na qualidade de Assistentes Simples.

Da preliminar de ilegitimidade ativa:

O agravado IDAGEM – Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento da Gestão Municipal Ltda. - ME e os assistentes simples arguíram, em suas contrarrazões, ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual para mover a ação de origem, tendo em vista que o concurso *sub judice* já tinha sido homologado, razão pela qual só seriam legitimados a ajuizar ação questionando a validade do certame os candidatos que porventura se sintam prejudicados. O agravado ressaltou, ainda, que pelo fato de o concurso só ser impugnável pelos candidatos participantes, a questão não versaria sobre interesse individual indisponível, o que corroboraria a alegada ilegitimidade.

Referida preliminar, no entanto, não merece guarida.

Isso porque a legitimidade do Ministério Público Estadual para ajuizar a ação civil pública de origem é evidente. Primeiro, porque consta no rol dos legitimados a ingressar com referida ação, nos moldes do que enuncia o artigo 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85 (LACP).

Segundo, porque os questionamentos levados a efeito na ação originária, sobre a lisura e legalidade dos editais e procedimentos que regem o Concurso Público de Provas para o provimento de Cargos no âmbito da Câmara Municipal de Dourados, relacionam-se a direitos difusos e coletivos que tocam o patrimônio público e social, inserindo-se a hipótese, portanto, nas matérias aptas a serem conhecidas no âmbito da ação civil pública, conforme estabelecem os incisos IV e VIII, do artigo 1º, da LACP.

E, em assim sendo, e por ser função institucional do Ministério Público “*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*” e “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”, nos termos do que dispõem os incisos II e III, do artigo 129, da Constituição da República, é estreme de

dúvida a legitimidade do *parquet* para promover a ação civil pública objetivando a defesa dos interesses supracitados. Em igual sentido:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. 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 “o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa dos princípios que devem reger o acesso aos cargos públicos por meio de concurso, configurado o interesse social relevante” (STJ, REsp 547.704/RN, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, CORTE ESPECIAL, DJU de 17/04/2006). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.480.250/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/09/2015; AgRg no Ag 1.403.967/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/09/2013; REsp 1.362.269/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 1º/08/2013.*

*II. Nesse contexto, encontrando-se o acórdão recorrido em sintonia com o 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 REsp nº 1.409.346/RN. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Julgamento: 15.10.2015).”*

*“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO.*

*1. A jurisprudência desta Corte vem se sedimentando em favor da legitimidade ministerial para promover ação civil pública com vistas à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado ou diante da massificação do conflito em si considerado.*

*2. Quanto aos requisitos específicos para acesso ao concurso público para preenchimento de vagas de professor, o entendimento do STJ é no sentido de o Poder Público Municipal não poder exigir graduação superior ao que prevê a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96).*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp nº 1.301.154/RJ. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgamento: 05.11.2015).”*

Em sendo patente a referida legitimidade, não há se falar, também, na referida ilegitimidade só por conta de o concurso ter sido homologado ou não, tendo em vista que eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade, que poderá vir a ser aferida no curso da ACP originária, jamais se convalida, podendo ser declarada a qualquer tempo, já que presente o interesse público na apuração de eventual(is) irregularidade(s) no certame. E havendo referida possibilidade, a legitimidade do Ministério Público se prolonga enquanto subsistir referido interesse.

Aliás, a tese de não haver perda do objeto da ação, do que poderia decorrer a alegada ilegitimidade, é corroborada pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

*“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE UM DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INTERESSE PROCESSUAL. ENCERRAMENTO DO CERTAME. PERDA DO OBJETO NÃO CONFIGURADO. INTERESSE DE AGIR. PRECEDENTES DO STJ.*

*1. O agravo regimental não atacou todos os fundamentos da decisão agravada, o que atrai a aplicação do óbice previsto na Súmula 182/STJ.*

*2. Este Superior Tribunal consagra orientação segundo a qual a homologação final do concurso não induz à perda do objeto da ação proposta com a finalidade de questionar uma das etapas do certame.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp nº 1.268.218/AL. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Sérgio Kukina. Julgamento: 23.09.2014).”*

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa arguida.

Da preliminar de carência de ação:

Os assistentes arguiram, ainda, a questão preliminar de carência de ação, ao argumento de que o Ministério Público não poderia ter ajuizado a ação civil pública de origem sem acioná-los juntamente com os ora agravados, pois, na qualidade de aprovados no certame seriam legítimos interessados no desfecho da ação, sendo caso nítido de litisconsórcio passivo necessário e unitário.

Mais uma vez, a questão preliminar não merece prosperar.

A questão não merece guarida por uma simples razão: as condutas apontadas pelo Ministério Público Estadual, de ausência de regularidade e obediência às normas que regem o certame não foram perpetradas pelos ora assistentes. E, em não sendo perpetradas por eles, não podem responder aos termos da ação proposta na origem, pois lhe falece legitimidade para tanto.

Aliás, bem por isso é que estes só podem figurar no processo como terceiros interessados (na qualidade de assistentes simples, conforme deferido anteriormente), e não como parte, já que não podem suportar os efeitos e ou obrigações decorrentes de eventual provimento jurisdicional de procedência da ACP.

Nem se diga que o hipotético prejuízo pela eventual procedência da ação civil pública autorizaria aos terceiros interessados funcionar como parte no processo. Primeiro, porque mero interesse no desfecho da ação não se traduz, em absoluto, em legitimidade para atuar como parte, conforme já explicitado nos parágrafos anteriores, em que constam as razões pelas quais os terceiros foram admitidos no processo, mas apenas na qualidade de assistentes simples. E, segundo, porque a aprovação em concurso público gera apenas a expectativa de direito, e não o direito em si, haja vista que sequer houve nomeação, posse ou outro ato que incorpore o exercício do cargo público à esfera de direito dos referidos aprovados. Até porque, entre a aprovação e eventual nomeação e posse podem haver diversos entraves que impossibilitem o exercício da função, como ausência de requisitos para a posse, extinção do cargo, irregularidade no certame (o que se apura se ocorreu na hipótese), dentre outros. No mesmo sentido é o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, em recurso manejado por Estado da Federação:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO CEARÁ DESPROVIDO.*

1. *Nas suas razões recursais, o recorrente limitou-se a defender a contrariedade ao art. 543-C do CPC, sem apresentar qualquer fundamentação legal que sustente a defendida violação.*

2. *A deficiência na fundamentação do recurso atrai a aplicação, por analogia, da vedação prescrita pela Súmula 284 do STF.*

3. *É firme o entendimento desta Corte de que é dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito à nomeação.*

4. *Agravo Regimental do Estado do Ceará desprovido. (STJ. AgRg no AREsp nº 502.671/DF. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. J.: 05.08.2014).”*

Dessa forma, rejeito a preliminar de carência de ação arguida.

Do mérito:

Analisando os autos, concluo que o recurso, no mérito, deve ser provido, nos termos da Decisão Monocrática que atribuiu o efeito suspensivo ao agravo (f.576/581), uma vez que as alegações dos agravados e assistentes não foram capazes de infirmar as pretensões deduzidas pelo Ministério Público Estadual em sua peça recursal.

Tenho que o presente caso subsume-se à hipótese de concessão de liminar em ação civil pública, eis que preenchidos os requisitos legais para tanto, a saber: o *fumus bonus juris* e o *periculum in mora*.

Isso porque, em primeiro lugar, em se tratando de concurso público para provimento de diversos cargos da estrutura da Câmara de Vereadores do Município de Dourados-MS, há evidência de que o IDAGEM - Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento da Gestão Municipal não é o único, em âmbito estadual e muito menos em âmbito nacional, com estrutura e capacidade técnica e operacional para organizar e realizar provas de concurso público do porte do certame *sub judice*.

Conforme se infere da análise dos documentos, a agravada Câmara Municipal de Dourados utilizou-se, como justificativa para dispensar a licitação com vistas à escolha de entidades para realização do concurso em questão, os artigos 13, I, 24, II e 25, II, todos da Lei nº 8.666/1993 (lei de licitações – f.212). O referido artigo 13 da lei enumera os serviços considerados técnicos profissionais especializados, sendo que a realização de concurso público se enquadraria em seu inciso I (estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos). Já o artigo 24, II, da referida lei, dispõe que é dispensável a licitação “*para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez*”, sendo que o limite para a aludida dispensa de serviços e compras, referida em porcentagem, é de R\$8.000,00, em termos monetários. Por sua vez, o artigo 25, inciso II, da mesma lei, dispõe que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial “*para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização*”.

Em análise do contido nos autos, não há evidência, ténue que seja, de que a competição, na hipótese, era inviável, nem de que o IDAGEM é instituição de natureza singular, dada a obviedade de não ser a única que pode prestar o serviço contratado, de organização e realização de provas em concurso público.

Consigno, ainda, que o permissivo contido no artigo 24, XIII, que dita que é dispensável a licitação na contratação de instituição brasileira incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional,

desde que a instituição detenha inquestionável reputação ético-profissional, não pode ser aplicado indiscriminadamente, ainda mais se for dissociado do preceito contido no inciso II, do mesmo artigo de lei, que, conforme dito, estabelece a dispensa de licitação quando o valor do contrato for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Analisando-se o caso em epígrafe, não é possível aferir-se sequer o valor exato do ajuste, vez que consta no contrato entre a Câmara Municipal e o IDAGEM que o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), contido na avença, é apenas estimativo, já que o contratado será remunerado pelos valores arrecadados com as taxas das inscrições do certame, que variam de R\$ 50,00 a R\$ 120,00 (cláusula décima e item 10.1 do contrato, a f. 261). Saliento, ainda, que a f. 249 consta publicação em Diário Oficial de Extrato de ratificação do contrato em questão, no valor de R\$ 7.000,00; já a f. 248, consta que tal extrato teria o valor de R\$ 7.500,00. Ou seja, pelas provas juntadas aos autos, não há sequer como saber, com alguma certeza, o valor do contrato, até porque, pela última notícia, ele seria estimativo, vez que o pagamento pelos serviços seria oriundo da receita haurida com as inscrições do certame. E, em assim sendo, não haveria razões, ao menos em tese, para se proceder à dispensa de licitação observada nos autos. No mesmo sentido, inclusive, é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

*“EMENTA ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INFERIOR A R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECEBIMENTO PELA EMPRESA CONTRATADA DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO DO CONCURSO, EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMISSIVO DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.*

*1. Discute-se nos autos a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de organizadoras de concursos públicos, quando o valor do contrato administrativo for inferior ao limite estabelecido no art. 24, II, da Lei n. 8.666/93, qual seja, R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e ocorre o pagamento de taxas de inscrição pelos candidatos à instituição organizadora, totalizando um valor global superior ao limite supracitado.*

*2. A Constituição da República estabelece como regra a obrigatoriedade da licitação, que é dispensável nas excepcionais hipóteses previstas em lei, não cabendo ao intérprete criar novos casos de dispensa. Isso porque a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (art. 3º da Lei n. 8.666/93).*

*3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Documento: 26947773 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 19/02/2013 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pág. 66.)*

*4. Portanto, ainda que os valores recolhidos como taxa de inscrição não sejam públicos, a adequada destinação desses valores é de interesse público primário. Mesmo que a contratação direta de banca realizadora de concurso sem licitação não afete o interesse público secundário (direitos patrimoniais da administração pública), é contrária ao interesse público primário, pois a destinação de elevado montante de recursos a empresa privada*

*ocorrerá sem o processo competitivo, violando, dessa maneira, o princípio da isonomia, positivado na Constituição Federal e no art. 3º da Lei n. 8.666/93. (STJ. REsp nº 1.356.260/SC. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Julgamento: 07.02.2013).”*

Dessa forma, só por essa alegação já se vislumbra o *fumus bonus juris* da alegação do agravante, tendo em vista que se constatada, ao final da ação civil pública, a irregularidade na dispensa e ou inexigibilidade de procedimento licitatório, é indubitável que tal conduta da Administração Pública maculará não só tal procedimento mas também todo o concurso público, desde sua gênese, haja vista que a contratação da banca examinadora precede até mesmo a confecção e publicação do edital do concurso, que é a lei que rege o certame.

Contudo, há diversos outros elementos que apontam para a necessidade de suspensão do concurso público *sub judice*, consoante aponta o Ministério Público em suas razões recursais, conforme se verá a seguir.

Outro ponto que deve ser ponderado é o fato de ter havido a repetição de ao menos 03 (três) questões (de nº 18, 19 e 20), em provas distintas, realizadas em turnos também distintos (nos períodos matutino e vespertino).

Analisando-se as provas carreadas aos autos é possível concluir-se que as questões que versam sobre legislação municipal, encontradas tanto na prova para o cargo de assistente administrativo (questões 18 a 20 – f.532), realizadas no período da manhã, quanto na prova para advogado (questões 18 a 20 – f.538), realizada à tarde, são exatamente iguais, não havendo sequer a troca de alternativas entre ambas.

Tal fato é corroborado pela manifestação do IDAGEM a f.94/96, em que tal instituição tenta “justificar” a repetição de 05 (cinco) questões, alegando que tal circunstância não traria prejuízo ao certame, vez que o sistema de inscrições vedaria a duplicidade de inscrições (para dois cargos distintos), pelo que um candidato que fez a prova no período da manhã não teria acesso à prova realizada à tarde.

Saliento que a alegação da agravada IDAGEM, trazida em suas contrarrazões de f.621/631, de que a repetição de questões não traria prejuízo ao processo, haja vista que “*mesmo que um candidato, tenha, ali no horário do almoço, acesso a uma prova aplicada pela manhã, que acabara de se encerrar e onde estavam encartadas as mesmas questões, ele teria de ter uma bola de cristal para deduzir que estariam também nas provas da tarde, pois o raciocínio lógico é de que não estariam, e ainda ter tempo de pesquisar as respostas, pois não havia sido publicado o gabarito*” (sic – grifei), além de desarrazoada e descabida, além de inoportuna, não possui o condão de justificar, com um mínimo de lógica que seja, a mencionada repetição de questionamentos na prova.

Portanto, há evidência suficiente de violação de sigilo da prova perpetrada pelo IDAGEM, em flagrante afronta não só à moralidade administrativa, mas também ao disposto na cláusula 7.5 do contrato de prestação de serviços entabulado com a Câmara de Vereadores, que dispõe que uma das obrigações da contratada é “*responsabilizar-se pela elaboração das provas, e sigilo absoluto das mesmas*” (f.260). Aliás, tal fato põe em cheque a justificativa da própria agravada Câmara de Vereadores de Dourados, de que teria dispensado a licitação com fundamento no artigo 13 da Lei nº 8.666/1993, já que tal conduta não demonstra a natureza singular da entidade, muito menos que seus profissionais seriam de notória especialização. Pelo contrário: demonstra evidente ausência de cautela e até despreparo para lidar com a coisa pública, tendo em vista que, no concurso público, a lisura das avaliações deve ser respeitada, para que sejam preservados os princípios da moralidade e da eficiência, insculpidos no artigo 37, da Constituição da República.

Anoto, por oportuno, que as alegações dos agravados e dos assistentes, de que por conta de só ter havido repetição de questões nas provas de assistente administrativo e advogado (ou, eventualmente, em outras provas), tal fato só atingiria os candidatos postulantes àqueles cargos, são desprovidas de fundamento. Isso porque a quebra de cláusula de sigilo é mácula que pode atingir todo o certame; ademais, conforme

já esclarecido, há também indícios suficientes de irregularidade no procedimento licitatório, que atinge, se comprovada, toda a realização do concurso, para todos os cargos.

Também vislumbro o *fumus boni juris* na alegação referente à ausência de prova prática para exercício do cargo de advogado, vez que referida prova é imprescindível para aferição de um mínimo de capacidade técnica dos candidatos a referido cargo, no desempenho de atividade jurídica. Aliás, a ausência de aferição de capacidade técnica para desempenho de cargo público efetivo pode ser indicativo de violação do já citado princípio constitucional da eficiência.

A afirmação da agravada IDAGEM, de que não haveria qualquer ilegalidade na ausência de formulação de prova prática para o cargo de Advogado, visto que, diferentemente dos demais concursos para carreiras jurídicas, a seleção de advogado para o exercício da advocacia em sua essência já contempla a parte prática no momento da edição do edital com a exigência da inscrição na OAB, que, para inscrição em seus quadros, exige aprovação no Exame de Ordem, em que se realiza a prova prática, tal como as demais, também não tem o condão de infirmar as alegações do Agravante, pelas mesmas razões expostas no parágrafo anterior.

Por todos os motivos acima elencados, tenho que resta preenchido o requisito do *fumus boni juris*, bem como o do *periculum in mora*, vez que a nomeação e posse dos candidatos aprovados em concurso com indícios de irregularidades desde sua gênese pode trazer prejuízos incomensuráveis ao erário, tendo em vista que a contratação de instituição com violação a parâmetros da Lei nº 8.666/1993, a princípios constitucionais e a cláusulas dispostas no próprio contrato administrativo são contrárias ao interesse público.

Como as razões acima expostas já são suficientes à concessão da medida requerida e conseqüente provimento do recurso, deixo de analisar a questão relativa à exiguidade do prazo para resolução dos recursos referentes à prova prática para o cargo de agente de segurança, o que poderá ser analisado por ocasião da instrução processual de origem, com o exercício do contraditório e ampla defesa.

Ante o exposto, conheço do presente agravo, afasto as preliminares de ilegitimidade ativa e de carência de ação e, no mérito, dou provimento ao recurso, para o fim de conceder a liminar pleiteada na ação civil pública originária e determinar a suspensão do Concurso Público de Provas para o provimento de Cargos no âmbito da Câmara Municipal de Dourados, regido pelo Edital nº 1/2015 (f.97/109), até o julgamento final da referida ação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

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, 06 de setembro de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0001912-75.2007.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – APLICABILIDADE DO CPC/73 – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR – INOVAÇÃO RECURSAL – ACOLHIDA – MÉRITO – NEGLIGÊNCIA – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DA NÃO REALIZAÇÃO DE LAQUEADURA TUBÁRIA – GESTAÇÃO GEMELAR – FALECIMENTO DE UMA DAS CRIANÇAS – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO MORTE – APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Tendo em vista que a sentença recorrida foi proferida na vigência do CPC/1973, este é o regramento a ser observado na análise do recurso.

O pedido formulado apenas em sede recursal consiste em inovação da lide e, por isso, não pode ser conhecido.

Acerca do nexo de causalidade, o entendimento doutrinário majoritário é de que o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, que prestigia a causa predominante que gerou o dano. Na hipótese, considerando-se que a ausência de informação sobre a realização de laqueadura tubária não gerou, necessariamente, a morte de uma das crianças, afasta-se o nexo de causalidade e, portanto, o dever de indenizar.

## 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, acolher a preliminar, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de julho de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Gilberto Carlos Zborowski interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida em 06 de outubro de 2015 por Marilsa Aparecida da Silva Baptista Juíza da 3ª Vara Cível da comarca de Dourados-MS, que na ação de indenização por danos morais e materiais proposta em desfavor de Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King., julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pela requerente Luciana Alves de Carvalho, condenando os requeridos ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais e julgou improcedentes os pedidos formulados pelo apelante.

Em razões recursais (f. 691-696), informa que *“em decorrência da ausência de informação, da não realização de uma laqueadura em sua companheira à época, o Apelante não cercou-se dos devidos cuidados contraceptivos vindo, portanto fecundar sua companheira que, em gestação gemelar, veio a perder um dos bebês horas depois do parto”*.

Aduz que a magistrada reconheceu o fato do serviço prestado pelos apelados, julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados por Luciana Alves de Carvalho sem reconhecer o abalo suportado pelo apelante em razão da perda de um filho.

Ressalta que *“se a requerente Luciana Alves de Carvalho obteve o reconhecimento da procedência de seu pedido de indenização pelos danos morais suportados em decorrência da falha na prestação do serviço, por força do art. 17 do CDC o Apelante tem direito ao reconhecimento de ser compensado também”*.

Alega que a não realização da laqueadura culminou com a gestação não programada e o óbito de um dos filhos, estando configurado o dano moral sofrido.

Requer:

*“(…) digne-se o insigne Desembargador Relator de dar provimento de plano ao Apelo, em razão da evidente contrariedade ao Direito aplicável, reformando parcialmente a r. sentença, para condenar as Apeladas no pagamento de danos morais, fixando-lhes o montante, além de impor-lhe o ônus da sucumbência exclusivamente; ou, caso entenda de encaminhar para apreciação de seus pares, que a Câmara Cível lhe dê o provimento ora pleiteado.”*

Os apelados apresentaram contrarrazões de apelação (f. 705-719 e 720-725), arguindo preliminar de pretensão recursal *extra petita* e, no mérito, pugnando pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Gilberto Carlos Zborowski, objetivando a reforma da sentença proferida em 06.10.2015 pelo Juíza da 3ª Vara Cível de Dourados que, na ação de indenização por danos morais e materiais proposta em desfavor de Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King., julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pela requerente Luciana Alves de Carvalho, condenando os requeridos ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais e julgou improcedentes os pedidos formulados pelo apelante. Confira-se o dispositivo da sentença de f. 625-655:

*“Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, com fulcro no art. 14, § 4º do CDC, art. 5º, inciso XIV e art. 226, § 7º, da CF e art. 932, inciso III do CCB, julgo parcialmente procedentes os pedidos efetuados por Luciana Alves de Carvalho em face de Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King e Daniela Daniela Oshiyama Nakamura, para condenar as rés, solidariamente, no pagamento de danos morais em favor da autora, que arbitro em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que deverão ser pagos acrescidos de juros de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação inicial, nos termos do art. 405 do CCB, e correção monetária pelo INPC a partir de seu arbitramento (sentença), conforme Súmula 362 do STJ.*

*Julgo improcedentes os pedidos efetuados por Gilberto Carlos Zborowski em face das mesmas Rés citadas acima, nos termos da fundamentação supra.*

*Indefere-se os pedidos de pp. 447/448 e 449/451, para desentranhamento de documentos, consoante esclarecido retro.*

*Sucumbente a parte Autora na maior parte dos pedidos, condeno-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos patronos das Rés, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com fulcro nos artigos 20, § 3º e 21, parágrafo único do CPC, ficando sobrestado o pagamento por ser beneficiária da Justiça Gratuita.*

*Em consequência, declaro resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 269, inciso I do CPC.*

*Com o trânsito em julgado da presente sentença ou eventual acórdão a ser proferido pelo juízo ad quem, em caso de recurso, intime-se a parte Ré por meio de seu patronos, para cumprimento voluntário da condenação, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 10% (dez por cento), na forma do artigo 475-J do CPC.*

*Efetuada o pagamento voluntário da condenação, à parte contrária para manifestação no prazo de 05 (cinco) dias, expedindo-se em seguida, guia de transferência em seu favor.*

*Às providencias necessárias, inclusive quanto à indicação de conta, caso não conste nos autos.*

*Decorrido o prazo sem o devido pagamento, certifique e intime-se a Autora para que requeira o que de direito no prazo de 10 (dez) dias.*

*Requerido o cumprimento da sentença e apresentado o cálculo devido, proceda-se à evolução de classe do presente feito para cumprimento de sentença (Provimento n. 89 da Corregedoria Geral de Justiça) e dê-se início aos atos executórios, com a expedição do mandado de penhora e avaliação, cumprindo o artigo 475-J em todos os seus termos, acrescentando-se mais 10% (dez por cento) de honorários advocatícios pelo procedimento executório.*

*Escoado o prazo acima sem que nada seja requerido, arquivem-se os autos, mediante as baixas e anotações necessárias.*

*Proceda-se às alterações necessárias no SAJ quanto ao nome da primeira Autora, conforme requerido à p. 615 (Luciana Alves de Carvalho), e quanto ao nome da primeira Ré (Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King, pp. 115/131), bem como quanto ao valor da causa (p. 79).*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.*

*Dourados, 06 de outubro de 2015.”*

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<sup>1</sup>:

*“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.

<sup>1</sup> 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.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho<sup>2</sup>:

*“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, o acórdão foi proferido em 06.10.2015 (f. 655), de modo que se aplicam ao recurso as disposições do CPC/1973.

Inicialmente faz-se necessário um breve relato dos fatos.

Luciana Alves de Carvalho Leite e Gilberto Carlos Zborowski, ora apelante, ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais em face do Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King e Daniela Oshiyama Nakamura, ao argumento de que em 26 de janeiro de 2003 a requerente Luciana foi submetida a parto cesárea com laqueadura tubária realizado pela médica requerida Daniela.

Ressaltaram que a requerente foi informada pela equipe médica que não poderia mais engravidar em razão da realização da laqueadura.

Informaram que a requerente contraiu gestação de gêmeos, tendo seus filhos nascido em 13 de dezembro de 2006, contudo um dos bebês veio a óbito.

Pleitearam:

*“VIII. condenação aos danos materiais, a título de lucro cessante, referente a dois terços do salário mínimo durante o período de dezoito a vinte e cinco anos de idade da criança que foi a óbito e de um terço da mesma referência durante o período de vinte e cinco a setenta anos, no valor total de R\$ 82.569,40 (oitenta e dois mil, quinhentos e noventa e seis mil reais e quarenta centavos) como demonstrado laudas atrás;*

*IX. condenação ao pagamento de pensão vitalícia à criança sobrevivente com referência em 70 anos de idade e dois salários mínimos ou caso entenda, Vossa Excelência, improcedentes a pensão vitalícia, que a institua até os vinte e cinco anos, idade média que a pessoa se forma na universidade ou, ainda, no valor de um salário mínimo até a maioridade, no total de R\$ 75.600,00 (setenta e cinco mil e seiscentos reais);*

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.

X. condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referente lesão ao direito da REQUERENTE de deixar de ser mãe, ou no valor que Vossa Excelência arbitrar;

XI. condenação ao pagamento de indenização por danos morais aos requerentes pela morte de um filho, Gilberto Carvalho Zborowski, no valor de 600 salários mínimos, hoje o total de R\$ 210.000,00 (duzentos e dez mil reais), ou no valor que Vossa Excelência arbitrar, caso entenda insuficiente o quantum aqui indicado;

XII. condenação ao pagamento dos valores gastos no total de R\$ 1.359,20 (um mil trezentos e cinquenta e nove reais e vinte centavos), em sede de tutela antecipada;

XIII. condenação à prestação de alimentos provisionais em sede de tutela antecipada ou, pelo princípio da fungibilidade, por cautelar, caso Vossa Excelência entenda dessa forma;

XIV. a condenação ao pagamento em parcela única no valor total da indenização;”

Em contestação (f. 88-112), a requerida Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico Dr. e Sra.<sup>a</sup> Goldsby King pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais.

A requerida Daniela Oshiyama Nakamura apresentou contestação à f. 206-262, também pleiteando o improvimento dos pedidos.

A sentença recorrida foi proferida à f. 625-655.

Por ordem de prejudicialidade, passo à análise da preliminar arguida em contrarrazões.

Da preliminar de pretensão recursal *extra petita*:

Pois bem, os apelados suscitam preliminar de pretensão recursal *extra petita*, ao argumento de que não houve pedido do apelante de condenação dos apelados ao pagamento de indenização a título de danos morais pela lesão ao direito de deixar de ser pai, mas tão somente pela morte de um filho.

Ao nominar a preliminar de pretensão recursal *extra petita* o apelado está se referindo, em verdade, à preliminar de inovação recursal.

Com efeito, da análise da sentença, verifica-se que a magistrada de primeiro grau acolheu o pedido de condenação ao pagamento de danos morais, em razão da ausência de informações acerca da não realização da laqueadura tubária, requerimento efetuado apenas pela requerente Luciana Alves de Carvalho (item X<sup>3</sup> dos pedidos iniciais – f. 30).

Ao interpor o presente recurso de apelação, o apelante afirmou que “*se a requerente Luciana Alves de Carvalho obteve o reconhecimento da procedência de seu pedido de indenização pelos danos morais suportados em decorrência da falha na prestação do serviço, por força do art. 17 do CDC o Apelante tem direito ao reconhecimento de ser compensado também*”.

Como se sabe, no ordenamento jurídico vigente é vedado pugnar a análise de pretensão nova, em sede de recurso, uma vez que culmina em supressão de instância e, por conseguinte, ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

3 X. condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referente lesão ao direito da REQUERENTE de deixar de ser mãe, ou no valor que Vossa Excelência arbitrar;

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>4</sup>:

*“O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal ad quem o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante nas suas razões de recurso. (...). A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como conseqüências: a) a limitação do conhecimento do tribunal que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (tantum devolutum quantum appellatum); b) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido)”.*

A vedação à supressão de instância deriva diretamente do princípio do duplo grau de jurisdição. Com isso, não é permitido à parte demandar diretamente perante o Tribunal providência que deveria postular em grau inferior de jurisdição, existindo verdadeiro óbice de o Tribunal apreciar, originariamente, providência não requerida em primeiro grau, sob pena de admitir-se um verdadeiro alargamento do objeto ou do pedido do processo.

Na hipótese, considerando-se a ausência de requerimento do requerente Gilberto Carlos Zborowski de condenação dos apelados ao pagamento de indenização à título de danos morais, em razão da ausência de informações acerca da não realização da laqueadura tubária, restou configurada a inovação recursal nesse ponto.

Este é o entendimento nesta 4ª Câmara Cível, consoante se observa da ementa dos julgados de minha relatoria e do Des. Dorival Renato Pavan.

Confira-se:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA REJEITADA – DESCABIMENTO. ENFRENTAMENTO DAS ALEGAÇÕES DEDUZIDAS EM IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PROVIDO.*

*Tratando-se de obrigação de fazer, cabível é a impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 461 do CPC, e não os embargos à execução, porquanto restrito às execuções por quantia certa, conforme art. 730 do CPC.*

*A análise de matéria que não é objeto da decisão agravada enseja supressão de instância e violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que a matéria seja de ordem pública. (TJMS - 1412960-08.2014.8.12.0000 Agravo de Instrumento / Efeito Suspensivo / Impugnação / Embargos à Execução - Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Bataguassu; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/07/2015; Data de registro: 07/08/2015)”*

*“(...) PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO IMASUL – QUESTÃO NÃO ANALISADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*

*É defeso ao órgão ad quem o conhecimento de matérias quando o órgão jurisdicional de primeira instância, ainda atuante na causa, não se pronunciou sobre o tema, ainda que se trate de questão de ordem pública, sob pena de supressão de instância. (...) (TJMS - 1415018-81.2014.8.12.0000 Agravo de Instrumento / Antecipação de Tutela / Tutela Específica - Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/03/2015; Data de registro: 11/03/2015)”*

4 NERY, Nelson Júnior e Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, P. 741.

Aliás, nesse sentido, ao receber o recurso de apelação a magistrada de primeiro grau informou que (f. 699):

*“Ressalta-se entretanto, que não houve pedido de danos morais em favor do Autor, pela lesão ao direito de deixar de ser pai, o que foi pleiteado somente em favor da Autora, conforme consta à p. 30, X da petição inicial e p. 634 da sentença, tendo se limitado este juízo aos pedidos efetuados com a inicial.”*

Em razão disso, não conheço do recurso nesse ponto.

Do mérito recursal:

Em razões recursais também alega que em razão da morte de seu filho, *“embora o apelante não tenha gestado em seu corpo, seu sofrimento não é menor de que o de uma mãe, tanto que restou comprovado nos autos que após o ocorrido o Apelante passou a sofrer de problemas psicológicos”*.

Pois bem, segundo disposição constante dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil:

*“Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo 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”*.

A responsabilidade civil, como sabido, é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas (art. 927 CC).

Além disso, para haver o dever de indenizar deverão estar presentes, ainda, os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta dolosa ou culposa; dano indenizável e nexo de causalidade, ou seja, o liame que liga a conduta do agente ao dano.

Na hipótese, a controvérsia dos autos cinge-se em estabelecer se a falta de informação acerca da não realização da laqueadura tubária possui nexo de causalidade com a morte de um dos filhos do apelante.

Acerca do nexo de causalidade, o entendimento doutrinário majoritário é de que o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, que prestigia a causa predominante que gerou o dano, uma vez que nem todos os antecedentes podem ser levados em consideração.

Nesse sentido, Flávio Tartuce<sup>5</sup> leciona:

*“b) Teoria da causalidade adequada – teoria desenvolvida por Von Kries, pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. Por esta teoria, somente o fato relevante ao evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem, mormente nas hipóteses de concorrência de causas. Essa teoria consta dos arts. 944 e 945 do atual Código Civil, sendo a prevalecente na opinião deste autor. Nesse sentido, o Enunciado n. 47 CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, preleciona que o art. 945 não excluiu a teoria da causalidade adequada.*

*c) Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal – havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo,*

<sup>5</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Método. 2013. P. 454-455.

*somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. Essa teoria foi adotada pelo art. 403 do CC, sendo a prevalecente segundo parcela considerável da doutrina, caso de Gustavo Tepedino e Gisela Sampaio da Cruz, nas obras citadas. (...)*

*A verdade é que as duas teorias integram expressamente do Código Civil de 2002, que criou o impasse. A teoria do dano direto e imediato já constava do art. 1.060 do CC/1916, reproduzido pelo art. 403 do CC/2002. A teoria da causalidade adequada foi introduzida pelos arts. 944 e 945 do CC/2002, que tratam da fixação da indenização por equidade. Os dois últimos dispositivos são os que devem prevalecer, na opinião deste autor, pois de acordo com o espírito e a principiologia da atual codificação privada”*

Acerca do nexo de causalidade, os ministros do Superior Tribunal de Justiça:

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO, AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. NEXO CAUSAL AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, COM BASE NO ACERVO FÁTICO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*

*I. Agravo interno interposto em 20/04/2016, contra decisão monocrática publicada em 14/04/2016.*

*II. Consoante a jurisprudência desta Corte, “na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403)” (STJ, REsp 1.307.032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 01/08/2013). No mesmo sentido: STJ, REsp 669.258/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/03/2009.*

*III. No caso, a modificação das conclusões a que chegou a Instância a quo - firmada à luz da teoria da causalidade adequada, quanto à ausência de responsabilidade civil do Município -, de modo a acolher a tese da parte ora recorrente, em sentido contrário, demandaria, inarredavelmente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável, em sede de Recurso Especial, em face da Súmula 7 desta Corte.*

*IV. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 754.859/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 13/06/2016). Destaquei.”*

*“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO.*

*RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. Não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o evento danoso ocorreu em data anterior à sua vigência.*

*Ficam, assim, afastadas a responsabilidade objetiva (CDC, art. 14) e a prescrição quinquenal (CDC, art. 27), devendo ser a controvérsia dirimida à luz do Código Civil de 1916.*

*2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.*

*3. Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).*

*4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte.*

*5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias.*

*6. A culpa concorrente é fator determinante para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão.*

*7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1307032/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013). Destaquei.”*

No caso dos autos, o apelante alega que a ausência de informação culminou com a gestação não programada de gêmeos e a morte de uma das crianças.

Contudo, diante do reconhecimento da negligência da apelada Daniela, cabe aos requeridos apenas a responsabilidade pelo dano decorrente desta negligência, qual seja, a gravidez indesejada da requerente Luciana, não podendo ser-lhes imputado a má-formação de um dos fetos.

Aliás, ao proferir a sentença a magistrada de primeiro grau consignou (f. 649-650):

*“In casu, não se pode conceber que o fato de a segunda Ré não ter observado o dever de informação tenha causado a má-formação de um dos gêmeos.*

*É certo que a Autora contraiu nova gravidez pelo fato de não ter se utilizado de métodos contraceptivos por acreditar que havia sido realizada a laqueadura tubária, porém, não se pode dizer que, se a Autora soubesse que a esterilização não havia sido realizada e acaso engravidasse por “descuido”, um dos fetos não teria má-formação.*

*A anomalia de um dos fetos não pode ser atribuída à negligência da segunda Ré, que deve responder tão somente pela falha no dever de informação que culminou com a gravidez indesejada da paciente.*

*Houve, neste caso, rompimento do nexo de causalidade, não havendo que se falar em indenização por danos materiais ou morais em decorrência do falecimento de uma das crianças.”*

Dessa forma, aplicando-se da teoria da causalidade adequada e considerando-se que houve o rompimento do nexo causal entre a negligência da requerida Daniela e a morte da criança, a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de condenação dos apelados ao pagamento de indenização a título de danos morais é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso de apelação interposto por Gilberto Carlos Zborowski e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 13 de julho de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0806215-95.2014.8.12.0021 - Três Lagoas**  
**Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA–PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – AFASTADA–ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FUNÇÃO ENTRE OS CARGOS DE AGENTE DE AÇÕES SOCIOEDUCACIONAIS E DE INSPETOR DE AÇÕES SOCIOEDUCACIONAIS – COMPROVAÇÃO – PORTARIAS DE DESIGNAÇÃO DO AUTOR PARA EXERCER AS ATRIBUIÇÕES DE INSPETOR EM FÉRIAS E PARA RESPONDER COMO CHEFE DE PLANTÃO – DIREITO AO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em tendo a sentença sido proferida em conformidade com os pedidos postos na inicial, não há falar em ofensa ao princípio da congruência.

Comprovado o desvio de função mediante prova documental do exercício de atribuições inerentes a cargo diverso daquele ocupado pelo autor, faz jus o servidor ao pagamento das diferenças salariais entre os cargos de agente de ações socioeducacionais e de inspetor de ações socioeducacionais, consoante a Súmula n. 378 do STJ, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

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, até o que Supremo Tribunal Federal encerre o julgamento do RE 870.947/SE.

Reexame Necessário

REEXAME NECESSÁRIO – PRETENSÃO À PROMOÇÃO FUNCIONAL VERTICAL – ALTERAÇÃO DO CARGO DE AGENTE DE AÇÕES SOCIOEDUCACIONAIS PARA INSPETOR DE AÇÕES SOCIOEDUCATIVAS – IMPOSSIBILIDADE SOB PENA DE AFRONTA AO ART. 37, II, DA CF – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – REEXAME NECESSÁRIO REALIZADO.

É assente no STF o entendimento de que viola o art. 37, inciso II, da Constituição Federal o enquadramento de servidor, sem concurso público, em cargo diverso daquele de que é titular.

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, até o que Supremo Tribunal Federal encerre o julgamento do RE 870.947/SE.

## 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 e, em sede de remessa necessária, reformar parcialmente a sentença, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença proferida em 12.04.2016, pela juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que, na ação declaratória cumulada com cobrança e pedido liminar ajuizada por Nilson Elias Ferreira, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento das diferenças salariais e vantagens pecuniárias ao autor, em equiparação ao cargo de inspetor de ações socioeducacionais, nos dias e termos indicados no dispositivo, e para reconhecer a obrigação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento das referidas diferenças salariais, nos períodos posteriores ao ajuizamento da presente demanda (13/10/2014), sempre que o autor tenha atuado, formalmente, como inspetor de ações sócio-educacionais, inclusive na chefia de plantão, o que, no caso de não pagamento voluntário, deverá ser demonstrado, pelo autor, documentalmente, quando do cumprimento de sentença, tudo corrigido e acrescido de juros.

Em razões recursais (f. 278-296), o Estado de Mato Grosso do Sul alega que as atribuições exercidas pelo apelado enquadram-se exatamente nas atribuições previstas na norma jurídica para o cargo de Agente de Ações Socioeducativas para o qual foi aprovado.

Assevera que exercer tarefas em auxílio aos inspetores, como faz o apelado, é diferente de exercer a função dos inspetores para fins de equiparação salarial.

Aduz que as atividades descritas nos incisos IV e V do art. 4º do Decreto n. 11.945 de 14/10/2005 são totalmente afins e relacionadas com as atividades exercidas pelos inspetores, consoante art. 4º do Decreto n. 11.945, de 14/10/2005.

Salienta que essa afinidade ou complementaridade nas atribuições do agente e do inspetor é revelada também no § 1º do art. 3º do referido Decreto, esclarecendo que o fato de serem atividades afins pela sua própria natureza não significa que sejam iguais, ainda mais para fins de equiparação salarial.

Informa que se eventualmente exerceu alguma função em substituição a inspetor que estava de férias, de licença médica ou troca de plantões, o fez de forma esporádica, não lhe cabendo qualquer remuneração.

Assevera que apesar de na prova documental constar diversas vezes o nome do requerente como integrante da equipe plantonista, não há indicação de que fosse o chefe da equipe e tampouco o inspetor.

Destaca que a lei não estabelece como função exclusiva do inspetor ser responsável pela equipe de plantão, mas sim dispõe em seu § 1º do art. 3º do Decreto n. 11.945/05, que os ocupantes dos cargos de agente e inspetor atuarão nos serviços relacionados às atividades de plantão.

Afirma que não há falar em diferença salarial devida ao apelado, pois está exercendo atribuições compatíveis com o seu cargo, além do que, determinar o pagamento das diferenças salariais é promover a equiparação salarial do cargo de agente com o de inspetor, ainda que indiretamente.

Sustenta que mesmo que os servidores públicos exercessem a atividades similares é inconstitucional qualquer tentativa de equiparação, pois de acordo com o sistema remuneratório estabelecido na legislação estadual, o apelado, como agente de ações socioeducativas não faz jus ao percentual de 175%, mas apenas ao adicional de 100%, que já recebeu, conforme se verifica da sua folha de pagamento.

Argumenta que os documentos de f. 27 e 28 fazem prova de que nos períodos a que se referem o apelado atuava na condição e função de agente, e não de inspetor, e que os documentos de f. 46 a 58; 29; 153, 60 a 64; 65 a 78; 79 a 93; 94 a 95; 96 a 104; 105 a 109; 110 a 121; 122 a 129; 130 a 140; 141 a 151, 152 a 163; 164 a 173; 174 a 185; 186 a 199 e 201; 200 a 216 e 217 a 221 apenas apontam que o apelado integrava o plantão juntamente com outros agentes, função que está dentro das atribuições do cargo de agente, de modo que já recebia o adicional devido para esta função, razão de ser reformada a sentença para excluir o pagamento da diferença de remuneração com o cargo de inspetor.

Aponta, subsidiariamente, ofensa aos princípios da congruência, estatuído nos arts. 141, 489 e 492 e parágrafo único, todos do CPC/2015 e do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, visto que o juiz extrapolou o que foi pedido e discutido na lide, atribuindo extensão maior do que pretendia o apelado, quando reconhece a obrigação do apelante ao pagamento das diferenças salariais nos períodos posteriores ao ajuizamento da presente demanda (13/10/2014) sempre que o autor tenha atuado, formalmente, como inspetor de ações sócio-educacionais.

Expõe que deve ser afastada a condenação ao pagamento da diferença remuneratória entre os cargos de agente e inspetor após o ajuizamento da presente demanda para o futuro, sem o devido processo legal com direito ao contraditório e ampla defesa, porquanto é nula.

Alega que os juros de mora e a correção monetária devem ser aplicados na forma do art. 1º-F da Lei Federal n. 9.494/1997.

Requer o provimento do recurso, para que seja julgado improcedente o pedido de reconhecimento de desvio de função e, subsidiariamente, que seja considerado tão-somente o período efetivamente comprovado pelo apelado no exercício esporádico da função de inspetor, afastando-se os períodos após o ajuizamento da ação e futuros.

O autor apresentou contrarrazões à f. 300-305, pugnando pelo desprovimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a reforma da sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que, na ação declaratória cumulada com cobrança proposta por Nilson Elias Ferreira em desfavor do ora apelante, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 260-275:

*“Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente a presente demanda para:*

a) condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento das diferenças salariais e vantagens pecuniárias ao Autor, em equiparação ao cargo de Inspetor de Ações Sócioeducacionais, nos seguintes dias:

- 08 (oito) dias 01, 05, 09, 13, 17, 21, 25 e 29/08/2012, fls. 27;
- 08 (oito) dias 03, 07, 11, 15, 19, 23, 27 e 31/09/2012, fls. 28;
- 08 (oito) dias 03, 07, 11, 15, 19, 23, 27 e 31/10/2012, fls. 46 a 58;
- 07 (sete) dias 04, 08, 12, 16, 20, 24 e 28/11/2012, fls. 29;
- 01 (um) dia 06/01/2013, fls. 153;
- 05 (cinco) dias 08, 12, 16, 19 e 24/03/2013, fls. 60 a 64;
- 08 (oito) dias 01, 05, 09, 13, 17, 21, 25 e 29/04/2013, fls. 65 a 78;
- 08 (oito) dias 03, 07, 11, 15, 19, 23, 27 e 31/05/2013, fls. 79 a 93;
- 01 (um) dia 06/06/2013, fls. 94 a 95;
- 05 (cinco) dias 02, 10, 14, 22 e 30/07/2013, fls. 96 a 104;
- 03 (três) dias 03, 07 e 19/08/2013, fls. 105 a 109;
- 06 (seis) dias 08, 12, 16, 20, 24 e 28/09/2013, fls. 110 a 121;
- 03 (três) dias 04, 06 e 27/10/2013, fls. 122 a 129;
- 07 (sete) dias 03, 07, 11, 15, 19, 23 e 27/11/2013, fls. 130 a 140;
- 07 (sete) dias 01, 05, 13, 17, 21, 25 e 29/12/2013, fls. 141 a 151;
- 06 (seis) dias 06, 10, 14, 22, 26 e 30/01/2014, fls. 152 a 163;
- 06 (seis) dias 11, 16, 19, 23, 27 e 31/03/2014, fls. 164 a 173;
- 07 (sete) dias 04, 08, 12, 16, 20, 24 e 28/04/2014, fls. 174 a 185;
- 07 (sete) dias 01, 06, 10, 18, 22, 26 e 30/05/2014, fls. 186 a 199 e 201;
- 07 (sete) dias 03, 07, 11, 15, 19, 23 e 27/06/2014, fls. 200 a 216;
- 03 (três) dias 09, 13 e 17/07/2014, fls. 217 a 221;

Os valores deverão ser calculados desde a data de vencimento de cada prestação, com incidência de correção monetária e juros moratórios pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25/03/2015 e, a partir de então (26/03/2015), correção monetária pelo IPCA-E e juros moratórios com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425, em 25/03/2015.

b) reconhecer a obrigação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento

*das referidas diferenças salariais, nos períodos posteriores ao ajuizamento da presente demanda (13/10/2014), sempre que o Autor tenha atuado, formalmente, como Inspetor de Ações Sócio-educacionais, inclusive na chefia de plantão, o que, no caso de não pagamento voluntário, deverá ser demonstrado, pelo Autor, documentalmente, quando do cumprimento de sentença. Tudo corrigido e acrescido de juros conforme fixado acima.*

*Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inc. I, do Novo Código de Processo Civil.*

*Considerando a sucumbência recíproca e sendo isenta a Fazenda Pública das custas, condeno a parte autora ao pagamento de metade das custas e despesas processuais. Tal cobrança resta suspensa, pela forma e prazo do art. 98, §§ 2º e 3º do NCPC3, tendo em vista ser o autor beneficiário da justiça gratuita.*

*Condeno, ainda, ambas as partes no pagamento de honorários sucumbenciais que terá a definição do percentual fixada por ocasião da liquidação da sentença, nos termos do art. 85, caput e §§ 2º e 4º, I e II, do NCPC4, sendo que as partes arcarão na proporção de 50% dos honorários devidos ao Patrono da parte adversa, vedada a compensação em caso de sucumbência parcial (artigo 85, § 14, parte final, NCPC).*

*Ex vi do inciso I do art. 496 do NCPC5, determino que, decorrido o prazo de recurso voluntário, sejam os autos encaminhados ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário, observadas as cautelas legais.”*

Trata-se de ação declaratória de desvio de função c/c com cobrança ajuizada por Nilson Elias Ferreira em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirmou que desde 01/12/2005 exerce a função de Agente de Ações Socioeducacionais, com lotação na Unidade Educacional de Internação Aurora Gonçalves Coimbra – UNEI Tia Aurora, em Três Lagoas.

Destacou que “*Desde o início, trabalhou auxiliando os inspetores, exercendo a função de supervisor, cobrindo faltas, férias, afastamentos por problemas de saúde, entre outros impedimentos dos inspetores titulares da equipe plantonista*” e que “*desempenha função de chefia da equipe plantonista “D”, atividade diferenciada e com responsabilidades distintas de seu cargo, sem a devida complementação da remuneração, caracterizando efetivo desvio de função, assumindo definitivamente o plantão D, desde agosto de 2012*”.

Defendeu que estando comprovado o desvio de função, faz jus à promoção funcional vertical e às diferenças salariais decorrentes, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado.

Requer:

*“a) Liminarmente, requer, que seja determinado ao Estado de Mato Grosso do Sul, que de imediato inclua na folha de pagamento do Requerente servidor, a diferença salarial a qual faz jus, por estar o mesmo no exercício de função diversa da qual foi investido, sob pena de multa diária em favor do Requerente;*

*b) A citação do Estado de Mato Grosso do Sul, na pessoa de seu representante legal, no endereço declinado no preâmbulo, para querendo, apresentar resposta no prazo legal, sob pena de confissão e revelia;*

*c) Que, seja reconhecido e declarado o direito do Requerente, em receber do Estado a correta majoração do subsídio, condenando o Réu ao pagamento das diferenças salariais, dos últimos 05 (cinco) anos, inclusive com os inerentes reflexos enquanto persistir o desvio de função;*

*d) Que ao final, seja reconhecido e declarado o direito do Requerente em receber do Estado a diferença entre o valor pago a menor desde agosto de 2012, bem como o reconhecimento da promoção funcional vertical, com a devida alteração do cargo para inspetor de ações socioeducacionais;*

*e) Requer ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, por estarem preenchidos os requisitos da lei 1.060/1950.”*

Citado, o Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação (f. 237-252) defendendo a improcedência do pedido. Aduziu que as atribuições exercidas pelo requerente enquadram-se exatamente nas atribuições previstas na norma jurídica (art. 4º do Decreto n. 11.945/2005), não havendo falar em desvio de função. Alega que o fato de o requerente exercer tarefas em auxílio aos inspetores não significa que exerça a função dos inspetores para fins de equiparação salarial. Refere que as atividades dos agentes são totalmente afins e relacionadas com as atividades exercidas pelos inspetores, como se observa das atribuições descritas nos incisos do art. 4º do Decreto n. 11.945/2005, e também no § 1º do art. 3º, do referido Decreto. Sustentou que o autor não comprovou que efetivamente laborou em atividades estranhas à sua função, mesmo porque não consta das atribuições que ser responsável pela equipe de plantão seja função exclusiva de inspetor, mas sim que ambos atuarão nos serviços relacionados ao plantão. Menciona que não há como ser deferido o pleito de promoção vertical por afrontar o art. 37, II, da CF.

Por fim, sobreveio a sentença de parcial procedência objeto de remessa necessária e de recurso de apelação do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por ordem de prejudicialidade, início pela análise da prefacial.

Da preliminar de sentença *extra petita*

O recorrente alega que a sentença apreciou pedido não deduzido na inicial relativamente ao pagamento de diferenças salariais futuras.

Todavia, dos pedidos constantes do item “c” da inicial, possível verificar que há pedido de pagamento das diferenças salariais “*enquanto persistir o desvio de função*” (f. 13), não havendo falar em sentença *extra petita*.

Nesse sentido, cito precedente desta Corte em caso análogo:

*“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM COBRANÇA. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO COM RELAÇÃO AO PERÍODO ANTERIOR A MAIO DE 2008. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. AFASTADA. RECONHECIMENTO DO DIREITO DO AUTOR ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS ENTRE A FUNÇÃO DE AGENTE E INSPETOR. MANTIDA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AFASTADA. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. IPCA/IBGE. SENTENÇA EM REEXAME RETIFICADA EM PARTE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

*Considerando que o autor ajuizou a ação em 7.5.2013, todas as verbas eventualmente requeridas em período anterior a 7.5.2008 não serão devidas por estarem prescritas.*

*Para que se verifique ofensa ao princípio da congruência, é necessário que a decisão ultrapasse o limite dos pedidos deduzidos no processo, extrapolando-se os pleitos da exordial, o que definitivamente não ocorreu no caso vertente.*

*Deve ser mantida a sentença que reconheceu o direito do autor ao recebimento das diferenças salariais entre a função de agente e inspetor, sob pena de haver enriquecimento injusto por parte do Poder Público.*

*A imposição de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação mostra-se impertinente, porque, caso verificado o inadimplemento, os ônus deverão ser suportados pela própria população do Estado de Mato Grosso do Sul.*

*A correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. (Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/03/2016; Data de registro: 18/03/2016)”*

Portanto, afasto a preliminar.

Do mérito.

Da alegada inexistência de desvio de função

O autor é servidor público estadual, ocupante do cargo de agente de ações socioeducacionais, desde 01/12/2005 (f. 19), com lotação na Unidade Educacional de Internação Aurora Gonçalves Coimbra - UNEI Tia Aurora.

O cargo de agente de ações socioeducacionais compõe a carreira Gestão de Medidas Socioeducacionais, integrante do Grupo Operacional IX – Gestão Institucional do Plano de Cargos, Empregos e Carreiras do Poder Executivo, instituída pela alínea “e” do inciso VIII do art. 11 da Lei nº 2.065, de 29 de dezembro de 1999.

O Decreto n. 11.945, de 14 de outubro de 2005, por sua vez, organiza a carreira Gestão de Medidas Socioeducacionais, estabelecendo as categorias funcionais (Gestor de Ações Socioeducacionais, Inspetor de Ações Socioeducacionais e Agente de Ações Socioeducacionais) e as funções que as integram (de Inspetor de Ações Socioeducacionais, as funções de Inspetor de Segurança, Inspetor de Disciplina e Inspetor de Trabalho; de Agente de Ações Socioeducacionais, as funções de Agente de Segurança e Medidas Socioeducacionais e de Assistente de Atividades Socioeducacionais).

As atribuições básicas das categorias de Inspetor de Ações Socioeducacionais e de Agente de Ações Socioeducacionais, na função de Agente de Ações Socioeducacionais, encontram-se descritas nos incisos III e IV do art. 4º do Decreto n. 11.945/05:

Confira-se:

*“Art. 4º As atribuições básicas das categorias funcionais da carreira Gestão de Medidas Socioeducacionais serão exercidas em conformidade com o desempenho das atividades descritas no art. 1º, e se constituem: ...*

*III - dos ocupantes do cargo de Inspetor de Ações Socioeducacionais:*

*a) auxiliar a direção da Unidade Educacional de Internação, Semiliberdade e Liberdade Assistida, no atendimento aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducacionais;*

*b) executar, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a recepção do adolescente na chegada à Unidade, a manutenção da disciplina e a implementação de atividades sociopsicopedagógicas;*

*c) realizar o acompanhamento do comportamento do adolescente, na compreensão do meio em que vive e sua origem, estabelecendo relações críticas entre o mesmo e a comunidade e prestar orientação sobre sua conduta;*

d) *elaborar, com a equipe técnica da Unidade de Internação - UNEI, pareceres disciplinares dos adolescentes a serem encaminhados ao Juizado da Infância e Adolescência, assim como subsidiar os profissionais técnicos para elaboração de seus relatórios;*

e) *garantir a integridade física, moral e psíquica dos adolescentes e acompanhar o adolescente, juntamente com o Agente de Ações Socioeducacionais, em relatórios disciplinares;*

f) *fomentar o bom relacionamento com a sociedade civil organizada, visando à promoção da reinserção do adolescente submetido a medidas socioeducacionais, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente;*

*IV - dos Agentes de Ações Socioeducacionais, na função de Agente de Ações Socioeducacionais:*

a) *atuar no atendimento aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducacionais, executando, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a recepção dos adolescentes na chegada à Unidade Educacional de Internação;*

b) *acompanhar adolescentes em audiências e consultas médico-odontológicas;*

c) *realizar a verificação das dependências internas, visando a impedir a ocorrência de ações que prejudiquem a regularidade dos serviços e a segurança dos assistidos;*

d) *supervisionar os trabalhos realizados pelos adolescentes, mantendo a vigilância sobre ferramentas e materiais utilizados;*

e) *manter a ordem, disciplina e segurança nas Unidades de Internação responsabilizando-se juntamente com o Inspetor de Ações Socioeducacionais pela guarda das chaves;*

f) *examinar e revistar objetos que entrem pela portaria, apreendendo e remetendo ao superior imediato devidamente relacionado, os que forem proibidos e suspeitos;*

*Além dessas atribuições básicas, o § 1º do art. 3º do aludido decreto prevê que os ocupantes dos cargos de Agente de Ações Socioeducacionais, nas funções de Agente de Segurança e Medidas Socioeducacionais, e os ocupantes dos cargos de Inspetor de Ações Socioeducacionais, nas funções de Inspetor de Segurança, Inspetor de Disciplina e Inspetor de Trabalho, “atuarão nos serviços relacionados às atividades de educação, disciplina, escolta, plantão, custódia, contenção, segurança, atividades laborais e apoio operacional, de conformidade com as tarefas que lhe forem determinadas”.*

Confira-se:

*“Art. 3º As categorias funcionais da carreira Gestão de Medidas Socioeducacionais são integradas pelas seguintes funções:*

*I - de Gestor de Ações Socioeducacionais, as funções de Analista de Ações Socioeducacionais e Gestor de Atividades Socioeducacionais; (redação dada pelo Decreto 12.189, de 16 de novembro de 2006)*

*II - de Inspetor de Ações Socioeducacionais, as funções de Inspetor de Segurança, Inspetor de Disciplina e Inspetor de Trabalho; (redação dada pelo Decreto 12.189, de 16 de novembro de 2006)*

*III - de Agente de Ações Socioeducacionais, as funções de Agente de Segurança*

*e Medidas Socioeducacionais e de Assistente de Atividades Socioeducacionais. (redação dada pelo Decreto 12.189, de 16 de novembro de 2006)*

*§ 1º Os ocupantes das funções de Agente de Segurança e Medidas Socioeducacionais, Inspetor de Segurança, Inspetor de Disciplina e Inspetor de Trabalho atuarão nos serviços relacionados às atividades de educação, disciplina, escolta, plantão, custódia, contenção, segurança, atividades laborais e apoio operacional, de conformidade com as tarefas que lhes forem determinadas. (redação dada pelo Decreto 12.189, de 16 de novembro de 2006)''*

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise da documentação que instrui a inicial.

Em 09/01/09, mediante a Portaria n. 002-2009, o autor/apelado, ocupante do cargo de Agente de Ações Socioeducativas, foi designado a responder como responsável pela equipe plantonista pelo período de férias do Inspetor, sem ressarcimento monetário (f. 20).

Em 12/03/09, mediante a Portaria n. 007-2009, o autor/apelado foi novamente designado para responder pela equipe plantonista pelo período de férias do Inspetor João Batista Pinheiro (de 15/03/2009 a 13/04/2009), sem ressarcimento monetário (f. 21).

O requerimento administrativo de implantação da diferença salarial e sua inclusão na lista de promoção funcional de f. 22/23, datado de 26/03/09, aponta que o autor/apelado exerceu interinamente a função de inspetor, inclusive em período turbulento com lotações, rebeliões, tentativas de fuga, morte de servidor e desmotivação.

Em 28/08/12, mediante a Portaria n. 015-2012, o autor/apelado foi designado para exercer a função de chefe de Plantão da Equipe Plantonista D, com validade a contar do dia 20/07/2012, sem limitação de prazo (f. 26).

As escalas de plantão de f. 27-29, referentes aos meses de setembro a novembro de 2012, comprovam que o autor/apelado efetivamente exerceu as funções de chefe do plantão D.

Os relatórios de diligências de f. 30/221, relativos ao período de agosto de 2012 a julho de 2014, modo igual, fazem prova de que o autor/apelado era o responsável pelo plantão D, não havendo notícia de revogação da Portaria n. 015/2012.

Tais provas documentais, além de comprovarem que o apelado efetivamente exerceu as funções de inspetor em desvio de função, não foram oportunamente impugnadas pelo apelante, que se limitou a referir que tanto os agentes quanto os inspetores devem atuar nos serviços de plantão, não sendo atribuição exclusiva dos inspetores ser responsável pelo plantão.

Sucedo que fato de a lei prever que o servidor ocupante do cargo de agente de ações socioeducacionais atuará no plantão, não implica que tenha de exercer as atribuições do inspetor no plantão, em desvio de função, sem a devida contraprestação pelo apelante, o que efetivamente ocorreu.

Da impossibilidade do pagamento das diferenças salariais

Em tendo sido comprovado que o autor/apelado realmente exerceu atribuições não compatíveis com o seu cargo de origem (agente de ações socioeducacionais), não merece reforma a sentença que reconheceu o seu direito à percepção das diferenças salariais entre os cargos de agente de ações socioeducacionais e de inspetor de ações socioeducacionais, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público.

Este é o teor da Súmula n. 378 do STJ:

*“Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais.”*

Ao apreciar caso assemelhado, esta Colenda Câmara Cível reconheceu a pretensão ao recebimento das diferenças salariais decorrentes do desvio de função:

*“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E VALORAÇÃO INDEVIDA DAS PROVAS – REJEITADA – AGENTE DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DA UNEI – ATIVIDADE DE INSPETOR – DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO – DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO DEVIDA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 378 DO STJ – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – SUSCITADA DE OFÍCIO E ACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*

*Em relação à produção de provas e à sua valoração, o sistema adotado pelo art. 131, do CPC/1973, é o do livre convencimento, não havendo se falar em cerceamento ou em má valoração das provas quando o juízo da causa formou seu convencimento a partir dos elementos probatórios existentes nos autos.*

*Não há cerceamento de defesa quando desnecessária a realização de prova emprestada.*

*Resta configurado o desvio de função, cuja conclusão extrai-se da prova documental e testemunhal, quando se verifica que o ocupante do cargo de Agente de Ações Socioeducacionais, por ocasião dos plantões, exerceu as funções de Inspetor, cargo hierarquicamente superior e com remuneração maior.*

*Segundo o entendimento consolidado na Súmula nº 378, do STJ, “Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.” (Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abs Duarte; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/06/2016; Data de registro: 15/06/2016).”*

Diversamente do alegado pelo apelante, o pagamento das diferenças salariais em razão de desvio de função não ofende o disposto no art. 37, XIII, da CF, uma vez que o que se está se garantindo é uma adequada remuneração pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

No mesmo sentido, cito julgados de outras Câmaras deste Tribunal:

*“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – CERCEAMENTO DE DEFESA E MÁ VALORAÇÃO DAS PROVAS – AFASTADA- AGENTE DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DA UNEI - EXERCE FUNÇÕES DE INSPETOR – CARGOS COM FUNÇÕES DIVERSAS - DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO – DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO DEVIDA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 378 DO STJ – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – SUSCITADA DE OFÍCIO E ACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Em relação à produção de provas, o sistema adotado pelo Código de Processo Civil, mais especialmente no art. 131, é o do livre convencimento, sendo que o juiz apreciará os fatos segundo as regras do livre convencimento, mas deverá ater-se aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e, ainda, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Afasta-se a alegação de má valoração das provas quando o juízo da causa formou seu convencimento a partir da legislação que rege a matéria, prova documental e testemunhal. Não há cerceamento de defesa quando desnecessária a realização de prova emprestada. 2. Da análise do Decreto n. 11.945/2005, que organiza a carreira de Gestão de Medidas Sócioeducativas, é possível extrair que o cargo de Agente possui atribuições diversas daqueles inerentes ao cargo de Inspetor. 3. Registre-se que, ao contrário da interpretação dada pelo juízo a quo, a disposição constante do parágrafo*

*único, do artigo 2º do decreto n. 11.945/2005, não gera a conclusão de que o Agente possui atribuições semelhantes às do cargo de Inspetor, posto que o fato de ambos atuarem nos plantões não significa que exerçam a mesma atividade. O que deve ser entendido desse dispositivo é que tanto Agente quanto Inspetor devem atuar nos plantões, porém cada um exercendo as atividades inerentes ao seu cargo, pois do contrário ensejará desvio de função, como na espécie em comento. 4. Restou configurado na hipótese o desvio de função, cuja conclusão extrai-se da prova documental e testemunhal. (Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/04/2016; Data de registro: 18/04/2016)”*

*“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM COBRANÇA. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO COM RELAÇÃO AO PERÍODO ANTERIOR A MAIO DE 2008. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. AFASTADA. RECONHECIMENTO DO DIREITO DO AUTOR ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS ENTRE A FUNÇÃO DE AGENTE E INSPETOR. MANTIDA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AFASTADA. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. IPCA/IBGE. SENTENÇA EM REEXAME RETIFICADA EM PARTE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.”*

Considerando que o autor ajuizou a ação em 7.5.2013, todas as verbas eventualmente requeridas em período anterior a 7.5.2008 não serão devidas por estarem prescritas.

Para que se verifique ofensa ao princípio da congruência, é necessário que a decisão ultrapasse o limite dos pedidos deduzidos no processo, extrapolando-se os pleitos da exordial, o que definitivamente não ocorreu no caso vertente.

Deve ser mantida a sentença que reconheceu o direito do autor ao recebimento das diferenças salariais entre a função de agente e inspetor, sob pena de haver enriquecimento injusto por parte do Poder Público.

A imposição de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação mostra-se impertinente, porque, caso verificado o inadimplemento, os ônus deverão ser suportados pela própria população do Estado de Mato Grosso do Sul.

A correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. (Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/03/2016; Data de registro: 18/03/2016)

Dos juros de mora e da correção monetária

O apelante requer a aplicação do art. 1º-F da Lei Federal n. 9.494/97 no que concerne aos juros de mora e à correção monetária.

Na sentença, a magistrada determinou que “os valores deverão ser calculados desde a data de vencimento de cada prestação, com incidência de correção monetária e juros moratórios pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25/03/2015 e, a partir de então (26/03/2015), correção monetária pelo IPCA-E e juros moratórios com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425, em 25/03/2015”.

Sucedo que a magistrada deu interpretação equivocada ao decidido pelo STF nas ADIN’s 4357 e 4425.

Explico.

Em 25/03/15, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão de ordem nos autos das ADINs 4425 e 4357, em sede de modulação dos efeitos das decisões, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial, para que se deixe de aplicar a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/07 (com redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009), quanto à atualização monetária pela TR dos créditos EM PRECATÓRIO, a data de conclusão do julgamento da referida questão de ordem, ou seja, 25/03/2015.

Veja-se:

*“QUESTÃO DE ORDEM NAS ADIS 4.357 E 4.425*

*Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: 1) - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; (...)”*

*Do que foi decidido nas referidas ADINs, possível concluir que o STF se manifestou apenas quanto à forma de cálculo para atualização dos valores de precatórios, reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios, ou seja, no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, faltando ainda pronunciamento expresso quanto à forma de atualização monetária na fase anterior à expedição do precatório, relativa às condenações, que compreende o período entre o dano efetivo e a imputação de responsabilidade à Fazenda Pública.*

*Em face desta ausência de pronunciamento quanto à atualização na fase anterior à expedição de precatório, em 16/04/15, o STF reconheceu, no RE 870947/SE, a REPERCUSSÃO GERAL da matéria relativa à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidente sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09.*

*Confira-se a ementa:*

*“DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.”*

*Neste mesmo julgamento, em que reconhecida a repercussão geral da matéria, o STF entendeu oportuno reiterar as razões que ensejaram o pronunciamento da Corte no julgamento das ADINs 4.357 e 4.425, para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF.*

*Confira-se excertos do voto:*

*“Primeira Questão:*

*Quanto ao regime de juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública:*

*No julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a fixação dos juros moratórios com base na TR apenas quanto aos débitos estatais de natureza tributária.*

*Foi o que restou consignado na ementa daquele julgado:*

*DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICOTRIBUTÁRIAS.*

*DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). (...)*

*6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão independentemente de sua natureza, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.*

*7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.*

*Destarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi clara no sentido de que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não foi declarado inconstitucional por completo.*

*Especificamente quanto ao regime dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, a orientação firmada pela Corte foi a seguinte:*

*Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário;*

*Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.*

*Segunda Questão:*

*Regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública:*

*Já quanto ao regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública a questão reveste-se de sutilezas formais. Explico.*

*Diferentemente dos juros moratórios, que só incidem uma única vez até o efetivo pagamento, a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos.*

*O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.*

*O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.*

*Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento.*

*Essa limitação do objeto das ADIs consta expressamente das respectivas ementas, as quais, idênticas, registram o seguinte:*

*DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS.(...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). (...) 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (ADI 4357, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, Acórdão Eletrônico DJe-188 Divulg 25-09- 2014 Public 26-09-2014 sem grifos no original”*

A redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tal como fixada pela Lei nº 11.960/09, é, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de requisitórios quanto a atualização da própria condenação. Confira-se:

*“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.*

*As expressões uma única vez e até o efetivo pagamento dão conta de que a intenção do legislador ordinário foi reger a atualização monetária dos débitos fazendários tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. Daí por que o STF, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, teve de declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Essa declaração, porém, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios.*

*Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor.*

*Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional.*

*Essa limitação, porém, não existe no debate dos juros moratórios, uma vez que, segundo a jurisprudência pacífica do STF, não incidem juros moratórios sobre precatórios (no prazo constitucional entre a sua expedição e o pagamento efetivo), de sorte que o arrastamento decidido pelo STF nas ADIs nº 4.357 e 4.425 refere-se, tal como fazia o art. 100, § 12 da CRFB, aos juros moratórios fixados na data da condenação.”*

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.

Sucedede 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/ajuízamento 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, caso dos valores apurados na presente demanda, deve observar o seguinte: 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.

Do reexame necessário

Não comporta reparos a sentença nos demais aspectos.

A improcedência da pretensão do apelado ao reconhecimento do seu direito à promoção funcional vertical, com a alteração do cargo de agente de ações socioeducacionais para inspetor de ações socioeducativas, com todas as vantagens decorrentes, deve ser mantido.

E isso porque é assente na jurisprudência do STF o entendimento de não ser admissível o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular, sob pena de afronta ao art. 37, II<sup>1</sup>, da CF/88.

Confira-se:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. ENQUADRAMENTO EM CARGO DIVERSO DAQUELE EM QUE FOI INICIALMENTE INVESTIDO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 37, INCISO II, DA CF/88. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Viola a Constituição Federal o enquadramento de servidor, sem concurso público, em cargo diverso daquele de que é titular. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988,*

1 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

*o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento firmado no sentido da impossibilidade de convalidação da situação do servidor em desvio de função, seja para efetivá-lo no cargo ou para lhe deferir o pagamento da diferença remuneratória correspondente. Precedentes: RE nº 83.755/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Antonio Neder, RTJ 98/734; RE nº 83.755/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Thompson Flores, RTJ 98/734; e MS nº 20081/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 1º/10/76.*

*2. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando esses cargos não estão compreendidos em uma mesma carreira. Precedentes: RE nº 644.483/DFAgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 4/10/11; RE nº 311.371/SP-AgR-ED, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 5/8/05; RE 219.934/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ de 16/2/01; RE nº 209174, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/3/98; RE nº 165.128, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 15/3/96. 3. Agravo regimental não provido. (Ag.Reg. na Ação Rescisória 2.137/BA, Relator Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em 19/09/13).”*

Nesse sentido, o teor da Súmula Vinculante n. 43 do STF:

*“É inconstitucional toda a modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”*

Posto isso, dou parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, para que no cálculo dos valores apurados seja observado o seguinte: 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.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso e, em sede de remessa necessária, reformaram parcialmente a sentença, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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, 10 de agosto de 2016.

\*\*\*

**4ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0807546-38.2015.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE EM RODOVIA ESTADUAL – ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA SINALIZAÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO RECONHECIDA – RECURSO DESPROVIDO – APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO ART. 338 E § 1º DO ART. 339 DO CPC/2015 – HONORÁRIOS DO PROCURADOR DA PARTE EXCLUÍDA – DEVIDO.

O Estado de Mato Grosso do Sul não é parte legítima para figurar em juízo na ação de indenização por danos morais cuja causa de pedir seja atinente a acidente ocorrido em razão de alegada ausência de sinalização adequada em rodovia estadual.

Aplica-se, de ofício, o art. 338 e § 1º do art. 339 do CPC/2015 quando reconhecida a ilegitimidade passiva do requerido, se indicado contra quem deve ser movida a ação (AGESUL), permitindo-se que a autora, no prazo de 15 (quinze) dias altere a inicial para substituir o requerido, com o regular prosseguimento do feito.

Nos termos do parágrafo único do art. 338 do CPC/2015, é devido honorários advocatícios em favor do advogado da parte excluída.

## 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, 3 de agosto de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rita Aparecida Barbosa Asanuma em face da sentença proferida, em 05.05.2016, por José Domingues Filho Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, na ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado e extinguiu o processo.

Em razões recursais (f. 198-212), alega que deve ser reformada a sentença, porquanto a “AGESUL não possui personalidade jurídica própria, sendo ela, uma autarquia sujeita ao controle da entidade estatal que a pertence, logo, é inegável que poderá haver responsabilização por parte do Estado do Mato Grosso do Sul seja, na modalidade solidária ou subsidiária.” (f. 127)

Requer o provimento do recurso.

Contrarrazões à f. 137-142 pugnando pelo não provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rita Aparecida Barbosa Assanuma em face da sentença proferida, em 05.05.2016, pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, na ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado e extinguiu o processo.

Confira-se a parte dispositiva da sentença de f. 114-117:

*“Posto isso, acolho a preliminar de ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul para figurar no polo passivo desta demanda, e com fins no art. 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015 declaro extinto o processo. Em consequência, condeno os vencidos ao pagamento, em iguais proporções (CPC/15), valor da causa atualizado (R\$ 502.651,05 - equivalente a 571,2 salários mínimos no dia de hoje; art. 85, § 4º, III e § 6º), no percentual de 10% nos 200 primeiros (R\$ 17.600,00) e 8% nos 371,2 sobejantes (R\$ 26.132,48), totalizando R\$ 43.732,48 (art. 85, § 3º, I e II), considerado a duplicidade de causas e a não apreciação do mérito, bem como a naturalidade do grau de zelo do profissional e tempo despendido (art. 85, § 2º). Fica entretanto sobrestada a execução destas verbas na forma e tempo do art. 98, §§ 2º e 3º. Todos da Instrumental Civil de 2015.”*

Inicialmente, procedo a breve relato dos fatos.

Rita Aparecida Barbosa Assanuma ajuizou ação de indenização por danos morais em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Narrou que em 17.08.2010 seu marido (Paulo Novaes Assanuma) e sobrinho (João Paulo de Lima Assanuma) faleceram em razão de acidente automobilístico.

Defende que o acidente ocorreu *“devido ausência de sinalização quanto a existência da ponte, bem como a sinalização que a ponte era estreita em relação a via e a inexistência de mureta de proteção lateral”* o que *“fez com que o veículo caísse no Córrego Laranja Azeda (fica no Distrito de Macaúba)”* (f. 02).

Menciona que *“é dever Estatal sinalizar as vias, muito mais que isso quando trata-se de estrada movimentada, por lógico essa omissão causou a morte das Vítimas Paulo e João.”* (f. 02)

Citado, o Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação aventando preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que *“A Agesul, antigo Dersul, é a única entidade legitimada para figurar no polo passivo da presente ação, já que detém a responsabilidade de manutenção das vias rodoviárias.”* (f. 87) No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A autora apresentou impugnação à contestação (f. 101-104).

Por fim, sobreveio a sentença ora recorrida (f. 114-117), na qual o magistrado de primeiro grau acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva.

## Da ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a concepção eclética, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, desde que presentes as condições da ação, quais sejam, legitimidade *ad causam*, interesse de agir/processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Conforme expõe Daniel Amorim Assumpção Neves, “o Código de Processo Civil consagrou a teoria eclética, sendo indispensável a análise doutrinária das condições da ação. Há, entretanto, um esclarecimento prévio necessário. O criador da teoria eclética foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual.” (Manual de direito processual civil. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 154)

O mencionado autor esclarece que, posteriormente, Liebman alterou seu entendimento sobre o assunto, passando a afirmar que as condições da ação são apenas duas (interesse de agir e legitimidade), contudo, estava positivado no CPC/73 a tese inicial de Liebman com a existência de três condições da ação.

Eis a redação do art. 267, VI, do CPC/73:

*“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)*

*VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”*

Ainda na sistemática do CPC/73, a consequência da inexistência de qualquer das condições da ação, consoante redação do caput do art. 267 do CPC/73 será a extinção do processo, sem resolução de mérito, reconhecendo-se a carência da ação.

O atual CPC (Lei n. 13.105, de 16.03.2015) não faz mais referência a possibilidade jurídica do pedido, mantendo a exigência de demonstração de interesse e legitimidade.

Confira-se:

*“CPC/2015*

*Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”*

Inexistindo o interesse ou legitimidade para postular em juízo, a consequência prevista pelo CPC/2015 será o juiz prolatar sentença em que não será resolvido o mérito.

Confira-se:

*“CPC/2015*

*Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:*

*I - indeferir a petição inicial;*

*II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;*

*III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;*

*IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;*

*V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;*

*VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;*

*VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;*

*VIII - homologar a desistência da ação;*

*IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e*

*X - nos demais casos prescritos neste Código.*

*§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.*

*§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.*

*§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.*

*§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.*

*§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.*

*§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.*

*§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.”*

O novo Código de Processo Civil não faz mais referência expresso ao termo “condições da ação”, o que tem causado discussões doutrinárias quanto a persistência desta categoria jurídica.

Fredie Didier Jr. entende que não há mais falar em condições da ação, mas sim em pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária) ou questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária).

Confira-se:

#### *“8. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CPC*

*“Condição da ação” é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo, com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial.*

*Uma condição da ação seria uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade.*

*As condições da ação não seriam questões de mérito nem seriam propriamente questões de admissibilidade; seriam, simplesmente, questões relacionadas à ação. Constituir-se-iam, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.*

*Essa categoria, desenvolvida a partir das lições de autores italianos, principalmente Enrico Tullio Liebman, foi amplamente aceita pela doutrina brasileira. Pode-se dizer mais : trata-se de noção amplamente difundida no discurso jurídico brasileiro em geral.*

*O CPC-1973 consagrou essa categoria. O inciso VI do seu art. 267 autorizava que o processo fosse extinto, sem resolução de mérito, quando “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. No inciso X do art. 30 I, o CPC- 1973 mencionava a carência de ação como matéria de defesa do réu - carência de ação é a falta de alguma das condições da ação. Eram os únicos textos normativos do CPC- 1973 que se valiam desta categoria conceitual. Perceba que, no art. 3º do CPC-1 973, que se encontrava no capítulo “Da ação”, o legislador não mencionava o termo “condição da ação”, embora se referisse ao interesse e à legitimidade*

*Muito embora adotada expressamente pelo CPC-1973, nem por isso deixou de ser alvo de severas críticas.*

*A principal objeção a essa categoria tinha fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria “condição da ação”, já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito*

*Cabe, ainda, um esclarecimento.*

*Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam . É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão julgador ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).*

*As críticas doutrinárias tiveram algum êxito, portanto, na missão de proscrever esse conceito jurídico processual do repertório teórico do pensamento jurídico brasileiro.*

*O CPC atual não mais menciona a categoria condição da ação.*

*O inciso VI do art. 485 do CPC autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito pela ausência de “ legitimidade ou de interesse processual”.*

*Há duas grandes diferenças em relação ao CPC-1973. O silêncio do CPC atual é bastante eloquente.*

*Primeiramente, não há mais menção “à possibilidade jurídica do pedido” como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, § 1º, CPC); também*

*não há menção a ela no inciso VI do art. 485 do CPC, que apenas se refere à legitimidade e ao interesse de agir; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido.*

*A segunda alteração silenciosa é a mais importante.*

*O texto normativo atual não se vale da expressão “condição da ação”. Apenas se determina que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria “condição da ação” do único texto normativo do CPC que a previa e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito.*

*Também não há mais uso da expressão carência de ação.*

*Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”.*

*A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.*

*A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.*

*A mudança não é insignificante.*

*Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos.*

*É certo que o CPC atual poderia avançar ainda mais, para reconhecer que a falta de legitimação ordinária gera, em verdade, improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade do procedimento. Mas este não é o momento para enfrentar esse tema - será examinado no capítulo sobre pressupostos processuais, local adequado, agora, para a análise sobre a legitimidade ad causam.*

*Enfim:*

*a) o assunto “condição da ação” desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: a consagração em texto legislativo dessa controvertida categoria;*

*b) a ausência de “possibilidade jurídica do pedido” passa a ser examinada como de improcedência liminar do pedido, no capítulo respectivo;*

*c) legitimidade ad causam e interesse de agir passam a ser estudados no capítulo sobre os pressupostos processuais. (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I Fredie Didier Jr. - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 304-307)”*

Em sentido oposto, Daniel Amorim Assumpção Neves defende a tese de que persiste a categoria das condições da ação, apesar da falta de menção expressa no CPC/15:

### “2.2. Condições da ação 2.2.1. Introdução

*A retirada do termo “condições da ação” do Novo Código de Processo Civil animou parcela da doutrina ao levantar a questão do afastamento desse instituto processual de nosso sistema processual, de forma que o interesse de agir e a legitimidade passassem a ser tratados como pressupostos processuais ou como mérito, a depender do caso concreto. Essa parcela da doutrina entende que o Novo Código de Processo Civil teria consagrado o binômio pressupostos processuais e mérito, e que, ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito ‘condição da ação’ que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).*

*Corroboraria tal entendimento o fato de que diante do Novo Código de Processo Civil a propositura da nova ação extinta por ausência de legitimidade e/ou interesse de agir depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito (art. 486, § 1.º, do Novo CPC).*

*Há também a previsão do § 2.º do art. 966 do Novo CPC: nas hipóteses previstas no caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, não permita a repositura da demanda ou impeça o reexame do mérito*

*Ao se admitir que as condições da ação não existem mais como instituto processual autônomo, cabendo agora analisar-lhes como pressupostos processuais ou mérito a depender do caso, seria ver consagrada no Novo Código de Processo Civil a teoria abstrata do direito de ação.*

***Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o Novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas, de vedação à repositura da ação e do cabimento da ação rescisória, o Novo Código de Processo Civil deixa claro que não estará havendo julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação. E vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o novo diploma processual não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética. Ainda que não caiba ao Código de Processo Civil adotar essa ou aquela teoria, ao prever como causa de extinção do processo sem resolução do mérito a sentença que reconhece a ausência de legitimidade e/ou interesse de agir, o Novo Código de Processo Civil permite a conclusão de que continua a consagrar a teoria eclética.***

*Entendo, portanto, que tanto o CPC/1973 como o Novo Código de Processo Civil consagram a distinção entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O criador da teoria eclética, pela qual foram explicadas as condições da ação, foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual. E, com base nesse entendimento, o CPC/1973 consagrava três condições da ação. Ocorre, porém, que o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir; de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade. É*

*nesse sentido o art. 17 do Novo CPC ao prever que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Ainda que se possa entender que o dispositivo consagra a doutrina de Liebman a respeito do tema, tenho a impressão de que, de alguma forma, o legislador atendeu aos críticos da teoria eclética, em especial aos defensores da teoria do direito abstrato de ação. Naturalmente, mantém-se pela proposta analisada a teoria eclética, exigindo-se no caso concreto a existência de interesse de agir e legitimidade para que o juiz possa resolver o mérito. A retirada, entretanto, da possibilidade jurídica do pedido nem sempre levará o juiz a entender as situações que hoje são analisadas sob a ótica dessa condição da ação como causas de falta de interesse de agir. Acredito que o juiz passe, ao menos em algumas situações, a simplesmente julgar improcedente o pedido do autor. Essa nova realidade, com a aprovação do Novo Código de Processo Civil nos termos propostos, tende a se verificar especificamente quando o pedido for juridicamente impossível. Se um Estado da Federação pede sua retirada do Brasil, o juiz afirma que o Estado não tem esse direito e julga o pedido improcedente, sendo que sob o CPC/1973 deveria julgar extinto o processo sem a resolução de mérito. Por outro lado, nas hipóteses em que a impossibilidade jurídica não deriva do pedido, mas das partes ou da causa de pedir, entendo mais adequado que, mesmo diante da aprovação do dispositivo ora comentado, o juiz continue a extinguir o processo sem a resolução de mérito, agora com fundamento na ausência de interesse de agir, em sua modalidade adequação. Numa cobrança de dívida de jogo, por exemplo, não parece correto o julgamento de improcedência, o que significaria que o direito de crédito alegado pelo autor não existe, o que não condiz com a realidade. Afinal, a vedação no sistema jurídico para a cobrança judicial dessa espécie de dívida não quer dizer que ela não exista.” (Manual de direito processual civil – Volume unico / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 114-116) – destacado.*

Apesar da controvérsia doutrinária, fato é que diante da ausência de interesse de agir ou de legitimidade, o CPC/15 expressamente prevê que o juiz não resolverá o mérito, consoante o mencionado artigo 485.

Como se viu do relato dos fatos, a causa de pedir da presente demanda diz respeito a responsabilização civil em decorrência da ausência de sinalização e de mureta de proteção em via estadual em que ocorreu acidente automobilístico.

O Decreto Estadual n. 13.129, de 2 de março de 2011, dispõe que a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL é responsável pela infraestrutura da malha rodoviária do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo o dever de exercer as atribuições relativas à manutenção, conversação e fiscalização da rodovia estadual.

Confira-se:

*“Art. 1º A Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL, criada pela alínea “c” do inciso II do art. 83 da Lei n. 2.152, de 26 de outubro de 2000, vinculada à Secretaria de Estado de Obras Públicas e de Transportes, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, com sede e foro na Capital do Estado”.*

*“Art. 2º A Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL tem por finalidade a promoção e a implementação das políticas de obras públicas de viação, de edificações, de irrigação de áreas, de controle de erosão, de saneamento ambiental e de transportes, sendo responsável rodoviária do Estado.*

*Art. 3º Compete à AGESUL:*

*I - planejar e executar as atividades relacionadas com o desenvolvimento de projetos de arquitetura e engenharia, construção, adaptação, reparo, restauração, ampliação e reforma de todos os próprios da Administração direta e indireta do Estado, independente da fonte de recursos, inclusive de portos, aeroportos, terminais rodoviários e terminais intermodais;*

*II - viabilizar e executar programas de obras e projetos técnicos de engenharia, objetivando o controle de erosão, o saneamento ambiental e a irrigação de áreas;*

*III - projetar, construir, restaurar e conservar as rodovias integrantes da malha viária do Estado e de outras que lhe forem delegadas, mediante a celebração de quaisquer instrumentos de vinculação obrigacional;*

*IV - adequar planos, programas e projetos de infra-estrutura de obras públicas à disponibilidade de recursos ambientais, visando a proteção, a preservação e a defesa do meio ambiente;*

*V - prestar assessoramento e consultoria técnica referente às áreas de obras públicas, civis e/ou rodoviárias, aos municípios e/ou outros órgãos federais;*

*VI - executar e coordenar todos os procedimentos licitatórios, visando a contratação de projetos, de obras e de serviços de engenharia, responsabilizando-se pelas soluções técnicas e econômicas desenvolvidas;*

*VII - responsabilizar-se pela fiel execução dos projetos, obras e serviços contratados, em consonância com as especificações estabelecidas nos respectivos procedimentos licitatórios;*

*VIII - promover desapropriações e constituir servidões, de acordo com a necessidade de execução de obras ou instalações de seus serviços;*

*IX - autorizar a construção de acessos, bem como a ocupação e utilização do leito e faixas de domínio das estradas, inclusive suas adjacências, para a realização de obras, serviços e atividades de interesse público;*

*X - colaborar na fiscalização e arrecadação das receitas tributárias, originárias do setor rodoviário, observadas as normas de execução orçamentária e financeira do Estado;*

*XI - articular-se com as autoridades públicas nos assuntos de suas atribuições, bem como com entidades privadas que atuem ou tenham interesse na área de obras, inclusive no sentido de incentivar promoções de parcerias;*

*XII - firmar convênios, contratos, acordos e demais instrumentos reguladores de vínculos obrigacionais, relacionados com as suas finalidades e atribuições, observada a legislação aplicável;*

*XIII - elaborar a proposta orçamentária e programas de investimento, observadas as prioridades determinadas pelos estudos técnico-econômicos efetuados e as diretrizes políticas do Governo do Estado;*

*XIV - organizar e manter o cadastro de empresas e responsáveis técnicos contratados para execução de projetos, obras e serviços técnicos relacionados com as atividades de sua área de atuação;*

*XV - definir a área de jurisdição e atribuições das Unidades Regionais, criadas para viabilizar a operacionalização da AGESUL;*

*XVI - manter a Secretaria de Estado de Obras Públicas e de Transportes, permanentemente, informada de suas atividades.”*

Portanto, a AGESUL é integrante da administração indireta do Poder Executivo Estadual, tratando-se de pessoa jurídica com personalidade de direito público, de maneira que possui legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que versem acerca de direitos que estejam ligados a suas atribuições.

Tratando-se de acidente automobilístico em que a causa de pedir versa sobre a ausência de adequada sinalização na rodovia estadual, neste Tribunal tem-se adotado o entendimento de que a legitimidade passiva é da AGESUL.

Confira-se:

*“(…) AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE EM RODOVIA POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO – LEGITIMIDADE DA AGESUL – VÍTIMA – QUEM DEU CAUSA AO ACIDENTE – ULTRAPASSAGEM SEM AS DEVIDAS CAUTELAS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*A Agência Estadual de Gestão e Empreendimentos de Mato Grosso do Sul é parte legítima para figurar em juízo naquelas demandas que versarem acerca de direito que estejam ligados a suas atribuições, no caso em específico, a reparação dos danos oriundos de acidente ocorrido em razão da ausência de sinalização adequada para a Rodovia MS276, referência KM 178.*

*Não há falar em indenização a título de danos morais e materiais se restar comprovado nos autos que quem deu causa ao acidente foi a vítima, que deixou de tomar as cautelas necessárias ao tentar ultrapassar o veículo que vinha a sua frente. (TJMS - 0803808-65.2013.8.12.0017 Apelação / Acidente de Trânsito Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/07/2015; Data de registro: 14/07/2015)”*

No mesmo sentido:

*“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – ACIDENTE COM ANIMAL NA RODOVIA ESTADUAL – LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTARQUIA ESTADUAL – AGESUL – RECONHECIDA – SENTENÇA TORNADA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.*

*Constatado nas razões recursais que o recorrente apresentou impugnação aos fundamentos da sentença, pleiteando sua reforma, rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade.*

*A AGESUL é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, em que se discute o cabimento de indenização por danos materiais e morais aos familiares de vítima falecida em decorrência de acidente de trânsito na malha viária estadual.*

*A referida autarquia, criada sob o regime autárquico, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, é a responsável rodoviária do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo o dever de exercer as atribuições relativas à manutenção, conservação e fiscalização da rodovia estadual. (TJMS - 0808621-49.2014.8.12.0002 Apelação / Acidente de Trânsito - Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/07/2015; Data de registro: 29/07/2015)”*

Portanto, não comporta reforma a sentença, na parte em que determinou a exclusão do Estado de Mato Grosso do Sul do Polo passivo da presente ação.

Entretanto, considerando-se o princípio da primazia de resolução de mérito, previsto no art. 4º do CPC/2015 e o art. 339 do mesmo, deve ser oportunizado a autora a correção do polo passivo, a fim de prestigiara composição do conflito, evitando-se a prolação da sentença sem resolução do mérito.

Eis o teor dos mencionados dispositivos:

*“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

*Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.*

*§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338<sup>1</sup>.*

*§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.”*

Sobre o tema, confira-se os comentários de Alexandre Freitas Câmara:

*“Vale destacar que do art. 42 do CPC (e de uma grande série de outros dispositivos, como o art. 317 e o art. 488, entre muitos outros exemplos que poderiam ser indicados) se extrai um outro princípio - infaconstitucional - fundamental para o sistema processual brasileiro: o princípio da primazia da resolução do mérito. É que, como se vê pela leitura do art. 4º, “as partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito”. O processo é um método de resolução do caso concreto, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado. Assim, deve-se privilegiar, sempre, a resolução do mérito da causa. Extinguir o processo sem resolução do mérito (assim como decretar a nulidade de um ato processual ou não conhecer de um recurso) é algo que só pode ser admitido quando se estiver diante de vício que não se consiga sanar, ou por ser por natureza insanável, ou por se ter aberto a oportunidade para que o mesmo fosse sanado e isso não tenha acontecido. Deve haver, então, sempre que possível, a realização de um esforço para que sejam superados os obstáculos e se desenvolva atividade tendente a permitir a resolução do mérito da causa. É por isso, por exemplo, que se estabelece que no caso de se interpor recurso sem comprovação de recolhimento das custas devidas deve haver a intimação para efetivar o depósito (em dobro, para que não se estimule a prática apenas como mecanismo protelatório) do valor das custas, viabilizando-se deste modo o exame do mérito (art. 1.007, § 4º), ou se afirma que” [d]esde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. Há, pois, no moderno direito processual civil brasileiro, um princípio da primazia da resolução do mérito, o qual, espera-se, seja capaz de produzir resultados bastante positivos no funcionamento do sistema de prestação de justiça civil. (O novo processo civil brasileiro/ Alexandre Freitas Câmara. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 07)”*

<sup>1</sup> Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

Logo, deve ser oportunizado à requerente que substitua o polo passivo da ação, nos termos do art. 338 e §1º do art.339 do CPC/2015 não se admitindo a formação de litisconsórcio, uma vez que reconhecida a legitimidade apenas da AGESUL para figurar na presente demanda.

Assim:

Deve ser mantida a sentença na parte em que reconheceu a ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul;

Devem os autos retornarem ao juízo de primeiro grau para ser oportunizado à requerente que substitua o polo passivo da ação, nos termos do art. 338 e § 1º do art. 339 do CPC/2015, com o regular prosseguimento do feito.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recuso de apelação interposto por Rita Aparecida Barbosa Asanuma e, de ofício, aplico o art. 338 e § 1º do art. 339 do CPC/2015 à hipótese, permitindo que a autora, no prazo de 15 (quinze) dias altere a inicial para substituir o requerido, com o regular prosseguimento do feito.

Nos termos do parágrafo único<sup>2</sup> do art. 338, também do CPC/2015, estabeleço os honorários advocatícios em três por cento do valor da causa, cuja exigibilidade fixa suspensa em razão da concessão da justiça gratuita (f. 69), nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 98<sup>3</sup> do CPC/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. Claudionor Miguel Abss Duarte

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, 03 de agosto de 2016.

\*\*\*

2 Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8o.

3 § 2o A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3o Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0030212-79.2009.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – SUBTRAÇÃO DE CARTÃO PELO PORTEIRO - CULPA *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO* DO CONDOMÍNIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Controvérsia centrada na discussão acerca da responsabilidade civil do Condomínio por subtração de cartão de crédito pelo porteiro.

São também responsáveis pela reparação civil: “*III - o empregador ou comitente, por seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (...)*” (art. 632, inc. III, do Código Civil).

Se o evento danoso ocorre em virtude da conjugação de atos imputados à instituição financeira e ao funcionário do Condomínio, ambos deverão responder solidariamente pelos danos suportados pelas vítimas.

Apelação conhecida e não 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de setembro de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta pelo Condomínio Edifício Champville contra sentença proferida pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de reparação de danos materiais ajuizada por Emílio Quendi Oshita e Emilia Yoko Kobayashi Oshita contra o Condomínio Edifício Champville sob a alegação de que o funcionário do Condomínio se apoderou do cartão de crédito remetido pelo Banco Itau ao antigo endereço dos recorridos, e conseguiu, junto à instituição financeira, desbloquear o cartão, efetuando várias operações que totalizaram o montante de R\$ 11.744,99 (onze mil setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e nove centavos). Os apelados direcionaram a ação também contra o Banco Itau porque este desconsiderou a alteração de endereço, enviando o cartão para a antiga residência dos apelados, bem como liberou o uso do cartão por terceiro

que não os titulares. Os recorridos pediram, ao final, a condenação de ambos os réus ao pagamento da quantia suprarreferida.

Sentença julgou procedente o pedido formulado condenando o Banco Itau e o Condomínio Edifício Champville, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 11.744,99 (onze mil setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e nove centavos) – f. 160-165.

Apelação interposta pelo Condomínio Edifício Champville sustentando que: a) o dano somente ocorreu porque o Banco Itau enviou o cartão e a senha pelo correio, sem dispositivo de segurança confiável, devendo assumir integralmente a responsabilidade pelo resultado. Acrescenta que as ações praticadas pelo então funcionário fogem do âmbito da contratação do apelante, e que os apelados-autores da ação não agiram com a cautela necessária, devendo ser reconhecida a culpa concorrente, e b) caso reconhecida sua responsabilidade, que seja limitada à forma subsidiária em relação ao Banco Itau (f. 174-179).

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso: a) a responsabilidade do Condomínio por ato ilícito praticado por seu funcionário, e b) a possibilidade de tal responsabilidade ser subsidiária e não solidária.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 02/06/2011, tendo a respectiva intimação ocorrido em 07/06/2011 (f. 172), enquanto que o presente recurso foi interposto em 22/06/2011 (f. 174).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

Responsabilidade Civil do Condomínio

Por primeiro, são necessários alguns registros acerca da questão fática posta à apreciação.

Consta da exordial que em 30/12/2008 os recorridos, em uma conversa informal com o gerente do Banco Itau, foram surpreendidos com a informação de que estariam sendo efetuados diversos saques em caixa tipo 24h com o cartão de crédito dos apelados, quantias que totalizaram em R\$ 11.744,99 (onze mil setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e nove centavos).

Após, constatou-se que o Banco Itau havia enviado o referido cartão dos recorridos ao seu antigo endereço, qual seja – Condomínio Champville - e ao chegar àquele local, o porteiro se apoderou da respectiva correspondência, tendo conseguido desbloquear o cartão junto à instituição financeira, passou a utilizar o cartão efetuando os gastos acima mencionados.

Considerando a responsabilidade do Banco Itaú em razão do equivocado envio da correspondência contendo o cartão de crédito para o antigo endereço e pelo seu desbloqueio, bem como a responsabilidade do Condomínio em razão de seu funcionário ter se apropriado e utilizado o cartão de crédito dos recorridos, o Juiz singular julgou procedente o pedido de condenação de ambos, solidariamente, na reparação dos danos materiais.

Conforme estabelece o art. 333, do Código de Processo Civil/1973, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (inciso I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

Sendo ônus um encargo sem cujo desempenho a parte se põe em situação de desvantagem perante o direito, vislumbram-se duas vertentes deste mesmo conceito, quais sejam, um ônus subjetivo ou formal, consistente numa regra de conduta dirigida às partes, que indica “quais os fatos” cada uma está incumbida de provar, e, ainda, um ônus objetivo ou material, que se consubstancia numa regra dirigida ao juiz e que indica como ele deverá julgar quando não encontrar a prova dos fatos, ou seja, a determinar “*qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável.*” (Didier Jr., Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. Salvador: Editora Juspodivm, 4ª ed., 2009, p. 73).

Na espécie, restou demonstrado pelos diversos documentos carreados aos autos com a inicial, que o empregado do recorrente realmente se apropriou do cartão de crédito dos recorridos, vindo a promover os gastos descritos na inicial. Inclusive foi instaurado processo crime contra o porteiro Alisson Antonio dos Santos com a imputação das sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal (f. 23-71). Ou seja, demonstrou-se a conduta ilícita praticada pelo empregado do recorrente Condomínio Edifício Champville e os respectivos danos gerados aos apelados.

No tocante à responsabilização deste apelante (Condomínio), pelo ato de seu empregado, as circunstâncias demonstram à saciedade a sua responsabilidade objetiva por fato de terceiro, consoante dispõe o art. 932, inc. III, do Código Civil:

*“São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (...).”*

Fabício Zamprogna Matiello comenta o referido dispositivo legal:

*“Quando os empregados, serviçais ou prepostos estiverem no desempenho do trabalho que lhes competir, ou agirem em virtude da relação mantida com os empregadores ou comitentes, estão na verdade funcionando como uma longa manus da pessoa para que trabalham. Isso acarreta, quanto a estes, insofismável dever de boa escolha e estrita*

*vigilância sobre os atos praticados nessas condições, de maneira que vigora presunção juris et de jure de responsabilidade pelos danos provocados a terceiros. Tal dever independe do elemento anímico do empregador ou comitente, bastando que tenha havido atuação culposa de quem estava a serviço ou em razão dele agiu, causando danos” (Código Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: Ltr 2007. p. 584).*

Na esteira deste entendimento, segue doutrina de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

*“No mesmo sentido caminha a responsabilidade do empregador pelo fato de seu empregado que provoque danos contra terceiros. Não se trata de imputação objetiva pelo risco, mas pela preposição. A necessidade de garantia da vítima é de tal maneira enfatizada pelo Código Civil, a ponto do empregador ser obrigado objetivamente a indenizar não só pelos atos que o preposto praticar ‘no exercício do trabalho que lhe competir’, como ainda ‘em razão dele’ (art. 932, III, CC). O que propicia a transladação dos danos do ofensor para o patrimônio de seu empregador, não é o risco da atividade – até mesmo pelo fato de que basta ser ‘patrão’, em qualquer atividade -, mas a necessidade de se atender a uma exigência de solidariedade perante a vítima, extensiva às hipóteses em que mesmo fora do exercício de suas atividades ordinárias o empregado se beneficia das facilidades da relação de trabalho para a prática de ilícitos” (Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 517).*

Assim, a escusa do empregador pela reparação dos danos causados pelo seu empregado ou preposto, somente se justificaria no caso de os fatos não terem se dado no exercício ou em razão do trabalho, isto é, relacionado ao vínculo empregatício, o que não é a hipótese dos autos, ou ainda, se restar provado que a culpa pelo evento danoso deu-se exclusivamente por ato da própria vítima, o que também inócorre na espécie.

Consoante preleciona Arnaldo Rizzardo *“deixou de prevalecer a culpa in eligendo ou in vigilando, porquanto incide obrigatoriamente a obrigação de indenizar. Resta ao empregador apenas provar que seu empregado ou o preposto não se portou com culpa, mas que esta maculou a conduta do sedizente lesado.”* (Responsabilidade Civil. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 111).

No caso em exame, sustenta o Condomínio recorrente que ocorreu culpa concorrente das vítimas, pois não residiam no edifício há meses e não se preocuparam em informar ao Banco Itau a alteração de endereço.

Porém, não há qualquer prova dessa alegação. Aliás, mesmo que tivesse, isso não é escusa para que o seu empregado, porteiro do Condomínio, se apoderasse e utilizasse as correspondências remetidas àquela unidade.

Aliás, a testemunha Anacleto Divino Batista dos Santos, zelador do Edifício Chapville, esclareceu os procedimentos adotados pelos funcionários do Condomínio quando do recebimento de correspondências, inclusive para os casos de ex moradores:

*“Que as correspondências registradas destinadas aos autores deviam ser devolvidas ao carteiro; que a praxe é que o porteiro assine o AR e fala sua identificação através da identidade e em seguida a correspondência é entregue ao morador através de um livro protocolo” e que “a rotina de entrega da correspondência ao porteiro não tem exceções porque os moradores confiam naqueles empregados” (f. 166).*

Então, vê-se que a prática ilícita deu-se exclusivamene pela conduta do porteiro do Condomínio, que em vez de seguir o procedimento adequado para devolução da correspondência ao remetente, optou

por se apoderar do cartão de crédito das vítimas e utilizá-lo, as quais não incorreram em qualquer ato de colaboração à ocorrência do evento.

Por fim, nem se diga que a responsabilidade do Condomínio recorrente é subsidiária. O evento danoso se dera em virtude da conjugação de atos, tanto da instituição financeira, como do empregado do Condomínio, os quais, solidariamente, deverão suportar os danos ensejados às vítimas-recorridas.

Como bem enfatizou o Magistrado de origem “*os autores mantinham com cada um dos requeridos uma relação distinta entretanto é sim da conjugação de diversas circunstâncias o resultado do prejuízo material.*” (f. 162).

Logo, a sentença recorrida deve ser integralmente mantida.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pelo Condomínio Edifício Champville 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, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 06 de setembro de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0801765-68.2013.8.12.0046 - Chapadão do Sul**  
**Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE ENTRE TREM E CAMINHÃO BI-TREM – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA DEMONSTRADA – EXCLUDENTE – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade das concessionárias, pessoas jurídicas de direito privado, mas prestadoras de serviço público, é objetiva, por expressa previsão constitucional estampada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Demonstrada a culpa exclusiva da vítima, ora apelante, pelo acidente, em razão da desatenção e da imprudência ao atravessar linha férrea sem os cuidados exigidos, afastada está a responsabilidade civil da delegatária.

Recurso conhecido, mas improvido.

## **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, 6 de setembro de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Paulo Henrique Panazollo, contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS.

Ação de indenização promovida por Paulo Henrique Panazollo contra ALL – América Latina Logística S/A, na qual alega, em síntese, ter se envolvido em acidente com trem de ferro, causando perda total de dois semi-reboques que estavam acoplados em sua carreta.

Sustenta que no dia 21 de setembro de 2013, por volta das 12 horas, o veículo de sua propriedade, um caminhão Scania, ao qual estavam acoplados dois semi-reboques (bi-trem) e era conduzido pelo motorista Marcelo Francisco dos Santos em direção a Paranaíba/MS, ao cruzar a via férrea, localizada na Avenida Presidente Vargas, em Aparecida do Taboado/MS, foi abalroado no segundo semi-reboque pela locomotiva de propriedade da empresa-ré.

Alega que a causa determinante do acidente foi a precária sinalização existente no local, que contava apenas com uma cancela em péssimo estado de conservação instalada no local, bem como pelo fato de que a locomotiva vinha com os faróis apagados e não buzinou.

Aduz que o acidente lhe causou danos materiais, decorrentes da destruição total dos dois semi-reboques, bem como dos lucros cessantes, pois está impedido de trabalhar, já que o veículo era seu meio de subsistência, e, ainda, danos morais.

Requeru a condenação da ré ao pagamento de R\$ 63.910,00 pelos prejuízos materiais, R\$ 15.000,00 pelos lucros cessantes e 100 salários mínimos pelos danos morais (f. 1-8).

Sentença julgou improcedentes os pedidos, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (f. 358-360).

Apelação interposta pelo autor Paulo Henrique Panazollo sustentando a existência de nexos causal entre a conduta do apelado e o evento danoso, dada a falta de sinalização, manutenção e segurança do local onde ocorreu o acidente, em que a via férrea transpõe a avenida (f. 363-376).

Contrarrazões em síntese, refuta os argumentos do apelante (f. 384-396).

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a existência de nexos causal entre a conduta do apelado e o evento danoso.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a sentença recorrida foi publicada em Cartório no dia 13/10/2015 (f. 361), tendo a respectiva intimação ocorrido em 19/10/2015 (f. 362), enquanto que o presente recurso foi interposto em 03/11/2015 (f. 363).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma,

DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

### Do mérito

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros*”.

Adotou-se, no Brasil, a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, na modalidade do risco administrativo, segundo a qual o Estado responde, independentemente de culpa, pelos danos que causar a terceiros, exceto se comprovada a existência de caso fortuito, de força maior ou de culpa exclusiva da vítima.

Em relação às concessionárias e permissionárias de serviço público, ensina Rui Stoco que elas “*são prestadoras de serviço público por delegação. Exercem atividade privativa do Estado, mas que a norma constitucional permite que essa exploração seja direta, pelo próprio Poder Público, ou mediante autorização, concessão ou permissão (CF, art. 21, XII, e), legitimando as pessoas jurídicas de direito privado a exercer aquela atividade privativa. Na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, mas prestando serviço público, equiparam-se ao Estado para efeito de responsabilidade civil (...)*” (in “Tratado de Responsabilidade Civil”, 6ª. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1107).

Portanto, a concessionária de serviços públicos, no caso, de transporte de cargas em linha de trem, responde pelos danos causados aos usuários e não usuários da ferrovia, só se eximindo de tal responsabilidade se demonstrar que o ato ilícito ocorreu por caso fortuito ou por força maior, ou então, em decorrência de culpa exclusiva da vítima.

No caso em análise, alega o apelante que o acidente ocorreu em razão do péssimo estado de conservação da cancela instalada no local do transpasse da avenida sobre a via férrea, bem como pelo fato de que a locomotiva vinha com os faróis apagados, e não buzinou.

Entretanto, ao contrário do que afirma, observa-se das fotos anexadas à inicial (f. 64-81) que o lugar onde ocorreu o sinistro era bem sinalizado por placas indicativas da existência da via férrea, e, ainda, por placas de advertência “PARE, OLHE e ESCUTE”.

De se ressaltar, que as imagens trazidas aos autos pelo apelante em sua inicial, foram registradas no mesmo dia em que o acidente aconteceu, retratando, portanto, fielmente o local dos fatos.

Além da sinalização existente no local, comprovada pelo próprio autor, as testemunhas ouvidas afirmaram que no lugar havia quebra-molas e que o trem estava com as luzes acesas e também emitiu apito sonoro (buzina).

Paulo Norberto Soares, caminhoneiro, disse que passou no local logo após o acidente e que embora a cancela estivesse quebrada, o dia era claro, havia quebra-molas, o trem estava com a luz acesa e emitiu buzina ao atravessar a avenida (f. 206).

Da mesma forma a testemunha Luciano Guimarães Silva confirmou que no local há placas de pare e de alerta, que sinalizam passagem de nível, além de boa visibilidade (f.338).

Por fim, tem-se o relato do maquinista do trem, Henrique de Souza Nascimento, que embora tenha interesse na causa, foi coerente com os demais elementos probatórios constantes dos autos, cujo relato coincide com os apresentados pelas testemunhas, aduzindo que como de praxe, vinha com as luzes acesas e buzinou, como sempre faz quando passa por passagem de nível. E que a sinalização era eficiente no lugar (depoimento audiovisual – vinculado ao termo de f. 307 e à certidão de f. 310).

Como se vê, a prova documental, corroborada pela testemunhal, demonstra que, ainda que a cancela não existisse ou estivesse quebrada, tal elemento não seria suficiente para afastar a responsabilidade do apelante pelo sinistro.

Com efeito, diante da farta sinalização, se ele estivesse conduzindo o caminhão com a atenção devida, teria observado a sinalização, escutado e visto a aproximação do trem, especialmente porque era dia claro, em torno das 12 horas, sem neblinas, sendo que o local é plano e com boa visibilidade.

Nesse contexto, a cancela era somente mais um meio de alerta, em complemento à sinalização que existia no local.

Até a existência dos próprios trilhos são elementos sinalizadores de que o local se trata de passagem de nível.

Acrescenta-se que o apelante é motorista profissional, condutor de veículo de carga, e como tal está acostumado a efetuar cruzamentos dessa espécie, inclusive no local.

Assim, se tivesse observado regularmente a disposição expressa do art. 212, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 03/09/1997), que classifica como infração gravíssima deixar de parar o veículo antes de transpor linha férrea, o acidente não teria ocorrido.

Nesse sentido:

***“APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais. Colisão em linha férrea entre veículo pesado - caminhão e composição da FERRONORTE S/A FERROVIAS NORTE BRASIL (ou AMERICA LATINA LOGÍSTICA - MALHA NORTE S/A). Ausência de responsabilidade da empresa ferroviária. Conjunto probatório que não demonstrou a responsabilidade da requerida. Laudo pericial concludente quanto à responsabilidade do autor pelo evento danoso. Existência de sinalização visível. Cruzamento férreo totalmente plano com possibilidade de visibilidade há centenas de metros de distância. Ausência de nexo de causalidade entre o dano e o mau funcionamento do serviço público. Sentença de improcedência do pedido mantida. Negado provimento ao recurso.”*** (TJSP, Apelação n. 9151444-49.2008.8.26.0000, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, 9ª Câmara de Direito Público, j. 03-10-2012 - grifamos).

Portanto, constata-se que, ainda que se admita que a cancela não estivesse funcionando, tal fator não foi determinante para o acidente.

A culpa pelo evento, outrossim, decorreu da falta de atenção e da imprudência do motorista do caminhão de propriedade do apelante, que atravessou a linha férrea sem observar os devidos cuidados, os quais dele eram exigidos.

Consequentemente, não se pode falar em liame de causalidade entre o evento danoso e o prejuízo experimentado.

À vista dessas considerações, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Paulo Henrique Panazollo 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, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 06 de setembro de 2016.

\*\*\*

**1ª Seção Cível****Mandado de Segurança nº 1403844-41.2015.8.12.0000 - Campo Grande  
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR APOSENTADO VOLUNTARIAMENTE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS – PEDIDO DE INTEGRALIZAÇÃO DOS PROVENTOS – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – AFASTADA – MÉRITO – PRETENSÃO DE INTEGRALIZAÇÃO DOS PROVENTOS POR TER SIDO ACOMETIDO POR DOENÇA GRAVE POSTERIORMENTE AO ATO DE APOSENTAÇÃO – INAPLICABILIDADE DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 198 DA LEI ESTADUAL Nº 1.102/90 – ADVENTO DA LEI Nº 2.157/2000 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA – EM PARTE COM O PARECER.

Relação de trato sucessivo, cuja violação ao direito do impetrante, em tese, estaria ocorrendo mês a mês. Incidência da Súmula 85/STJ. Não ocorrência de prescrição quinquenal de pretensão em face da Fazenda Pública Estadual.

Controvérsia centrada na possibilidade ou não da conversão de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais em aposentadoria com proventos integrais por acometimento de doença grave e incurável, posteriormente ao ato de aposentação.

A redação original do art. 198, da Lei nº 1.102, de 15/10/1990, possibilitava que o funcionário público aposentado com proventos proporcionais, caso viesse, posteriormente, a ser acometido por doença grave, poderia ter seus proventos integralizados.

Entretanto, com a alteração legislativa implementada pelo art. 6º, da Lei nº 2.157, de 26/10/2000, o referido art. 198, da Lei nº 1.102, de 15/10/1990, sofreu alteração, cuja nova redação passou a exigir que, além da doença grave, contagiosa ou incurável, aferida por perícia médica oficial, a pretendida integralização dos proventos exige que o servidor tenha sido aposentado por invalidez, não fazendo jus à pretensão aquele aposentado voluntariamente com proventos proporcionais.

Assim, diante da nova redação do invocado dispositivo, o servidor aposentado por tempo de serviço com proventos proporcionais, acometido por doença grave e incurável, posteriormente à mencionada alteração legislativa, não tem direito a integralização de seus proventos.

Denegação da segurança. Em parte com o parecer.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 1º de agosto de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Valdir Marini contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na homologação do parecer do Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado – CRASE/MS, que negou o pedido de integralização de seus proventos de inatividade em decorrência de ser portador de cardiopatia grave, oriunda de moléstia grave e incurável.

Afirma o impetrante que exerceu o cargo de Delegado de Polícia de carreira neste Estado e obteve a concessão de aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais a vinte e sete (27) anos de serviço, na classe especial, conforme Decreto “P” nº 2.594/95, publicado no Diário Oficial n. 4.084, pag. 13, de 25 de julho de 1995.

Aduz que, após a sua aposentadoria, descobriu ser portador de cardiopatia grave e incurável, tendo sido submetido à cirurgia especializada.

Ressalta que, por conta dessa moléstia grave e incurável, a Segunda Seção Cível deste Tribunal de Justiça lhe concedeu isenção de imposto de renda, conforme decisão proferida no Mandado de Segurança nº 2005.006683-8.

Requeru, assim: a) liminarmente, que seja determinado à Secretaria de Administração, via AGEPREV, promova a integralização de seus proventos de inatividade, e b) a concessão da ordem para reconhecer a sua condição de portador de doença grave, na forma da lei, promovendo a integralização de seus proventos de inatividade, cujos valores devem obedecer a tabela atual dos vencimentos de carreira de Delegado de Polícia (f. 01-11).

Decisão interlocutória indeferiu a liminar requerida (f. 73-74).

Informações: a autoridade coatora sustentou: a) preliminarmente, a ocorrência de prescrição quinquenal, pois a enfermidade ocorreu em torno de oito (08) anos após a concessão de seu ato de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais e o pedido à AGEPREV foi realizado quase vinte (20) anos após, estando prescrito qualquer direito de ter alterada sua aposentadoria; b) no mérito, que não há previsão de conversão ou alteração de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais para aposentadoria por invalidez com proventos integrais (f. 89-99).

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento da preliminar de prescrição e, no mérito, pugnou pela concessão do *mandamus* impetrado por Valdir Marini (f. 102-108).

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso: a) a ocorrência ou não da prescrição quinquenal da pretensão do impetrante, e b) o direito ou não à integralização dos proventos de aposentadoria por ter sido cometido por doença grave após o ato concessivo de sua aposentadoria voluntária com proventos proporcionais.

Preliminar – Prescrição

Em suas informações e defesa o Estado de Mato Grosso do Sul alega que *“a partir do ato concessivo de sua aposentadoria voluntária com proventos integrais, o impetrante poderia, no prazo de até cinco anos, solicitar sua alteração, fundamentado em eventual fato novo, no caso, sua doença, para o fim de obter a alteração de sua aposentadoria, e conseqüentemente, pleitear a integralização de seus proventos.”* (f. 93).

Conclui que *“ao ingressar com o pedido administrativo objeto do processo nº 13/502290/2014 perante a AGEPREV, quase vinte anos se passaram desde a concessão de sua aposentadoria voluntária, estando prescrito qualquer direito de ter alterada sua aposentadoria, para o fim de convertê-la em aposentadoria por invalidez, com a conseqüente integralização dos seus proventos.”* (f. 93).

Trata-se de pedido de integralização de proventos em decorrência de ser o impetrante portador de doença grave e incurável (cardiopatia), o que enseja uma relação de trato sucessivo com a Fazenda Pública, cuja violação ao alegado direito, em tese, estaria ocorrendo mês a mês, desde a data em que, por ter sido diagnosticado portador de doença grave e incurável (cardiopatia), encerraria o direito à pretendida aposentadoria com proventos integrais.

Prescreve a Súmula 85/STJ, que: *“nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não houver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”*

Deste modo, resta irrefutável a não ocorrência da alegada prescrição, razão pela qual rejeito tal preliminar.

#### Mérito

Pretende o impetrante que *“reconhecida a sua condição de portador de doença grave, na forma da lei, promova a integralização de seus proventos de inatividade, por acometimento de doença grave e incurável (cardiopatia grave), cujos valores devem obedecer a tabela atual dos vencimentos da carreira de Delegado de Polícia”* (f. 10).

Aduz que, após a sua aposentadoria, descobriu ser portador de cardiopatia grave e incurável, tendo sido submetido à cirurgia especializada.

Ressalta que, por conta dessa moléstia grave e incurável, a 2ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça lhe concedeu isenção de imposto de renda, conforme acórdão proferido no mandado de segurança nº 2005.006683-8, (f. 38-42).

Por sua vez, sustenta o Estado de Mato Grosso do Sul que *“não há, e nunca houve, a previsão de conversão ou alteração de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais para aposentadoria por invalidez com proventos integrais, na forma pretendida pelo Impetrante.”* (f. 95), e que não há fundamento para que isso ocorra, *“mesmo no caso de advento de doença grave posterior à concessão da referida aposentadoria”* (f. 96), ressaltando, ainda, que *“tal previsão estaria em dissonância com o disposto no artigo 40, parágrafo 1º, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 41/03, bem como com as disposições da Emenda Constitucional nº 70/12”* (f. 97).

Além disso, sustenta que *“não há como prosperar a tese defendida pelo impetrante, de que o artigo 193 c/c artigo 198 da Lei Estadual nº 1.102/90, em sua versão original e vigente à época da concessão de sua aposentadoria voluntária, daria guarida à sua pretensão de integralização de Proventos.”* (f. 97), pois *“tal norma destinava-se aos servidores aposentados por invalidez, com proventos proporcionais, no caso de advento das situações elencadas na norma”*, o que incorre na espécie (f. 98).

No plano Constitucional, o art. 40, § 1º, inciso I, dispõe sobre a aposentadoria por invalidez permanente com proventos proporcionais ao tempo de contribuição ou com proventos integrais nos casos de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa e incurável, na forma da lei.

A Lei Estadual 3.150, de 22 de dezembro de 2005 que consolidou e atualizou a Lei nº 2.207, de 29 de dezembro de 2000, que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV, elencou art. 35, § 5º, como doenças graves, contagiosas ou incuráveis em seu art. 35, § 5º: *“tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida - Aids; esclerose múltipla, contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada; e hepatopatia.”*

No caso em exame, verifica-se que foi concedida ao impetrante aposentadoria voluntária com proventos proporcionais à vinte e sete (27) anos de serviço, calculados com base no art. 196, incisos I, II e V, c/c o art. 199, incisos I e II, ambos da Lei nº 1.102, de 10/10/1990, conforme Decreto “P” nº 2594/95, de 24/07/1995, publicado no Diário Oficial nº 4084, de 25/07/1995 (f. 33).

Posteriormente à concessão da aposentadoria voluntária, o impetrante foi acometido por moléstia grave e incurável (f. 34-36), como restou reconhecido por este Tribunal de Justiça ao julgar o mandado de segurança nº 2005.006683-8, concedendo-lhe a ordem isentou-o do recolhimento do imposto de renda, acórdão este em conformidade à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que *“comprovada a moléstia grave, mesmo que a doença seja diagnosticada após o ato de aposentadoria voluntária, os proventos estão sob a aura da isenção do imposto de renda desde a aposentação”* (Resp 644234 / PR, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, j. 21/10/2004, Resp. n.º 73.687/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; Resp n.º 117.000/RS, Relator Ministro Adhemar Maciel; Resp. n.º 184.595/CE, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins).

O impetrante ingressou com pedido administrativo de revisão de sua aposentadoria, requerendo, com fulcro no art. 198, da Lei nº 1.102, de 15/10/1990, em sua redação original, a conversão de sua aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais, para aposentadoria com proventos integrais, em decorrência de ser portador de doença grave e incurável (cardiopatia grave), conforme se vê às f. 24-29, cujo pedido restou indeferido pelo Diretor-Presidente da AGEPREV em 31/10/2014, com publicação no Diário Oficial em 04/11/2014 (f. 55), com base em parecer prévio que destacou a decadência do direito do ora impetrante à revisão do ato de concessão de benefício, conforme previsto no § 1º, do art. 92, da Lei nº 3.150, de 22/12/2005<sup>1</sup> (f. 50-51).

Em recurso administrativo o pedido foi indeferido pelo CRASE/MS, tendo o Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, em 07/01/2015, homologado o indeferimento (f. 66) com base na manifestação/CJUR/DGRH/SAD N. 3342/2014 (f. 59).

Conforme se infere dos atestados médicos, especialmente aquele elaborado pela médica cardiologista Dra. Cláudia Tavares de Mello Magalhães, CRM/MS 3572, o impetrante *“apresentou um infarto agudo do miocárdio em 08/10/2003 e foi submetido a cirurgia de revascularização miocárdica em 15/10/2003. (...) É portador de miocardiopatia grave”* (f. 34).

Diante disso, requer o impetrante a aplicação do art. 198, da Lei nº 1.102, de 15/10/1990, em sua redação original, o qual previa que *“O funcionário aposentado com proventos proporcionais ao tempo de*

1 § 1º É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

*serviço, se acometido de qualquer moléstia especificada no artigo 195, inciso II, desta Lei, terá o provento integralizado.”*

Ocorre que o referido dispositivo foi modificado e sua redação atual prevê que: “*Art. 198. O servidor aposentado por invalidez com provento proporcional, se acometido por qualquer doença grave, contagiosa ou incurável, terá seu provento integralizado, após pronunciamento da perícia médica oficial.*” (Alterado pelo art. 6º, da Lei nº 2.157, de 26/10/2000 – DOMS, de 27/10/2000).

Como se nota, a alteração na lei ocorreu em outubro de 2000 enquanto que a doença grave que acometeu o impetrante, qual seja, a cardiopatia, surgiu no ano de 2003.

Mas o que interessa no caso, é que, com a mencionada modificação legislativa, para que se dê a pretendida revisão da aposentadoria para fins de conversão dos proventos proporcionais para integrais, o legislador estadual passou a exigir um requisito que antes não era exigido, qual seja, o de que o servidor acometido por qualquer doença grave, contagiosa ou incurável reconhecida por perícia médica oficial, tenha sido aposentado por invalidez, o que, entretanto, não é o caso do impetrante, que se aposentou voluntariamente.

Não se desconhece que esta 1ª Seção Cível já decidiu pela concessão de segurança em situação semelhante, em que o impetrante havia se aposentado voluntariamente por tempo de serviço com proventos proporcionais em 1996, e afirmava ser portador de doença incurável (lesão cicatricial irreversível no olho esquerdo - visão monocular), garantindo ao impetrante o direito à conversão da aposentadoria proporcional em aposentadoria com proventos integrais, bem como à redução da contribuição previdenciária, conforme se extrai da respectiva ementa:

**“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR INATIVO – PEDIDO DE INTEGRALIZAÇÃO DOS PROVENTOS E REDUÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE O BENEFÍCIO – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – MÉRITO – VISÃO MONOCULAR – ENFERMIDADE QUE SE ENQUADRA NO ROL LEGAL A ENSEJAR APOSENTADORIA INTEGRAL E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, NOS TERMOS DO ARTIGO 20, V, DA LEI ESTADUAL 3.150/2005.**

*Não há a falta de interesse processual, por inadequação da via eleita, quando não há necessidade de produção de provas.*

*A autoridade autora do ato coator é parte legitimada para responder pelo mandamus.*

*Tendo em vista que cegueira se encontra no rol exemplificativo de doenças graves e incuráveis previsto no artigo 35, §5º, da Lei Estadual n. 3.150/2005, sem exclusão da visão monocular, o impetrante faz jus à aposentadoria com proventos integrais e à redução da contribuição previdenciária.*

*Segurança concedida.”* (TJMS – Mandado de Segurança - Nº 1408016-60.2014.8.12.0000, Rel. Juiz-Convocado Wilson Bertelli, 1ª Seção Cível, j. 06/10/2014) – Grifamos.

Ocorre que no caso referente ao invocado julgado existe uma importante distinção, a qual impõe-se destacar, qual seja: o impetrante já possuía a doença grave e incurável (cegueira) à época de sua aposentadoria voluntária, que se dera em 1996, sendo-lhe, portanto, aplicável, a legislação em vigor naquela data, qual seja, o art. 198, da Lei nº 1.102, de 15/10/1990, com a sua redação original, sem a modificação posteriormente introduzida pela Lei nº 2.157, de 26/10/2000.

Já, no presente caso, o impetrante apresentou a doença grave posteriormente, em data que já não vigorava mais a redação original do art. 198, da Lei nº 1.102, de 15 de outubro de 1990, não sendo, pois, possível, o deferimento do pedido de integralização, o que não configura a alegada afronta ao princípio da isonomia, face à inexistência de autorização legislativa a amparar a pretensão deduzida, conforme já decidiu esta 1ª Seção Cível, conforme se extrai da ementa a seguir colacionada:

**“EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE APOSENTADORIA – SERVIDOR APOSENTADO COM PROVENTOS PROPORCIONAIS AO TEMPO DE SERVIÇO – PRETENSÃO DE INTEGRALIZAÇÃO DOS PROVENTOS, POR INVALIDEZ PERMANENTE – DOENÇA GRAVE POSTERIOR AO ATO DE APOSENTAÇÃO – INAPLICABILIDADE DA REDAÇÃO ANTIGA DO ART. 198 DA LEI ESTADUAL N. 1.102/90 – ADVENTO DA LEI 2.157/2000 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – EXTENSÃO DA NORMA INCABÍVEL – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – RECURSO IMPROVIDO.**

*Da nova redação do art. 198 da Lei Estadual n. 1.102/90, dada pela Lei n. 2.157/00, não se conclui que o servidor aposentado por tempo de serviço, com proventos proporcionais, possa obter a integralização de seus proventos em razão de ter sido acometido posteriormente por doença grave, uma vez que o dispositivo abrange tão somente os casos de servidores aposentados **por invalidez**, com proventos proporcionais, diante da comprovação da patologia por perícia médica oficial.*

*Não se tratando de situações idênticas, não há falar em ofensa ao princípio da isonomia” (TJMS – Embargos Infringentes em Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.016745-6/0001-00, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 09/09/2009 - grifamos).*

Diante do exposto, rejeito a preliminar de prescrição e, no mérito, denego a segurança, em parte com o parecer.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maranhão, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 01 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0003957-06.2004.8.12.0019 - Ponta Porã**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES – REJEITADA – MÉRITO – IMPLANTAÇÃO DE MEDIDAS DE CONSERVAÇÃO DE RODOVIA – ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INOCORRÊNCIA – CUSTAS PROCESSUAIS – AUTARQUIA ESTADUAL – ART. 24, I, DA LEI ESTADUAL N. 3.779/2009 – ISENÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O recurso é tempestivo, tendo em vista que não houve expediente no Foro Judicial de Primeira e Segunda Instância na data de 5.3.2014.

O Poder Judiciário pode interferir na Administração Pública para fazer as correções de desvios ou de omissão dos entes públicos, respeitando-se os limites da discricionariedade da Administração e sem que tal interferência configure afronta à harmonia dos três poderes.

Nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009, as autarquias estaduais estão isentas do recolhimento das custas processuais.

## 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, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta pela Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL contra sentença (fls. 712-723) que julgou parcialmente procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

A autarquia estadual ora apelante afirma, em suas razões recursais, que:

*A realização de obras de conservação nas estradas constituem “atribuição exclusiva do serviço público, o qual somente pode ser efetuado mediante licitação. Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias; a Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal segundo preceitos de Direito e da Moral, visando o bem comum. (f. 734).*

*O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo; esse poder é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefícios da comunidade e em respeito à lei. (f. 734).*

*E se a autoridade administrativa, no exercício dos poderes da Administração Pública vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas; o excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo; essa conduta abusiva, tanto se caracteriza pelo descumprimento frontal da lei, quando a autoridade age claramente além de sua competência. (f. 735).*

*O exame da pertinência da operacionalização de serviços públicos situa-se no âmbito da conveniência, oportunidade e eficiência do ato, e portanto, de competência exclusiva da autoridade administrativa e ao Judiciário é vedado interferir no juízo administrativo, pois a sua atuação restringe-se ao controle da legalidade dos atos da Administração. (f. 738).*

Ao final, requer “(...) que este egrégio Tribunal receba o recurso de apelação, dando provimento ao mesmo para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido em face da AGESUL, pela impossibilidade do Poder Judiciário impor ao Poder Executivo quais as prioridades devem ser atendidas e/ou quais ações e/ou obras que devem ser por ele realizadas, sob pena de incorrer em infringência ao princípio da independência e harmonia ente os poderes. Em sendo esta superada, seja reformada a sentença, excluindo a condenação no pagamento das custas processuais, já que a apelante é isenta do pagamento de tais emolumentos em razão do que está previsto no inciso I, do art. 6º da Lei Estadual n. 2.152, de 26 de outubro de 2000 c/c o art. 24, inciso I da Lei Estadual n. 3.779/09”. (fls. 739-740).

O Ministério Público Estadual, ora apelado, devidamente intimado, apresentou suas contrarrazões às fls. 746-752, suscitou preliminar de intempestividade do recurso e requereu o não conhecimento do mesmo, afirmando, ainda, que “Em sendo superada a preliminar suscitada, requer seja julgado parcialmente procedente o recurso, isentando-se a apelante do ônus de arcar com sutas processuais”.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 794-82, argui a preliminar de intempestividade do recurso e, no mérito, “(...) caso seja conhecido, pelo parcial provimento, somente para afastar a condenação nas custas processuais, exceto em honorários periciais. Pugno, ainda, para que, em reexame necessário, seja afastada a condenação do Município de Aral Moreira das custas processuais, exceto honorários advocatícios, bem como do apelante, não conhecido seu recurso de apelação”.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL contra sentença (fls. 712-723) que julgou parcialmente procedente a ação civil pública em epígrafe ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

A sentença ora combatida, naquilo que interessa à solução da lide, tem a seguinte redação:

(...)

*Posto isso, em relação à AGESUL, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos na inicial, CONDENANDO-A a realizar: a) o levantamento do nível da rodovia estadual MS-485 em relação às áreas agrícolas, bem como o nivelamento do leito da rodovia, de forma abaulada, para que permita o escoamento das águas pluviais e evite o acúmulo de água no leito da rodovia; b) a implantação a longo do trecho que vai da rodovia MS-286 até o Rio Corrientes, de lombadas (camalhão), assim com aumentar a quantidade de saída da água (bigode) e caixas de contenção, no intuito de reduzir e diminuir o volume e velocidade da águas sentido ao declive; c) a construção de caixas de contenção próximas ao Rio Corriente, em ambos os lados, de forma bem dimensionada, com objetivo de reter e/ou segurar a descida de possíveis resíduos agroquímicos oriundos das áreas agrícolas desenvolvidas ao longo da rodovia MS-485. Em relação ao Município de Aral Moreira, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos deduzidos na inicial, unicamente para determinar a limpeza ou troca dos tubos existentes sob a estrada municipal no entroncamento com a rodovia MS-485. Em relação aos demais réus, proprietários de imóveis rurais na região, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos feitos na inicial. Em decorrência, julgo extinto o feito, com resolução do mérito, e o faço com base no art. 269, I, do CPC. Sucumbente, condeno a AGESUL e o Município de Aral Moreira no pagamento das custas e despesas processuais (incluindo honorários periciais), na razão de 80% para a AGESUL e 20% para o Município, isentando-os, contudo, do pagamento de honorários advocatícios ao Ministério Público, já que entendo não ser cabível tal verba, visto que, se fosse o inverso, o Parquet não seria condenado. Entender de forma contrária seria ferir o princípio da isonomia. Ademais, tenho que o Ministério Público não pode ser considerado como advocacia pública, a exemplo do que ocorre com a Defensoria Pública (Estadual e Federal), as Procuradorias dos Estados, dos Municípios, da Fazenda Pública Nacional e outros, principalmente se considerarmos que a missão institucional do MP não se coaduna com as mesmas características dos órgãos acima referidos. Isso se deve não apenas pela afirmação de que a fixação de honorários advocatícios, em favor do MP, fere o princípio da igualdade, mas também porque, além disso, há expressa vedação constitucional (CR/88, art. 128, §5º, II, alínea a) ao recebimento de honorários pelo Ministério Público, nas hipóteses de ganho de causa nas ações civis públicas, por exemplo. Tanto essa vedação é clara que as disposições constitucionais relativas ao Ministério Público encontram-se em Seções diferentes do capítulo IV, da CR/88 (o MP, na seção I, e da Advocacia Pública, nas Seções II e II), o que evidencia as singularidades de cada tipo de órgão e as suas limitações constitucionais. Neste sentido: (...) Bem por tal razão, friso, na parte em que o MP quedou-se sucumbente, também não há que se falar no pagamento de honorários, ainda mais quando não comprovada a má-fé do Ilustre Representante do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. P.R.I., arquivando-se oportunamente. (Grifei)*

Anote-se, desde logo, que, tendo em vista a entrada em vigor 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.

Com efeito, 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 trata da vigência da lei no tempo é a da irretroatividade da lei nova. A irretroatividade 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 profligada foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o 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<sup>1</sup>, acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Analiso, inicialmente a preliminar de intempestividade suscitada pelo Ministério Público Estadual em suas contrarrazões e reafirmada pelo Procurador-Geral de Justiça em seu parecer.

Preliminar de intempestividade.

Sustenta o *parquet* que “*por se tratar a apelante de órgão da Fazenda Pública, deve o prazo para recorrer ser computado em dobro (...) às fls. 727-728, verifica-se que a apelante foi intimada da sentença em 03/02/2014, tendo o prazo recursal se iniciado em 04/02/2014 e encerrando-se em 05/03/2014, porém a apelação somente foi interposta no dia 06/03/2014, sendo, portanto, intempestiva. Salienta-se, que o dia 05/03/2014 foi feriado somente até às 12 h por se tratar de quarta-feira de cinzas (extrato anexo), não restando obstada a interposição do recurso em sua data final*” (f. 749)

Sem razão o recorrido.

Verifico que, conforme Portaria n. 134, de 26 de fevereiro de 2014, não houve expediente no Foro Judicial de Primeira e Segunda Instância na data de 5.3.2014, que funcionou apenas com sistema de plantão. Veja-se:

*O Presidente do Conselho Superior da Magistratura, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 165, XXV, “a”, 4, da Resolução n. 237, de 21 de setembro de 1995,*

*Considerando que o Decreto “E” n. 14, de 25 de fevereiro de 2014, no âmbito do Poder Executivo, declarou ponto facultativo no dia 5 de março de 2014 (quarta-feira de Cinzas) nas repartições públicas da Administração Direta e Indireta,*

*Resolve:*

*Art. 1º Declarar ponto facultativo no dia 5 de março de 2014, no Foro Judicial de Primeira e Segunda Instância, devendo funcionar o plantão Judiciário, nos termos do Provimento n. 306/2014. P. R. C.*

*Campo Grande, MS, 26 de fevereiro de 2014.*

Considerando que o recurso foi interposto na data de 6.3.2014, o recurso é tempestivo, razão pela qual afastado a preliminar de intempestividade.

Mérito.

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.

Afirma a agência recorrente que “o exame da pertinência da operacionalização de serviços públicos situa-se no âmbito da conveniência, oportunidade e eficiência do ato, e portanto, de competência exclusiva da autoridade administrativa e ao Judiciário é vedado interferir no juízo administrativo, pois a sua atuação restringe-se ao controle da legalidade dos atos da Administração” (f. 738)

Dou parcial provimento ao recurso.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face da Agesul – Agência Estadual de Gestão Empreendimentos e outros alegando, em síntese, que no ano de 1.998 instaurou Inquérito Civil para apurar manejo irregular do solo do Distrito de Rio Verde do Sul, no Município de Aral Moreira, onde estaria ocorrendo danos ambientais na micro bacia da Cabeceira do Cedro, tendo daí sido elaborado termo de ajuste no qual estabeleceram-se metas e providências para a solução dos referidos problemas.

Ocorre que, no ano de 2003, após contato com os autores da denúncia que motivara a atuação ministerial, a fim de verificar a eficácia das medidas empreendidas, foi informado o Ministério Público que as irregularidades lesivas ao meio ambiente ainda persistiam.

Realizada a perícia técnica pelo *expert* nomeado pelo juízo, chegou-se à seguinte conclusão:

*Com base em tudo exposto no decorrer deste laudo, temos que: O local vistoriado é determinado por um trecho da Rodovia Estadual MS-485, do entroncamento (trevo) da Rodovia Estadual MS-286 com a Rodovia Estadual MS-485 até o Rio Corrientes, numa extensão aproximada de 10 km;*

*Na verificação in loco do trecho vistoriado da rodovia MS-485, realizou-se as constatações das características gerais ao longo da rodovia durante todo o trecho, como manejo e práticas de conservação das propriedades, bem como do manejo e conservação da rodovia MS-485 (trecho Trevo MS-286/MS-485 – Rio Corrientes).*

*Dessa forma, quanto ao manejo e práticas de conservação das propriedades, que se encontram de frente ao trecho vistoriado, desenvolvem atividades agrícolas com plantio de culturas anuais como soja, milho, aveia, etc, adotando –se o sistema de plantio direto e práticas de conservação do solo como cabeceira de terraço, terraços e caixas de contenção;*

*Entretanto, quanto ao manejo e conservação da Rodovia Estadual MS-485 (trecho vistoriado – Trevo MS-286/MS até Rio Corrientes), foram constatados defeitos e irregularidades no sistema de drenagem da rodovia ao longo do trecho, havendo necessidade de implantação de medidas de ajuste ao sistema de drenagem da rodovia;*

*Ressalta-se que em quase todos os imóveis localizados ao longo da rodovia MS-485 (trecho vistoriado) utilizam a faixa de domínio para os cultivos agrícolas. Que de acordo com a lei n. 3.344, de 22 de novembro de 2006, rodovia estadual, tem que ser respeitado uma faixa de domínio de 20m de largura para cada lado a partir do eixo da rodovia.(f. 632-678)(Grifei)*

Ora, cediço que não é dado ao Poder Judiciário a competência para interferir no proceder da Administração Pública, exceto quando tratar-se da legalidade dos atos por ela praticados, sob pena de violação ao princípio da separação e independência dos poderes.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ressaltam que:

*O Poder Judiciário pode exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos, no que tange à constitucionalidade e legalidade, sempre que o administrado alegar ameaça ou lesão a direito. Para tanto, é imprescindível que o ato administrativo já tenha sido praticado pela autoridade administrativa. Em caso de ato administrativo complexo, é necessário que se tenha completado para que haja, efetivamente, ato administrativo. O Poder Judiciário pode exercer esse controle porque, na verdade, não está interferindo na esfera do outro poder, mas julgando lide entre o administrado e a administração. Julgar lide é exercer jurisdição, tarefa típica do Poder Judiciário. O controle prévio, preventivo, de ato administrativo, isto é, controle jurisdicional sem que o ato tenha sido completamente praticado, obstaculizando a atividade do Poder Executivo por interferência antecipada do Poder Judiciário, é admissível apenas em casos excepcionalíssimos, como, por exemplos, no de incompetência flagrante da autoridade para praticar o futuro ato. V. Palu. Atos de governo; Seabra Fagundes. Controle<sup>2</sup>. (Grifei)*

Acresça-se que a Administração tem deveres e obrigações no trato com a coisa pública e na consecução dos objetivos do bem comum.

Com efeito, cabe-lhe implementar serviços e construir obras públicas, sendo inaceitável omitir-se de suas atribuições perante a coletividade.

Nesse sentido, o Poder Judiciário pode interferir na Administração Pública para fazer as correções de desvios ou de omissão dos entes públicos, respeitando-se os limites da discricionariedade da Administração e sem que tal interferência configure afronta à harmonia dos três poderes.

Pertinente trazer à baila julgamento do STF, nos autos do RE 581352-AM, da lavra do Ministro Celso de Mello:

(...)

*Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.*

*É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.*

(...)

É exatamente o que ocorre no presente caso, eis que, conforme atestou o perito, “quanto ao manejo e conservação da Rodovia Estadual MS-485 (trecho vistoriado – Trevo MS-286/MS até Rio Corrientes), foram constatados defeitos e irregularidades no sistema de drenagem da rodovia ao longo do trecho, havendo necessidade de implantação de medidas de ajuste ao sistema de drenagem da rodovia”, razão pela qual o Ministério Público encontra-se legitimado para o ajuizamento da presente ação civil pública diante de indiscutível interesse público e coletivo de se ter um meio ambiente protegido, interesse resguardado por ação civil pública.

Nessa esteira, eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE FATOS E PROVAS*

<sup>2</sup> Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 158.

*DOS AUTOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.*

1. *O recurso extraordinário não se presta ao reexame da legislação infraconstitucional e de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas n.ºs 636 e 279 desta Corte.*

2. *O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.*

3. *Agravo regimental não provido.*<sup>3</sup> (Grifei)

Assim, ao contrário do afirmado, não há falar em intervenção arbitrária do Poder Judiciário nos atos narrados nos autos.

Por fim, sustenta a recorrente que “*em que pese a erudição deste nobre julgador, sua excelência não atentou para o fato de que a requerida-apelante é entidade autárquica, com personalidade jurídica definida como de direito público interno, a teor do disposto no inciso I, do art. 6º da Lei n. 2.152, de 26 de outubro de 2000. Assim, está acobertada pela isenção de custas processuais preconizada pelo art. 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/09 (que dispõe sobre o regimento de custas dos atos processuais do Poder Judiciário), a qual revogou a Lei Estadual n. 1.936/98*” (f. 739) (Grifei)

Com razão a recorrente neste particular.

Dispõe o artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/09, que:

*Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:*

*I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;*

Nesse sentido, essa Corte já se manifestou:

*EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA – ART. 3º, INCISO II, DA “RESOLUÇÃO CONJUNTA SAD/PGENº01” – DOCUMENTOS – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINARES REJEITADAS – DEVOLUÇÃO DE VALORES – RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A MAIOR – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – ACRÉSCIMOS DEVIDOS – INPC/IBGE – ÍNDICE OFICIAL PARA ATUALIZAÇÃO DE VALORES PLEITEADOS POR SERVIDOR PÚBLICO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO – CUSTAS PROCESSUAIS – AUTARQUIA ESTADUAL – ART. 24, I, DA LEI ESTADUAL N. 3.779/2009 – ISENÇÃO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ART. 17 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CONDUTA INTENCIONALMENTE MALICIOSA E TEMERÁRIA NÃO CARACTERIZADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CAUSA DE PEQUENO VALOR – APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO DE AMBAS AS PARTES PROVIDOS PARCIALMENTE.*

*Compete à Procuradoria Regional de Entidades Públicas de Dourados/MS atuar nos feitos de primeiro grau de jurisdição até a interposição dos recursos cabíveis, quando então comunicará à Procuradoria Jurídica da entidade pública interessada, com sede na Capital, para acompanhamento junto à instância superior.*

<sup>3</sup> AI 593676 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-069 Divulg 09-04-2012 Public 10-04-2012.

*A juntada de documentos úteis ao deslinde da causa é admissível em qualquer fase do processo, sendo essa a melhor interpretação a ser dada aos arts. 396 e 397 do Código de Processo Civil.*

*O pagamento efetuado a menor, ainda que tenha sido feito com base no Decreto nº 10.868/02, deve ser acrescido da respectiva atualização monetária e juros de mora.*

*O INPC/IBGE é o índice oficial para atualização de valores pleiteados por servidor público em face da Administração.*

*Nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009, as autarquias estaduais estão isentas do recolhimento das custas processuais.*

*A ocorrência da litigância de má-fé pressupõe volição que precisa ser demonstrada, exigindo, de maneira irrefutável, o dolo da parte manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária.*

*Nas causas de pequeno valor, os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade, nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.<sup>4</sup> (Grifei)*

Desta forma, a recorrente, autarquia estadual, é isenta do recolhimento das custas, razão pela qual a sentença deve ser reformada nesse ponto.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL apenas para isentá-la do pagamento das custas processuais. No mais, mantenho íntegra a sentença recorrida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar 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. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

\*\*\*

4 TJMS. Apelação Cível n. 2011.024468-2/0000-00. Relator Des. Joenildo de Souza Chaves. 1ª Turma Cível. Julgamento 14.9.2011

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0001788-95.2009.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. – PRISÃO EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – DECLARAÇÃO POSTERIOR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8072/92 PELO STF SEM EFEITO *ERGA OMNES* – ANÁLISE DE PROGRESSÃO DE REGIME PREJUDICADA EM RAZÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E CONSEQUENTE SOLTURA DA AUTORA ORAPELANTE – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA – RECURSO IMPROVIDO.

O *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, impetrado no Supremo Tribunal Federal, julgou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que previa regime prisional integralmente fechado para o crime de tráfico de drogas, não possui efeitos *erga omnes*.

Se a análise dos requisitos para a concessão da progressão de regime restou prejudicada em razão do livramento condicional e consequente soltura da condenada, não há falar em ato ilícito a ser imputado ao Poder Estatal capaz de ensejar indenização por dano moral.

## 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, 12 de julho de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Maria da Piedade Felix Marinho contra sentença (fls. 216-222) proferida nos autos da ação de reparação de danos ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

A apelante alega, em síntese, que:

*No dia 21/11/2004 a recorrente foi presa em flagrante portando entorpecentes, sendo julgada e condenada em primeiro grau a quatro anos de reclusão. Em sede de apelação teve a sentença reduzida para três anos. (f. 228).*

*Posteriormente, ajuizou Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, onde solicitara a concessão de progressão de regime, sendo deferida a ordem. (f. 228).*

*Sendo assim, e conforme detalha os cálculos da pena da recorrente (cópia anexa aos autos), a previsão da progressão de regime era a seguinte: a) semi-aberto em 20/05/2005; b) aberto em 19/10/2005. (f. 228).*

*Todavia, mesmo preenchendo os requisitos subjetivos, não foi concedida à recorrente a progressão de regime da pena, sendo que a mesma só foi retirada do regime fechado em 19/12/2006, ou seja, sendo mantida no regime mais rigoroso 19 meses a mais do que deveria. (f. 228).*

*Ora, se a decisão do plenário do STJ ocorreu em 23/02/2006 e, tendo a recorrente direito a progressão de regime, deveria a mesma ser posta, a partir de então, no regime menos rigoroso, no caso o regime aberto. Como já demonstrado nos autos, a mesma só saiu do regime fechado em 19/12/2006. Em suma, não há que se negar que a recorrente foi mantida excessivamente em regime fechado! (f. 230).*

*Tanto o Juízo da Execução como o Ministério Público deixaram de fazer o que obriga a lei. Foi omissão. É, portanto, considerado erro judiciário. (f. 230).*

*A restrição da liberdade é medida que deve ser fiscalizada pelo Estado com precisão, exigindo-se a manutenção da segregação do sentenciado apenas no estrito limite da lei. (f. 231).*

Ao final, requer “(...) a procedência do recurso para o fim de reformar a sentença e dar procedência ao pedido, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, conforme o pedido constante na inicial”. (f. 231).

O Estado de Mato Grosso do Sul, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 236-245, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Maria da Piedade Felix Marinho contra sentença (fls. 216-222) proferida nos autos da ação de reparação de danos ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

A apelante alega, em síntese, que:

*No dia 21/11/2004 a recorrente foi presa em flagrante portando entorpecentes, sendo julgada e condenada em primeiro grau a quatro anos de reclusão. Em sede de apelação teve a sentença reduzida para três anos. (f. 228).*

*Posteriormente, ajuizou Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, onde solicitara a concessão de progressão de regime, sendo deferida a ordem. (f. 228).*

*Sendo assim, e conforme detalha os cálculos da pena da recorrente (cópia anexa aos autos), a previsão da progressão de regime era a seguinte: a) semi-aberto em 20/05/2005; b) aberto em 19/10/2005. (f. 228).*

*Todavia, mesmo preenchendo os requisitos subjetivos, não foi concedida à recorrente a progressão de regime da pena, sendo que a mesma só foi retirada do regime fechado em 19/12/2006, ou seja, sendo mantida no regime mais rigoroso 19 meses a mais do que deveria. (f. 228).*

*Ora, se a decisão do plenário do STJ ocorreu em 23/02/2006 e, tendo a recorrente direito a progressão de regime, deveria a mesma ser posta, a partir de então, no regime menos rigoroso, no caso o regime aberto. Como já demonstrado nos autos, a mesma só saiu do regime fechado em 19/12/2006. Em suma, não há que se negar que a recorrente foi mantida excessivamente em regime fechado! (f. 230).*

*Tanto o Juízo da Execução como o Ministério Público deixaram de fazer o que obriga a lei. Foi omissão. É, portanto, considerado erro judiciário. (f. 230).*

*A restrição da liberdade é medida que deve ser fiscalizada pelo Estado com precisão, exigindo-se a manutenção da segregação do sentenciado apenas no estrito limite da lei. (f. 231).*

Ao final, requer “(...) a procedência do recurso para o fim de reformar a sentença e dar procedência ao pedido, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, conforme o pedido constante na inicial”. (f. 231).

Anote-se que, tendo em vista a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões recursais do presente recurso, impõe-se uma breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

Com efeito, 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 a respeito da 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 recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o 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<sup>1</sup>, acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Nego provimento ao recurso.

Nada obstante estar fora de dúvida que o entendimento de que, em caso de danos causados a particulares, a responsabilidade do estado, tomado este no seu sentido lato, é objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa, esta não é a hipótese dos autos.

Com efeito, não há falar em ato ilícito a ser imputado ao Estado ora apelante na situação vertente, isto porque inexistente nexos de causalidade entre o dano alegadamente sofrido pela ora apelante e o ato estatal apontado como omissivo.

<sup>1</sup> 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.

Compulsando os autos (f. 16), verifica-se que a autora, ora apelante, foi presa em flagrante em 21.11.2004, e condenada, em 31.5.2005, pelo crime de tráfico de drogas, às penas de 3 (três) anos de reclusão em regime integralmente fechado mais 50 dias – multa.

Em que pesem suas alegações no sentido de ter cumprido sua pena indevidamente em regime integralmente fechado, razão pela qual invoca seu suposto direito de ser indenizada pela não aplicação de progressão de regime, tenho que não lhe assiste razão, isto porque, à época da condenação, em 2005, encontrava-se em vigor e, conseqüentemente, surtindo efeitos, o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que previa o regime prisional integralmente fechado para o tipo penal epigrafado.

Repise-se, ademais, que o *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, impetrado no Supremo Tribunal Federal e julgado em 23.2.2006, declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que previa regime prisional integralmente fechado, não teve efeitos *erga omnes*.

De outra banda, o *Habeas Corpus* nº 68.812 MS impetrado no Superior Tribunal de Justiça em favor da ora apelante, com base no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP acima aludido, cujo acórdão foi publicado em 12.12.2006, não concedeu a progressão de regime à autora, mas, tão-somente, afastou a vedação legal da progressão de regime prisional contida no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90, deixando para o juízo da execução penal a análise do cumprimento dos demais requisitos necessários para a concessão do benefício (fls. 14-15).

Importante, contudo, salientar que, referida análise de requisitos subjetivos, por parte do juízo da execução penal, restou prejudicada, diante da concessão do livramento condicional em 18.12.2006 (fls. 60-61) e posterior soltura da apelante em 20.12.2006 (f. 62).

Logo, não há ato ilícito a ser imputado ao Poder Estatal capaz de ensejar indenização pelo dano moral supostamente sofrido pela apelante no caso em apreço.

Como bem observado pelo magistrado Eduardo Eugênio Siravegna Júnior, “*não havendo erro judiciário (erro in procedendo ou erro in judicando) não há base jurídica ao pleito indenizatório, por não haver ato ilícito, mas mero exercício legítimo do Poder Estatal.*” (f. 220)

Neste sentido:

*EMENTA: INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS POR ALEGADA PRISÃO ILEGAL - CONDENAÇÃO DO AUTOR EM PRIMEIRA INSTÂNCIA POR ABUSO DE AUTORIDADE - RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO - IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE - PRISÃO EM REGIME ABERTO ATÉ SER ABSOLVIDO, EM APELAÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO, DOLO, CULPA, FRAUDE OU ERRO DE AGENTE ESTATAL - INOCORRÊNCIA DE PRISÃO ILEGAL - ERRO JUDICIÁRIO NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO.*

*Se o policial foi condenado em primeira instância a uma pena de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de abuso de autoridade, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade por ser reincidente específico, daí porque cumpriu integralmente a reprimenda no seu local de trabalho, e posteriormente vem a ser absolvido, em apelação, por insuficiência de provas, não há que falar em erro judiciário, posto que o sentenciante não laborou em erro, fraude, dolo ou culpa, alcançando o decreto condenatório por seu livre convencimento.<sup>2</sup>*

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

2 TJSC; AC: 2511 SC 2005.000251-1, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 05/04/2005, Segunda Câmara de Direito Público.

## **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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0807486-05.2014.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REPORTAGENS E MATÉRIAS JORNALÍSTICAS – LIBERDADE DE IMPRENSA – INOCORRÊNCIA DE EXCESSOS – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

As críticas exercidas através dos órgãos de imprensa às pessoas públicas não podem sofrer limitações extremas, pois caracterizam-se, efetivamente, como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

A liberdade de imprensa, destarte, não se restringe ao direito de informar, desdobrando-se também em outros direitos como o direito de crítica, que, ao menos na análise restrita aos requisitos para a antecipação da tutela *inaudita altera pars*, parece-me ter sido exercido pelos recorridos nas matérias jornalísticas indicadas pelo agravante.

A inveracidade das informações que eventualmente venham a ser divulgadas pode e deve ser reprimida *a posteriori* por meio de ações de responsabilidade civil, sendo relevante anotar, outrossim, que a maior penalidade será o próprio descrédito do órgão de imprensa que comprovadamente publica matérias inconsistentes.

Matérias que se limitam a noticiar fatos, sem nenhuma pecha difamatória, inserindo-se nos limites da liberdade de imprensa, não ensejam indenização a título de dano moral.

## 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, 19 de julho de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta, respectivamente, por Nelson Trad Filho e por Walquiria Menezes Moraes contra sentença (fls. 794-813) que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer cumulada com tutela antecipada cumulada com indenização por danos materiais e morais em epígrafe.

Nelson Trad Filho, em suas razões recursais, aduz, em síntese, que:

*Infere-se dos autos que a parte autora promoveu a presente demanda aventando que os réus veicularam em seus sites na internet, diversas reportagens danosas à sua honra e imagem, informando dados inverídicos, o que merece ser rechaçado pelo Judiciário, em razão do abuso no dever de informação, pugnando, assim, pela condenação dos réus ao pagamento de indenização. (f. 820)*

*Pois bem, no caso, há um evidente conflito entre princípios constitucionais, qual seja, o de liberdade de expressão e o da proteção dos direitos da personalidade do autor, pelo que, o trato da questão recomenda uma aprofundada reflexão, especificamente sobre a resolução da antinomia real decorrente. (f. 820)*

*[...] as referidas notícias trazem diversas informações falsas que tem por escopo desgastar a imagem do autor. As insidiosas alegações não revelam a sua origem, o que as tornam mendazes estando sujeitas a repreensão legal. (f. 828)*

*Violam direito à honra, ao atribuir falsamente ao apelante a condição de praticante de vários ilícitos, quando inexistente o ajuizamento de qualquer medida judicial em razão dos fatos narrados. (f. 830)*

*Em que pesem tais considerações, importante ressaltar que, sendo mantido o entendimento do MM. Juiz a quo, a sentença de fls. 794/813 contrariará não só os artigos 12, 16, 17 e 20 do Código Civil, mas também o artigo 5º, inciso X da CF/88. (f. 835)*

Ao final, requer “o provimento do presente recurso para reformar totalmente a sentença recorrida, no sentido de se condenar os apelados ao pagamento de importância a ser fixada por Vossas Excelências, a título de danos morais e materiais, mais custas processuais e honorários advocatícios, com a remoção imediata das reportagens acintosas divulgadas na internet pelos apelados, ofendendo a honra do apelante.” (f. 835)

Sebastião Ronei de Souza Ribeiro – ME, devidamente intimado, apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença (fls. 845-847).

Walquiria Menezes Moraes, patrona de Sebastião Ronei de Souza Ribeiro – ME, também apela, alegando, em suma, que:

*[...] por interpretação de equidade requer com vistas a complexidade da causa e a capacidade de pagamento da parte sucumbente sendo político e figura pública gestor municipal desta Capital, requer por ser de justiça a majoração da verba honorária, em R\$ 20.000,00 uma vez que o valor fixado de R\$ 5.000,00 não traduz a realidade das partes nem a complexidade da causa nem o trabalho intelectual desenvolvido nos autos pela presente advogada requerente, para que não se promova enriquecimento ilícito em detrimento do trabalho da causídica tendo em vista que a banca de advogados mantida pelo ex-prefeito por certo deverá ter um alto custo ao mesmo que nem de longe sente dificuldade para tanto, que ao contrário dispõe até pelo seu notório poderio econômico facilidade em propor e sustentar infinitas lides e demandas. (f. 849)*

Por fim, pleiteia que “seja julgado provido o presente recurso adesivo e totalmente improvido o recurso de apelação interposto pela parte ex adversa, confirmando-se a sentença apelada nos demais pontos levados a devolução com exceção da verba honorária que requer através da interposição do presente recurso adesivo a sua majoração.” (f. 850)

Devidamente intimado, Nelson Trad Filho apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento dos recursos e pela manutenção da sentença (fls. 861-864).

**VOTO**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelação cível interposta, respectivamente, por Nelson Trad Filho e por Walquiria Menezes Moraes contra sentença (fls. 794-813) que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer cumulada com tutela antecipada cumulada com indenização por danos materiais e morais em epígrafe.

A sentença, naquilo que interessa à solução do presente recurso, foi vertida nos seguintes termos:

*O requerente veio a este juízo pleitear obrigação de fazer, em sede de tutela antecipada, e indenização por danos materiais e morais, a que os requeridos lhe teriam causado.*

*Alegou ser político nacionalmente conhecido, tendo ocupado os cargos de vereador, deputado estadual, prefeito e secretário de estado, e que a partir do ano de 2013 passou a ser alvo de campanha difamatória e caluniosa, em sítios de notícias eletrônicas de propriedade dos requeridos.*

*Informou que o requerido Sebastião é titular do domínio “www.estadomsnews.com”, cujo sítio possui considerável tráfego de acesso, com aproximadamente 865.000 leitores, e que a requerida Daria é titular do domínio “www.portali9.com.br”, que também com possui expressivo tráfego de leitores, com aproximadamente 207.300 acessos mensais.*

*Sustentou que os referidos portais de notícias não têm cunho estritamente informativo, se tratando de sítios de comércio eletrônico, e operando mediante a captação de anúncios de patrocinadores, interessados na divulgação de seus produtos e serviços, pelo que seriam ávidos por notícias escandalosas (ainda que inverídicas), razão pela qual os REQUERIDOS seriam dados à prática de publicação de notícias caluniosas.*

*Aduziu que os requeridos vêm divulgando de forma insidiosa fatos mordazes, a fim de denegrir sua honra, imagem e boa reputação. Transcreveu trechos das referidas notícias.*

*Argumentou que as notícias falsas publicadas em sites com vários leitores tem grande potencial danoso, sendo que os requeridos ainda permitiriam a publicação de comentários anônimos, nos quais leitores ultrapassariam o limite da liberdade de expressão, com ofensas.*

*Defendeu que, em razão dos atos ilícitos, sofreu danos morais e materiais, os quais dispensariam a comprovação efetiva de sua ocorrência.*

*Pediu a antecipação dos efeitos da tutela, com sua confirmação ao final, a fim de determinar aos requeridos a remoção dos conteúdos ofensivos dos sítios de notícias citados, e para que se abstenham de divulgar futuros fatos ou imagens relacionados ao autor, em qualquer mídia.*

*Pediu a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em valores a serem arbitrados pelo juízo. Requereu o processamento do feito em segredo de justiça. Deu à causa o valor de R\$ 60.000,00 e juntou documentos.*

*Emendou a inicial para listar outras ações em trâmite contra a requerida Daria, onde teriam sido deferidas liminares símeles. Determinou-se a emenda à inicial e indeferiu-se o pleito de segredo de justiça.*

*Em nova emenda à inicial, o requerente aduziu que os supostos danos materiais decorreram do desembolso de valores consideráveis com a contratação de consultores especialistas de marketing digital, bem como de advogado especializado na área de direito digital, para coibir os incidentes contra sua hora.*

*Defendeu a possibilidade de realizar pedido genérico, eis que o exato valor da compensação pelos danos sofridos seria materialmente indeterminável, ante as consequências do ato ilícito.*

*Pediu a condenação dos requeridos em valor não inferior a R\$ 10.000,00, a título de danos materiais, e requereu a produção de prova documental.*

*Recebeu-se a inicial nos termos de suas emendas.*

*A tutela antecipada foi concedida pelo Tribunal de Justiça, em recurso de agravo. Citaram-se os requeridos.*

*O requerido Sebastião apresentou contestação como defesa, na qual alegou preliminarmente sua ilegitimidade passiva, invocando ainda a exceção da verdade, a fim de afastar sua culpabilidade.*

*Sustentou que os conteúdos narrados na peça inicial se remeteriam a matérias jornalísticas veiculadas por outros veículos de comunicação, como Folha de São Paulo, Globo, Fantástico, Midiamax, dentre outros, e que o requerente teria ingressado com a presente a fim de impedir que as notícias publicadas nacionalmente circulem em seu domicílio eleitoral.*

*Aduziu que as matérias nada têm de mentirosas, fantasiosas ou ofensivas, estando dentro dos limites da liberdade de expressão, possuindo caráter público e de interesse da sociedade.*

*Defendeu o direito à liberdade de expressão, e a expedição de ofícios ao Ministério Público Federal e Estadual, a fim de fornecerem certidões de ações em andamento contra o requerente, como prova da exceção da verdade.*

*Afirmou que as matérias consideradas ofensivas foram escritas por Adriano Borges, que foi colunista do site, e que seria o verdadeiro responsável pela prática dos atos discutidos.*

*Pediu a improcedência dos pedidos, requereu a concessão da gratuidade processual, e a produção de todos os meios de provas admitidos em direito.*

*A requerida Daria apresentou contestação, em que também sustentou preliminarmente sua ilegitimidade passiva, eis que as matérias trazidas com a inicial não teriam sido publicadas no “Portal i9”, e atacou a decisão liminar concedida pelo Tribunal de Justiça.*

*No mérito, alegou que as reportagens apontadas pelo requerente não estariam no ar, e que estas apenas relatariam de forma clara e objetiva o resultado de apuração jornalística, baseada em fatos verídicos e no pronunciamento de terceiros, os quais apenas teriam sido transcritos, no exercício do direito à liberdade de expressão e informação.*

*Impugnou a ocorrência de danos morais, eis que o requerente não teria comprovado qualquer fato que relacionasse a notícia e sua imagem à algum prejuízo moral.*

*Pediu o acolhimento da preliminar, ou a improcedência dos pedidos. Requereu os benefícios da justiça gratuita, e a juntada posterior de procuração e documentos constitutivos. Juntou documentos.*

*O requerente noticiou o descumprimento da liminar, pelos requeridos, que teriam intensificado a campanha difamatória, com a publicação de novas matérias.*

*Em réplica às contestações, o requerente impugnou as preliminares aventadas e a exceção da verdade pretendida.*

*Defendeu o abuso de direito cometido pelos requeridos, ratificando suas teses e pedidos.*

*Determinou-se a expedição de ofício ao Facebook, determinando a imediata remoção de conteúdo veiculado em desacordo com a liminar do TJMS. Determinou-se, ainda, o bloqueio do acesso à Internet do site “www.portali9.com.br”, e a expedição de ofício ao MPE, comunicando a desobediência à ordem judicial (f. 590-592).*

*Em seguida, o requerente informou suposto novo descumprimento da decisão liminar, com publicação de conteúdo ofensivo através de jornal impresso do “Portal i9”, requerendo a busca e apreensão de nova edição do folhetim.*

*Indeferiu-se a medida requerida, e encerrou-se a instrução. Vieram-me conclusos para sentença.*

*É esta, em apertada síntese, a história relevante deste processo.*

*Decido*

*Inicialmente cabe o afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva aventada pelos requeridos, eis que a simples alusão pelo demandante da responsabilidade civil deles é suficiente a legitimá-los a figurar no pólo passivo da demanda, à luz da Teoria da Asserção, aplicável às condições da ação.*

*Não é inviável, tampouco, o litisconsórcio entre os requeridos, eis que a opção de reunir em um único feito ações com a mesma causa de pedir, donde ambos são legitimados a figurar no pólo passivo.*

*Trata-se, em verdade, de caso de litisconsórcio facultativo simples, cuja decisão final inclusive poderia ser diferente para cada um dos litisconsortes, que são tratados como parte autônoma.*

*Assim, todas as condições da ação estão presentes, sendo o requerido Sebastião também legítimo demandado, vez que além da responsabilidade a ele atribuída na inicial, o documento de f. 66 comprova a existência de sua relação jurídica com o autor, por ser o titular do domínio “estadomsnews.com”, em que foram publicadas as matérias discutidas nos autos.*

***Quanto à requerida Dária, que alega ser parte ilegítima na demanda, vez que as reportagens discutidas não estariam publicadas no “Portali9”, igualmente não lhe assiste razão.***

***Isto porque, embora as reportagens citadas na inicial, que conteriam conteúdo imputado como ofensivo, não possam mais ser encontradas no sítio “www.portali9.com.br”, tal ocorreu em razão da decisão liminar do TJMS, que determinou que fossem removidas.***

*Além disso, os documentos de fls. 82-112 provam que houve a publicação no referido site, de propriedade da requerida Dária.*

*Por conseguinte, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva dos requeridos, mantendo a relação jurídica processual tal qual se encontra.*

*Antes de adentrar ao mérito, vale lembrar que a exceção da verdade era mecanismo previsto na Lei de Imprensa, não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, no ano de 2009, no julgamento da ADPF 130.*

*Diante desse julgamento, observado o efeito erga omnes a ele atribuído, retirou-se referida lei do ordenamento jurídico, razão pela qual as causas oriundas do direito de imprensa, liberdade de informação e de expressão hão de ser analisadas sob a ótica do direito comum (Código Civil), norteadas pelos preceitos constitucionais atinentes à matéria.*

*Deste modo, de acordo com as regras ordinárias de distribuição dos ônus das provas previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor provar os fatos constitutivos dos direitos que reclama em juízo, e ao réu, os fatos que alega em contraposição àqueles que foram aludidos pelo autor; sejam modificativos, impeditivos ou extintivos.*

*No mérito, o autor pretende que os requeridos sejam condenados à obrigação de fazer, para remoção de conteúdo que inquina de ofensivo publicado em seus sites, e à obrigação de não fazer, para que se abstenham de divulgar fatos ou imagens relacionados a sua pessoa, além de sua condenação à indenização por danos materiais e Morais.*

*Primeiro, é importante definir os limites do julgamento da presente, no que se refere à pretensão de obrigação de fazer e à indenização por danos materiais e morais.*

*Nesse passo, referidos pedidos estão limitados aos fatos narrados na inicial e em suas emendas, os quais se relacionam exclusivamente ao conteúdo das reportagens veiculadas nos sites “www.estadomsnews.com.br” e “www.portali9.com.br”, entre fevereiro de 2013 e março de 2014, acostas às fls. 72-111.*

*Isso porque o requerente, após a contestação e em sede de Agrado de Instrumento, colacionou novas matérias que supostamente ofenderiam sua honra, as quais não podem embasar a presente à eventual condenação à obrigação de fazer e ao pagamento de indenizações, posto que não fazem parte da inicial e não foi dado aos réus o direito de se defenderem quanto a elas.*

*Trata-se, na verdade, de se obedecer à estabilização da demanda, mediante a causa de pedir trazida pelo autor, e sobre a qual se oportunizou o direito de contraditório e ampla defesa, sendo-lhe vedado a sua modificação ou mesmo ampliação após completada a relação jurídica processual.*

*Dito isto, em primeiro lugar há que se analisar se as reportagens relacionadas às fls. 72-111 têm cunho nitidamente ofensivo, se ultrapassaram os limites da liberdade de expressão, e se configuram a prática de ato ilícito, em tese passível de indenização.*

*Nesse contexto, tenho que as pretensões contidas na inicial são improcedentes, pois, após a instrução processual e análise criteriosa das provas, não se vislumbra das matérias trazidas aos autos nítido intento de injuriar, difamar ou caluniar o requerente.*

*No caso como o dos autos, cabe à seara da cível da Justiça apenas dizer se as matérias têm conteúdo ofensivo aos direitos da personalidade do autor, em especial ao direito à imagem, o que, como dito, se responde negativamente. Isto porque, da análise das notícias colacionadas não se vislumbra o cometimento de ato ilícito pelos requeridos, estando ausente pressuposto caracterizador da responsabilidade civil aquiliana, eis que não houve abuso do direito de informar.*

*Vale dizer, é certo que a situação pode ser desagradável ao requerente (o que se tem por certo, inclusive, eis que versam diretamente sobre sua conduta e carreira política), contudo, como pessoa pública e, devido aos cargos que ocupou, há de se ver que está mais exposto a críticas da sociedade quanto aos fatos que lhe dizem respeito.*

*Também impende considerar que as reportagens questionadas foram publicadas em ano eleitoral, no qual o requerente foi candidato ao cargo de governador deste estado, sendo natural que as críticas da imprensa, nessas épocas, sejam mais ácidas ou contundentes.*

*Esse é um dos ônus que a figura pública, como o autor bem ressalta na inicial ser, tem de suportar por estar em constante evidência, com ampla vigilância e análise da população em geral e da imprensa, mesmo porque suas ações nunca agradarão a sociedade por um todo, sendo natural a proliferação de manifestações negativas pelos seus opositores.*

*Destarte, tenho que as matérias jornalísticas em questão não possuem nítido caráter ofensivo ao requerente, e tampouco sejam abusivas, pois apenas noticiam fatos supostamente cometidos por ele, os quais inegavelmente são de interesse público, mormente porque à época era ele pré-candidato ao governo estadual.*

*Ou seja, não há qualquer ato ilícito que possa ser imputado aos requeridos em decorrência das citadas matérias jornalísticas, que se restringem à narrativa de fatos e a opinião dos jornalistas, tratando-se de exercício regular do direito de informar e criticar quem quer que seja.*

*Logo, os requeridos apenas exerceram seu direito constitucional de livre manifestação de pensamento, previsto nos artigos 5º, incisos IV e IX, e 220, § 2º, ambos da Constituição Federal.*

(...)

*Como já se destacou na decisão de f. 150-162, todas as notícias indicadas na inicial, sem exceção, dizem respeito à vida pública do requerente, e não à sua pessoa privada ou individualidade, aspecto este que é de interesse de toda a população.*

(...)

*Não se trata, como se vê, sequer de análise do conflito entre a liberdade de imprensa e a inviolabilidade da honra, ambos previstos no art. 5º da Constituição Federal (incisos IX e X), que se resolveria na presença ou não da boa-fé do repórter, mas sim no próprio interesse coletivo derivado da atividade exercida pelo requerente, que impõe-lhe a posição de criticar e ser criticado por sua atuação na condução dos interesses políticos sob seu jugo, gostando ou não dos resultados ou do teor das opiniões contrárias.*

*Os trechos destacados na inicial como ofensivos não são suficientes para embasar condenação por danos morais e materiais, ou concessão de medida inibitória extremada como as postuladas, eis que configurariam censura e, à par da situação de pessoa pública*

*do requerente, que por si já impede a pretensão de proibir meios de comunicação de veicular seu nome ou imagem, o próprio raciocínio por traz do pedido fere a liberdade de imprensa.*

*A lição acerca dessa, e de sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito pode ser também magistralmente demonstrada da leitura do seguinte acórdão, da lavra do Min. Ayres Brito, na ADI 4451 MC-REF (negritos nossos):*

*Na mesma toada segue o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrigui proferido no REsp 1388994 / SP, versando acerca da mesma questão que aqui se coloca, de se proibir a veiculação de informações via imprensa, com base na possibilidade de ofensa à honra (novamente negritamos):*

*(...)*

*Como se percebe do julgado mencionado, em se sopesando o direito à honra, e a possibilidade de futura lesão a este, com o direito à liberdade de imprensa, esta sempre prevalecerá, cabendo ao interessado, tal qual ocorre nos presentes, questionar a validade e veracidade da informação, buscando a reparação cabível, porém sem jamais anuir na possibilidade de censura prévia ao conteúdo do órgão de imprensa questionado.*

*Verifica-se que sequer ao legislador é dado efetuar proibições legislativas à liberdade de imprensa e de expressão, e se sequer a lei pode fazê-lo, jamais poderia o Judiciário se arvorar nesta função, podando a liberdade constitucional de expressão, à guiza de analisar ser esta ou aquela opinião mais correta.*

*O embate de opiniões é necessário e indispensável ao correto andamento do estado democrático de direito, e depende da livre expressão destas, sem juízos valorativos que as impeçam de ser proferidas.*

*Ademais disso, embora tenha sido dado provimento ao agravo (após concessão de liminar) quanto ao indeferimento da medida em sede liminar, o próprio relator originário do recurso modificou seu entendimento, esposando este que ora se adota na presente sentença, consoante se verifica de seu voto acostado às fls. 512/517.*

*Embora se tenha determinado, na decisão de fls. 590-592, o bloqueio do veículo de notícias “Portal i9”, assim se fez para dar efetividade à tutela antecipada concedida pelo egrégio Tribunal de Justiça. Entretanto, após a instrução processual, a manutenção desta medida não se mais se justifica, de modo que revogo a decisão.*

*Ainda que restasse comprovado o abuso no direito à informação, entendo que negar aos requeridos, ou a qualquer veículo de imprensa, o direito de divulgar futuros fatos ou imagens relacionadas ao autor em qualquer mídia, tratar-se-ia de censura prévia, que lesionaria gravemente a liberdade de expressão, alcançada a duras penas, como bem se sabe.*

*Bise-se que não implica em responsabilização civil a divulgação de reportagem jornalística cujo conteúdo diga respeito a críticas mordazes, irônicas, ou impiedosas, ainda mais se forem dirigidas à pessoa pública, investida de autoridade governamental, como foi o autor.*

*Observações nesse contexto, expressadas pelos meios de comunicação, afastam o intuito doloso de ofender; vez estão amparadas pela garantia constitucional de liberdade de informação e de pluralismo de ideias, bases do Estado Democrático de Direito em que o país se insere.*

*Aliás, é o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 705.630-AgR/SC. Vejamos trecho do voto do Relator Ministro Celso de Mello Portanto, em decorrência da amplitude da proteção à liberdade de crítica, tenho que não restou comprovada qualquer prática de ato ilícito pelos requeridos, de forma que inexistente a obrigação de remover as matérias discutidas dos veículos de notícia em que foram publicadas, e tampouco de se abster da divulgação de futuras matérias jornalísticas relacionadas ao autor, com o fim de informar.*

*Com efeito, inexistem os alegados danos morais e materiais, e o dever de indenizar. Até mesmo porque, quanto aos danos materiais, o requerente sequer comprovou os prejuízos supostamente sofridos, limitando-se a argumentar, em emenda à inicial, que em direito é admitido o pedido genérico.*

*Obviamente que em sede de danos materiais não se admite a realização de pedidos genéricos, exigindo-se a efetiva comprovação do prejuízo suportado, pois o que não se pode mensurar exatamente em valores são os danos morais, que se tenta compensar de alguma forma com o arbitramento de indenização.*

*Por derradeiro, ante a sucumbência, as custas e despesas processuais ficam a cargo do requerente, na sua integralidade, assim como o pagamento de honorários advocatícios aos patronos contrários, fixados nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, no valor de R\$ 5.000,00, por requerido.*

*Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, e condenar o requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, e ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos adversos, fixados por equidade, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil), por parte requerida.*

*Ressalte-se que diante da improcedência dos pedidos do autor, a tutela antecipada concedida pelo TJMS fica sem efeito.*

*Outrossim, revogo por completo a decisão de f. 590-592. (destaquei)*

Anote-se que, tendo em vista a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões recursais do presente recurso, necessária uma breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

Com efeito, o advento do novo Código de Processo Civil 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 trata da 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 recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o 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<sup>1</sup>, acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Nelson Trad Filho afirma, em suma, que (i) “no caso, há um evidente conflito entre princípios constitucionais, qual seja, o de liberdade de expressão e o da proteção dos direitos da personalidade do autor, pelo que, o trato da questão recomenda uma aprofundada reflexão, especificamente sobre a resolução da antinomia real Decorrente” (f. 820); (ii) “as notícias tenderam, tão somente, para o sensacionalismo, que envolveram, como dito, um agente político, no caso, o autor” (f. 823); (iii) “É nítida a intenção dos jornalistas, que possuíam o dever de informar, mas propositadamente, como dito, não cumpriram seu dever, ao destacarem, sem qualquer fundamento, uma suposta atuação ilegal do autor/apelante” (f. 829); (iv) “se as notícias fazem transparecer o descumprimento de um dever não atribuível ao autor, impondo-lhe a condição de agente político que não observa a sua obrigação legal, evidente o dano provocado” (f. 829); (v) “Embora a alegação de que as notícias veiculadas tenham sido lançadas em outras reportagens, tal fato não transmuda a alegação em verdadeira sendo autorizada sua repercussão, ainda mais sem a referência ao autor original destas informações que, repita-se, não foram comprovadas como Verdadeiras” (f. 829); (vi) “a manutenção da divulgação das ofensas na Internet nos endereços eletrônicos referenciados, com a redação ali constante, configura calúnia e difamação como já alegado. Esta é a inteligência dos artigos 138 e 139 do Código Penal” (f. 830); (vii) “Tem-se, portanto, como inadmissível a violação ao nome e a honra do apelante, em razão dos mesmos estarem configurados em nosso ordenamento jurídico como direitos da personalidade, estatuídos, inclusive, como direitos de cunho constitucional” (f. 833); (viii) “No caso dos autos, considerando-se a gravidade objetiva do fato, com a exposição demasiada do autor, agente político, o que, via reflexa, depõe contra a própria instituição que este representa, aumentando o descrédito da população nos agentes políticos, bem como a pecha que se impõe, na vida particular do autor, os fatos noticiados da forma como restou apresentada, justifica-se a fixação da verba, tal como requerido” (f. 834); e (ix) “E uma vez reconhecida a atitude ilícita dos requeridos, impõe-se a remoção da internet dos sítios de notícias, representados pelos endereços eletrônicos já registrados nestes autos” (f. 834).

Walquiria Menezes Moraes, recorre, adesivamente, pugnando pela majoração da verba honorária para R\$ 20.000,00.

Os recursos não merecem provimento.

Anoto, por primeiro, que a liberdade de imprensa, assim como todo e qualquer direito, ainda que garantido em sede constitucional, não é absoluto, encontrando limite no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

Nesse diapasão, cediço que aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado, nos termos do disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal<sup>2</sup>, bem como com base no que dispõem os arts. 186 e 187 do Código Civil<sup>3</sup>.

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.

2 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

3 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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Outrossim, sabido e ressabido que, em ações como a do caso presente, o julgador, dentro do poder de cautela que lhe é exigido, deve analisar as circunstâncias do caso concreto com extremo cuidado, pois encontra-se diante do que costuma-se denominar de um *hard case*, hipótese em que há uma evidente colisão de direitos fundamentais, aparentemente de igual estatura constitucional.

No caso, de um lado, mais especificadamente, a liberdade de imprensa e de informação jornalística e, de outro, os direitos à honra e à imagem.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, é indiscutível que a defesa da liberdade de imprensa certamente contribui para o fortalecimento das instituições democráticas.

Assim, é dever da sociedade defender a imprensa livre, garantindo suas prerrogativas constitucionais de informar com lealdade, isenção e imparcialidade.

A questão que se coloca, destarte, é, tão somente, se aqueles que fazem uso da informação podem fazê-lo de modo irrestrito, ainda que nessa condição venham causar prejuízos a terceiros, ao praticarem atos que podem revelar-se atentatórios à honra e ao decoro alheios.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, tem anotado com muita propriedade – nas hipótese em que há colisão de direitos fundamentais – que se deve proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto para, após um juízo pautado na razoabilidade e proporcionalidade, chegar-se a uma conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro.

Veja-se o que bem salientou, aliás, a Ministra Nancy Andriahi, em voto proferido no julgamento de um caso semelhante ao dos autos:

*A questão insere-se na apreciação conjunta da liberdade de imprensa e do direito ao segredo da vida privada, ambos assegurados pela Constituição Federal – a primeira no art. 5º, IV, IX e XIV e no art. 220; o segundo no art. 5º, X. Nenhum dos princípios mencionados é absoluto, ou seja, eles encontram limite no próprio sistema constitucional no qual estão inseridos. Controvérsia semelhante já foi apreciada pela 3ª Turma do STJ, tendo o i. Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito ressaltado a necessidade de se “ponderar as duas pontas da liberdade, aquela da preservação da dignidade da pessoa humana e aquela da livre circulação da informação pela mídia”. (REsp 403.639/PR, DJ: 10/3/2003). Na ponderação e aplicação concomitante dos princípios constitucionais mencionados devem ser analisadas as peculiaridades do caso posto à apreciação judicial.<sup>4</sup>” (Destaquei)*

Trata-se, pois, do denominado juízo de ponderação, cujo propósito é a flexibilização de interesses jurídicos que entram em conflito no caso concreto e que, muito embora sejam todos válidos, um deverá preponderar sobre o outro, mediante técnica em que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tem fundamental importância.

Diante dessas premissas, para o desfecho da questão posta em julgamento, é importante analisar se o apelado limitou-se ao exercício do direito de liberdade de imprensa de informar com verdade e com fidelidade os fatos, ou se afastou-se dele, ofendendo a honra, dignidade, moral e imagem do ora apelante.

Passa-se, assim, ao exame do conjunto probatório.

Consta dos autos que os requeridos, ora apelados, teriam publicado em seus portais de notícias, de forma insidiosa fatos mordazes a fim de denegrir a honra, imagem e boa reputação.

4 STJ. REsp 613374/MG. Ministra Nancy Andriahi. DJ 12/09/2005.

Verifico, com efeito, que as matérias veiculadas são meramente narrativas ou críticas, não havendo nenhum sensacionalismo nas suas publicações, o que, como sabido, é vedado pelo ordenamento jurídico.

Observo que em nenhum momento o ora apelado criou os fatos descritos em suas publicações, os quais, são públicos e exaustivamente veiculados na imprensa local e nacional.

Ademais, as reportagens questionadas foram publicadas em ano eleitoral, no qual o ora apelante foi candidato ao cargo de governador deste estado, sendo natural que as críticas da imprensa, nessas épocas, sejam mais ácidas ou contundentes.

Ora, esse é um dos ônus que a figura pública, tem de suportar por estar em constante evidência, com ampla vigilância e análise da população em geral e da imprensa, mesmo porque suas ações nunca agradarão a sociedade por um todo, sendo natural a proliferação de manifestações negativas pelos seus opositores.

Destarte, tenho que as matérias jornalísticas em questão não possuem nítido caráter ofensivo ao apelante, e tampouco sejam abusivas, pois apenas noticiam fatos supostamente cometidos por ele, os quais inegavelmente são de interesse público, mormente porque à época era ele pré-candidato ao governo estadual.

Nesse sentido, colaciono trecho da sentença que bem delineou a questão:

*Primeiro, é importante definir os limites do julgamento da presente, no que se refere à pretensão de obrigação de fazer e à indenização por danos materiais e morais.*

*Nesse passo, referidos pedidos estão limitados aos fatos narrados na inicial e em suas emendas, os quais se relacionam exclusivamente ao conteúdo das reportagens veiculadas nos sites “www.estadomsnews.com.br” e “www.portali9.com.br”, entre fevereiro de 2013 e março de 2014, acostas às fls. 72-111.*

*Isso porque o requerente, após a contestação e em sede de Agrado de Instrumento, colacionou novas matérias que supostamente ofenderiam sua honra, as quais não podem embasar a presente à eventual condenação à obrigação de fazer e ao pagamento de indenizações, posto que não fazem parte da inicial e não foi dado os réus o direito de se defenderem quanto a elas.*

*Trata-se, na verdade, de se obedecer à estabilização da demanda, mediante a causa de pedir trazida pelo autor, e sobre a qual se oportunizou o direito de contraditório e ampla defesa, sendo-lhe vedado a sua modificação ou mesmo ampliação após completada a relação jurídica processual.*

*Dito isto, em primeiro lugar há que se analisar se as reportagens relacionadas às fls. 72-111 têm cunho nitidamente ofensivo, se ultrapassaram os limites da liberdade de expressão, e se configuram a prática de ato ilícito, em tese passível de indenização.*

*Nesse contexto, tenho que as pretensões contidas na inicial são improcedentes, pois, após a instrução processual e análise criteriosa das provas, não se vislumbra das matérias trazidas aos autos nítido intento de injuriar, difamar ou caluniar o requerente.*

*No caso como o dos autos, cabe à seara da cível da Justiça apenas dizer se as matérias têm conteúdo ofensivo aos direitos da personalidade do autor, em especial ao direito à imagem, o que, como dito, se responde negativamente. Isto porque, da análise das notícias colacionadas não se vislumbra o cometimento de ato ilícito pelos requeridos, estando ausente pressuposto caracterizador da responsabilidade civil aquiliana, eis que não houve abuso do direito de informar.*

*Vale dizer, é certo que a situação pode ser desagradável ao requerente (o que se tem por certo, inclusive, eis que versam diretamente sobre sua conduta e carreira política), contudo, como pessoa pública e, devido aos cargos que ocupou, há de se ver que está mais exposto a críticas da sociedade quanto aos fatos que lhe dizem respeito.*

*Também impende considerar que as reportagens questionadas foram publicadas em ano eleitoral, no qual o requerente foi candidato ao cargo de governador deste estado, sendo natural que as críticas da imprensa, nessas épocas, sejam mais ácidas ou contundentes.*

*Esse é um dos ônus que a figura pública, como o autor bem ressalta na inicial ser, tem de suportar por estar em constante evidência, com ampla vigilância e análise da população em geral e da imprensa, mesmo porque suas ações nunca agradarão a sociedade por um todo, sendo natural a proliferação de manifestações negativas pelos seus opositores.*

*Destarte, tenho que as matérias jornalísticas em questão não possuem nítido caráter ofensivo ao requerente, e tampouco sejam abusivas, pois apenas noticiam fatos supostamente cometidos por ele, os quais inegavelmente são de interesse público, mormente porque à época era ele pré-candidato ao governo estadual.*

*Ou seja, não há qualquer ato ilícito que possa ser imputado aos requeridos em decorrência das citadas matérias jornalísticas, que se restringem à narrativa de fatos e a opinião dos jornalistas, tratando-se de exercício regular do direito de informar e criticar quem quer que seja.*

*Logo, os requeridos apenas exerceram seu direito constitucional de livre manifestação de pensamento, previsto nos artigos 5º, incisos IV e IX, e 220, § 2º, ambos da Constituição Federal.*

*(...)*

*Como já se destacou na decisão de f. 150-162, todas as notícias indicadas na inicial, sem exceção, dizem respeito à vida pública do requerente, e não à sua pessoa privada ou individualidade, aspecto este que é de interesse de toda a população.*

*(...)*

*Não se trata, como se vê, sequer de análise do conflito entre a liberdade de imprensa e a inviolabilidade da honra, ambos previstos no art. 5º da Constituição Federal (incisos IX e X), que se resolveria na presença ou não da boa-fé do repórter, mas sim no próprio interesse coletivo derivado da atividade exercida pelo requerente, que impõe-lhe a posição de criticar e ser criticado por sua atuação na condução dos interesses políticos sob seu jugo, gostando ou não dos resultados ou do teor das opiniões contrárias.*

*Os trechos destacados na inicial como ofensivos não são suficientes para embasar condenação por danos morais e materiais, ou concessão de medida inibitória extremada como as postuladas, eis que configurariam censura e, à par da situação de pessoa pública do requerente, que por si já impede a pretensão de proibir meios de comunicação de veicular seu nome ou imagem, o próprio raciocínio por traz do pedido fere a liberdade de imprensa.*

*A lição acerca dessa, e de sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito pode ser também magistralmente demonstrada da leitura do seguinte acórdão, da lavra do Min. Ayres Brito, na ADI 4451 MC-REF (negritos nossos):*

*Na mesma toada segue o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrigui proferido no REsp 1388994 / SP, versando acerca da mesma questão que aqui se coloca, de se proibir a veiculação de informações via imprensa, com base na possibilidade de ofensa à honra (novamente negritamos:*

*(...)*

*Como se percebe do julgado mencionado, em se sopesando o direito à honra, e a possibilidade de futura lesão a este, com o direito à liberdade de imprensa, esta sempre prevalecerá, cabendo ao interessado, tal qual ocorre nos presentes, questionar a validade e veracidade da informação, buscando a reparação cabível, porém sem jamais anuir na possibilidade de censura prévia ao conteúdo do órgão de imprensa questionado.*

*Verifica-se que sequer ao legislador é dado efetuar proibições legislativas à liberdade de imprensa e de expressão, e se sequer a lei pode fazê-lo, jamais poderia o Judiciário se arvorar nesta função, podando a liberdade constitucional de expressão, à guiza de analisar ser esta ou aquela opinião mais correta.*

*O embate de opiniões é necessário e indispensável ao correto andamento do estado democrático de direito, e depende da livre expressão destas, sem juízos valorativos que as impeçam de ser proferidas.*

*Ademais disso, embora tenha sido dado provimento ao agravo (após concessão de liminar) quanto ao indeferimento da medida em sede liminar, o próprio relator originário do recurso modificou seu entendimento, esposando este que ora se adota na presente sentença, consoante se verifica de seu voto acostado às fls. 512/517.*

*Embora se tenha determinado, na decisão de fls. 590-592, o bloqueio do veículo de notícias “Portal i9”, assim se fez para dar efetividade à tutela antecipada concedida pelo egrégio Tribunal de Justiça. Entretanto, após a instrução processual, a manutenção desta medida não se mais se justifica, de modo que revogo a decisão.*

*Ainda que restasse comprovado o abuso no direito à informação, entendo que negar aos requeridos, ou a qualquer veículo de imprensa, o direito de divulgar futuros fatos ou imagens relacionadas ao autor em qualquer mídia, tratar-se-ia de censura prévia, que lesionaria gravemente a liberdade de expressão, alcançada a duras penas, como bem se sabe.*

*Bise-se que não implica em responsabilização civil a divulgação de reportagem jornalística cujo conteúdo diga respeito a críticas mordazes, irônicas, ou impiedosas, ainda mais se forem dirigidas à pessoa pública, investida de autoridade governamental, como foi o autor.*

*Observações nesse contexto, expressadas pelos meios de comunicação, afastam o intuito doloso de ofender; vez estão amparadas pela garantia constitucional de liberdade de informação e de pluralismo de ideias, bases do Estado Democrático de Direito em que o país se insere.*

*Aliás, é o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 705.630-AgR/SC. Vejamos trecho do voto do Relator Ministro Celso de Mello Portanto, em decorrência da amplitude da proteção à liberdade de crítica, tenho que não restou comprovada qualquer prática de ato ilícito pelos requeridos, de forma que inexistente a obrigação de remover as matérias discutidas dos veículos de notícia em que foram publicadas, e tampouco de se abster da divulgação de futuras matérias jornalísticas relacionadas ao autor, com o fim de informar.*

*Com efeito, inexistem os alegados danos morais e materiais, e o dever de indenizar. Até mesmo porque, quanto aos danos materiais, o requerente sequer comprovou os prejuízos supostamente sofridos, limitando-se a argumentar, em emenda à inicial, que em direito é admitido o pedido genérico.*

De fato, as matérias jornalísticas mencionadas, ainda que evidenciem sobremodo a antipatia da linha editorial ao ora apelante, estão fulcradas no exercício do direito de crítica, de modo que não há elementos suficientes para reconhecer o abuso no exercício do referido direito.

Por oportuno, vejam-se os seguintes tópicos das razões iniciais que contêm trechos de manifestações os quais, segundo alega o recorrente, são falsos ou ofensivos à sua honra:

*Mais não é o primeiro TRAD que tem a atitude aparentemente contra uma mulher comentada pela população: Em 2007 as Professoras Carmem e Noir viraram notícia nacional divulgada pelo programa Fantástico, pois foram afastadas da escola pública onde trabalhavam porque simplesmente se apaixonaram. A decisão defendida pelo Prefeito da época, Nelson TRAD Filho, se dizia unânime e baseava nas “consequências desastrosas” caso o fato chegasse ao “conhecimento da comunidade”. Mais uma vez Campo Grande se envergonhou pela imagem passada, o prefeito foi acusado de ser homofóbica e as professoras processaram a mesma.*

*Aparentemente desesperado com tudo, Nelson Trad foi a um programa de TV e desviou o assunto sobre o motivo das investigações da CPI, ele acabou atacando ferozmente o Deputado Amarildo Cruz, exemplar Parlamentar que participou da mesma, tentando vergonhosamente questionar os gastos e valores das investigações e até entrou em processos pessoais do Deputado numa nítida e clara tentativa de mudar o foco que neste momento esta sobre ele e consequentemente atingindo em cheio sua candidatura. O que Nelsinho não se lembra, é que se for tentar desviar o assunto de, qualquer uma das irregularidades da sua gestão, infelizmente vai faltar assunto para inventar.*

*Nelsinho some das mídias para não desgastar mais sua imagem.*

*Enquanto tudo isso acontece, Nelsinho simplesmente entrega geladeiras com o Governador para tentar alavancar sua candidatura no interior do Estado, além de evitar de depor na CPI da Saúde, e quando finalmente apareceu em um programa de TV onde poderia se defender, ele resolveu “atacar” o Deputado Amarildo Cruz tentando por em dúvida os gastos da CPI numa vergonhosa e clara tentativa de desviar o foco de si próprio.*

*Infelizmente a gestão passada não soube, apesar de tudo, cuidar dessa obra. Todo ano após as festividades natalinas, a Cidade do Natal perdia seu encanto, ficava abandonada, apodrecendo com o tempo devido a má qualidade de suas estruturas, virava ponto de usuários de drogas, mendigos, enfim...uma vergonha. A administração de Nelson Trad não aproveitava durante o resto do ano seguinte a estrutura dessa obra, deixando-a de lado. Quem passava nos Altos da Afonso Pena por exemplo festividades Juninas, se envergonhava de ver ainda uma “cidade do natal fantasma”. Neste ano, o Prefeito Alcides Bernal resolveu mudar!*

*Em busca rápida pelo Google, escrevendo a palavra: IDOPE, Instituto IDOPE ou IDOPE Pesquisas, não se encontra nenhum resultado que leva a identificar o mesmo. A intenção da pesquisa para mostrar a “como andas “ a corrida ao Governo do Estado, virou na verdade uma “coluna de humor e anedotas” nas paginas do site.*

*Afundado em escândalos que envolve o seu nome e o nome de sua família, Nelson Trad Filho (PMDB) tem sua pré-candidatura aprovada e lançada pelo atual Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, André Puccinelli (PMDB).*

*Pesquisa encomendada pelo Campo Grande News e feita pelo desconhecido “Idope”, que aponta Nelsinho Trad na frente de Delcídio do Amaral para corrida ao governo, e que virou motivo de “chacotas e piadas” nas redes sociais, é de propriedade de Evalnir Leite Soares amigo e assíduo curtidor das postagens do ex Prefeito Nelson Trad Filho (PMDB)*

Como se vê, as matérias jornalísticas supramencionadas, ainda que evidenciem sobremodo a antipatia da linha editorial ao ora apelante, estão fulcradas no exercício do direito de crítica, de modo que não há falar no dever de indenizar.

Sobre o direito de crítica, tive a oportunidade, ao apreciar pedido de direito de resposta, de assim decidir:

*[...] as críticas exercidas através dos órgãos de imprensa às pessoas públicas, não podem sofrer limitações extremas, pois caracterizam-se, efetivamente, como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.*

*Ora, se o magistrado não pudesse ser criticado, mesmo quando sua decisão, em teoria, esteja correta, o que seria da quase totalidade dos órgãos de imprensa nacional que, dependendo de sua linha editorial ou, talvez, de sua verve política, vêm criticando com veemência os ministros do Supremo Tribunal Federal que condenam ou inocentam os réus no chamado julgamento do mensalão?*

*Em voto que, conquanto recente, certamente já está incorporado ao rol das decisões históricas do Supremo Tribunal Federal, o Min. Ayres Britto pontuou que:*

*Opensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e ‘real alternativa à versão oficial dos fatos’ [...].*

*Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o ‘estado de sítio’ (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que ‘quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja’<sup>5</sup>.*

*Como se vê, a liberdade de imprensa, decorrente dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, não se restringe ao direito de informar, desdobrando-se também em outros direitos como o direito de crítica, que, ao menos nesta análise restrita aos requisitos para a antecipação da tutela, parece-me ter sido exercido pelo agravante nas matérias jornalísticas indicadas pela agravada.*

*Por oportuno, veja-se o seguinte trecho de primoroso voto sobre o direito de crítica proferido pelo atual decano do Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello:*

*A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, entre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, o direito de informar, o direito de*

<sup>5</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30.4.2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

*buscar a informação, o direito de opinar, e o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente animica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa.<sup>6</sup>*

*Portanto, em decorrência da amplitude da proteção à liberdade de crítica, tenho como ausente a prova inequívoca quanto a verosimilhança do direito à publicação de direito de resposta concedido na decisão recorrida.*

Por outro lado, reitero o que tenho afirmado em outras oportunidades: a inveracidade ou sensacionalismo de informações e matérias jornalísticas, além de poderem ser reprimidas por meio de ações de responsabilidade civil, tem como maior penalidade o próprio descrédito do órgão de imprensa que comprovadamente publica matérias inconsistentes.

Vale dizer, o descrédito de órgãos de imprensa tendenciosos e sensacionalistas é, a meu ver, reprimenda maior do que aquelas que, em teoria, podem ser aplicadas pelo Judiciário.

Não estou aqui a defender o teor do que os apelados publicam, mas, sim, o direito fundamental a uma imprensa livre, nos termos do que anotou, com maestria, o Min. Ayres Britto no já mencionado julgamento da ADPF n. 130:

*[...] a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.<sup>7</sup>*

6 STF, AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22.3.2011, Segunda Turma, DJE de 6-4-2011.

7 STF, ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

A notícia, se inverídica, ou ainda que verídica, se alardeada com sensacionalismo, exagero, tendenciosidade, afronta ou excesso, de fato, gera o dever de reparação, o que, no caso, como se vê, não aconteceu.

No caso, evidencia-se, assim, a licitude da conduta dos apelados, que, insista-se, limitaram-se a exercer, regularmente, a atividade de imprensa, sendo incontestes, ademais, a inexistência de dano indenizável ao patrimônio moral do apelante, razão pela qual, estando ausentes os requisitos configuradores da responsabilidade civil, impõe-se a manutenção da decisão que julgou improcedente o pedido indenizatório.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento da 1ª Turma Cível desta Corte Estadual, conforme se depreende dos seguintes julgados:

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - IMPRENSA - REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL DE NATUREZA POLÍTICA - FATOS DENUNCIADOS PELA OPOSIÇÃO - INEXISTÊNCIA DE ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR - NÃO-OCORRÊNCIA DE EXCESSOS - PREQUESTIONAMENTO - NÃO-OCORRÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO.*

*O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa, quando a matéria tratada é de direito e a prova apta a demonstrá-lo são documentos encartados nos autos e plenamente discutidos na sentença, possibilitando a formação do juízo de convicção do magistrado e restando desnecessária a dilação probatória.*

*Reportagem de jornal que se limita a noticiar fatos políticos denunciados pela oposição, sem nenhuma pecha difamatória quanto a suposto apelante, inserindo-se nos limites da liberdade de imprensa, não enseja indenização a título de dano moral.*

*Não houve negativa de vigência aos artigos prequestionados.<sup>8</sup> (Destaquei)*

*Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL - NARRATIVA EXPRESSA DE OCORRÊNCIA POLICIAL - AUSÊNCIA DE JUÍZO DE VALOR - RECURSO IMPROVIDO.*

*Reportagem cujo teor evidencia apenas matéria de cunho informativo, não caracterizando qualquer espécie de ofensa contra direito tutelado da autora. Caso em que nota publicada em jornal restringiu-se a praticamente reproduzir auto de prisão em flagrante formalizado pela autoridade policial competente.*

*Ausente ilícito civil cometido pela parte demandada, não procede a pretensão indenizatória<sup>9</sup>. (grifei)*

Na mesma linha, eis julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - LEI DE IMPRENSA-ACÓRDÃO-OMISSÃO-AFRONTA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - ART. 49 DA LEI Nº 5.250/67 - DIREITO DE INFORMAÇÃO - ANIMUS NARRANDI - EXCESSO NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE*

<sup>8</sup> Processo: 2007.020095-5; Julgamento: 15/04/2008 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível Classe: Apelação Cível – Ordinário; Relator: Des. João Maria Lós; Publicação: 12/05/2008; Nº Diário: 1727

<sup>9</sup> Processo: 2009.008468-7; Julgamento: 18/01/2011 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível Classe: Apelação Cível – Ordinário; Relator: Des. Joenildo de Sousa Chaves; Publicação: 28/01/2011; Nº Diário: 2351 .

- *SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO NÃO CONHECIDO.*

1. *Manifestando-se a Corte a quo, conquanto sucintamente, sobre a matéria constante do dispositivo (art. 49 da Lei nº 2.520/67) cuja violação pretende-se ver sanada mediante a interposição deste recurso, não restam configurados quaisquer vícios no v. acórdão, consistente em omissão, contradição ou obscuridade, pelo que se afasta a afronta aduzida ao art. 535 do CPC.*

2. *A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.*

3. *No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (animus criticandi) ou a narrar fatos de interesse coletivo (animus narrandi), está sob o pálio das “excludentes de ilicitude” (art. 27 da Lei nº 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.*

4. *O Tribunal a quo, apreciando as circunstâncias fático-probatórias, é dizer, todo o teor das reportagens, e amparando-se em uma visão geral, entendeu pela ausência de dano moral, ante a configuração de causa justificadora (animus narrandi), assentando, de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa, atendo-se a narrar e a licitamente valorar fatos relativos a prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam sob apuração policial e judicial, obtendo ampla repercussão em virtude da autoridade e condição social dos investigados. Maiores digressões sobre o tema implicariam o reexame da matéria probatória, absolutamente vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 07 da Corte.*

*Precedentes.*

5. *Quanto ao cabimento da via especial com fulcro na alínea “c” do permissivo constitucional, ausente a similitude fática entre os julgados cotejados, impõe-se o não conhecimento do recurso pela divergência jurisprudencial, nos termos dos arts. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC.*

6 - *Recurso Especial não conhecido.*<sup>10</sup>” (Destaquei)

Em relação ao pleito de majoração dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 5.000,00, tenho que o mesmo igualmente não merece prosperar, porquanto em absoluta consonância com o que dispõe o artigo 20, e seus §§ 3º e 4º, do CPC/73.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos, mantendo intacta a sentença hostilizada.

10 REsp 719.592/AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 12/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 567

## **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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 19 de julho de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança Coletivo nº 1411208-64.2015.8.12.0000**  
**Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO PRATICADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CUMPRIMENTO À ORDEM EXPEDIDA PELO CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA – CARÊNCIA DA AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA – ACOLHIMENTO – ORDEM DENEGADA.

O art. 6º, § 3º, da lei 12.016/09 conceitua autoridade coatora como aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Referida definição legal afasta a legitimidade do mero executor da ordem ou ato para figurar no pólo passivo da impetração.

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, compete-lhe conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato do CNJ que disponha sobre remuneração de magistrados, sendo o Presidente dos Tribunais mero executor da ordem.

No caso dos autos, tem-se que o CNJ determinou especificamente à autoridade apontada como coatora a suspensão do pagamento do auxílio moradia aos impetrantes em razão de residirem com outra pessoa que percebe vantagem da mesma natureza, em atendimento ao comando contido no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014.

Não compete a esta Corte avaliar a alegada ilegalidade ou injustiça da referida norma, sob pena de aviltamento à competência do Supremo Tribunal Federal, estabelecida no art. 102, I, r, da Constituição Federal.

Reconhecida a ilegitimidade passiva da autoridade coatora impõe-se a denegação da ordem, nos termos do art. 485, VI, do NCPC, c/c art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.

## 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 e, contra o parecer, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, nos termos do voto do Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 3 de agosto de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel, - Relator designado

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul (AMANSUL) impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de Mato

Grosso do Sul, consistente na suspensão do pagamento do auxílio-moradia aos magistrados M. N. K., E. P. X. K. F. e C. A. G. de A..

Sustenta que tal proceder afronta o disposto no art. 65, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por “*criar pressuposto não previsto em lei, contrariando até mesmo a decisão do STF (proferida pelo Min. Fux na AO 1773) que balizou a elaboração da Resolução 199 do CNJ*” (f. 04).

Defende que “*o auxílio-moradia encontra-se insculpido por Lei Complementar Federal, é defeso à autoridade impetrada criar restrições ou alterar parâmetros legalmente previstos por meio de dispositivo regulamentar de hierarquia administrativa*” (f. 05).

Diz que o “*benefício possui caráter pessoal, e não familiar, porquanto inerente à função exercida pelo magistrado que, ao assumir a obrigação de residir na comarca de atuação, nos termos do artigo 93, VII, da Constituição Federal, adquire o direito à residência oficial condigna ou, na ausência desta, à indenização de auxílio-moradia*” (f. 06).

Neste sentido, reafirma que “*o órgão impetrado não poderia ter vedado, na via administrativa, a concessão do auxílio-moradia nos casos em que o (a) cônjuge ou companheiro (a) receba benefício da mesma natureza, porquanto tal restrição não possui previsão legal*” (f. 07 – destaques originais).

Finalmente, destaca que “*o ato coator, ao invés de garantir a simetria entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público (derivada dos arts. 37, XI, in fine, e 129, § 4º, da CF/88, ambos autoaplicáveis), estabelece uma injusta discrepância, determinando que somente um ou outro membro de tais Poderes, quando casados ou companheiros, receba a indenização – repita-se, sem que haja previsão legal para tanto*” (f. 07 – destaques originais).

Requeru a concessão da segurança, para o fim de que seja garantido o pagamento de auxílio-moradia a todos os associados da impetrante, independentemente de residirem ou não na mesma localidade de pessoa que receba verba da mesma natureza.

Não houve pedido de liminar.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações, argumentando, preliminarmente, que o Conselho Superior da Magistratura apenas cumpriu determinação oriunda do Conselho Nacional de Justiça, nos autos nº 000519-77.2015.2.00.0000, referente à aplicação da Resolução nº 199/2014, do mesmo órgão (f. 605/610).

Assim, entende que em razão do mero cumprimento de determinação do Conselho Nacional de Justiça, o Presidente do Tribunal de Justiça não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do presente *writ*.

No mérito, aduz que a segurança deve ser denegada, pois “*os atos do Conselho Nacional de Justiça gozam da presunção de legalidade e constitucionalidade, não sendo cabível ao Tribunal de Justiça a emissão de juízo de valor acerca de tal manifestação*” (f. 609).

O Estado de Mato Grosso do Sul, na condição de litisconsorte passivo necessário, também alega a ilegitimidade passiva da autoridade coatora, sob o argumento de que esta é mera executora da determinação emanada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por outro lado, argumenta que o mandado de segurança não é a via processual adequada para pleitear direito que contrarie lei em tese, no caso, o art. 3º, da Resolução nº 199/2014, do Conselho Nacional de Justiça.

Quanto ao mérito, afirma que a ordem não merece ser concedida, pois “*não há ilegalidade no ato atacado, o qual decorre da presunção de legalidade/constitucionalidade que goza o ato administrativo regulamentar proferido pelo Conselho Nacional de Justiça no processo administrativo n. 000519-77.2015.2.00.0000, editado no exercício de atribuição constitucional prevista no art. 103-B, § 4º, incisos I e II, da CF/88, introduzido pela EC n. 45, de 8.12.2004.*” (f. 632).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares de ilegitimidade passiva e de inadequação da via eleita, e, no mérito, pela concessão da ordem (f. 640/656).

### **VOTO (EM 04/05/2016)**

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

A Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul (AMANSUL) impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na suspensão do pagamento do auxílio-moradia aos magistrados M. N. K., E. P. X. K. F. e C. A. G. de A..

A impetrante pretende o restabelecimento do auxílio-moradia a alguns dos seus associados, cujo benefício foi suspenso pela autoridade coatora com fundamento em determinação do Conselho Nacional de Justiça e no art. 3º, da Resolução nº 199/2014, também do mesmo órgão.

A irresignação apresentada no presente *mandamus* consiste na tese de ausência de previsão legal da restrição mencionada pela autoridade coatora e nos atos que lhe dão suporte.

Por ordem de prejudicialidade, a análise das matérias preliminares suscitadas pela autoridade apontada como coatora deve preceder o mérito.

Inicialmente, alega o Presidente do Conselho Superior da Magistratura sua ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que apenas cumpriu determinação do Conselho Nacional de Justiça, atuando como mero órgão executor.

A tese, no entanto, não convence, porque a ato proferido pelo Conselho Nacional de Justiça no processo administrativo n.º 000519-77.2015.2.00.0000, não determinou ao Tribunal de Justiça que suspendesse os pagamentos de auxílio-moradia deste ou daquele magistrado.

Na realidade, a determinação foi no sentido de que “*no prazo de 15 (quinze) dias, adêquiem o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014.*” (f. 532).

Caberia ao Tribunal, portanto, a análise de cada caso concreto, e, após os respectivos estudos, decidir as providências cabíveis a serem adotadas no âmbito da autonomia Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Como visto, não houve a prolação de uma decisão direta do Conselho Nacional de Justiça, determinando a suspensão dos pagamentos do auxílio-moradia aos magistrados M. N. K., E. P. X. K. F. e C. A. G. de A..

A suspensão dos pagamentos foi obra direta e exclusiva da autoridade coatora, no exercício da sua autonomia administrativa, e não do Conselho Nacional de Justiça, consoante ressaltado pela Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, ao analisar caso semelhante<sup>1</sup> (f. 562/563):

<sup>1</sup> Recurso Administrativo n.º 066.164.0021/2015, rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, CSM, j. 18/08/2015.

*“Em que pese o fundamento lançado na decisão recorrida, no sentido de que a “determinação de suspensão do pagamento para magistrados com cônjuges que recebam a mesma verba indenizatória foi imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, cabendo a esse Tribunal de Justiça apenas cumpri-la, sob as penas da lei”, com a devida vênua, esta não merece prevalecer.*

*Em primeiro lugar, observa-se que a determinação daquele Conselho consiste em intimar este Tribunal para que “adeque o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014”, e não que suspenda o pagamento da verba.*

(...)

*Como bem anotou a Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito, nos autos da Consulta nº 0006436-14.2014.2.00.0000, “o critério a ser adotado pelos tribunais quando um dos cônjuges seja membro da Magistratura nacional e outro integrante de outra carreira, se insere no âmbito da autonomia administrativa de cada Corte de Justiça, **não competindo a este Conselho adentrar nesta seara.**” (Destques não originais)*

Portanto, diferentemente dos casos que deram origem aos precedentes citados nas informações e na manifestação do Estado de Mato Grosso do Sul – os quais tratam de cumprimento de determinações específicas do Conselho Nacional de Justiça –, a autoridade coatora não é mera executora de decisão oriunda do referido Conselho, em razão da possibilidade de juízo de valor sobre a situação de cada magistrado.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.(1º vogal)

Acompanho o Relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 18.05.16 em face do pedido de vista do des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator e o des. Sérgio afastarem a preliminar de ilegitimidade passiva. Os demais aguardam. (sust. Oral)

### **VOTO (EM 27/07/2016)**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.(2º vogal)

Justifico o pedido de vista no presente recurso na necessidade de estudo do tema alusivo à preliminar de falta de interesse de agir, aventada pela autoridade apontada como coatora, nas informações.

Alegou Sua Excelência, Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que o ato atacado decorre do cumprimento de decisão proferida pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça, extraída dos autos do processo administrativo nº 0000519-77.2015.2.00.0000, instaurado para acompanhar o cumprimento da Resolução CNJ nº 199/2014.

Referida ordem contem o seguinte teor:

“(…)

*(vii) intímem-se os Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia e do Mato Grosso do Sul para que, em 15 (quinze) dias, adéquem o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014”*

Referido dispositivo, ao seu turno, traz a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 3º O magistrado não terá direito ao pagamento da ajuda de custo para moradia quando:

I - houver residência oficial colocada à sua disposição, ainda que não a utilize;

II - inativo;

III - licenciado sem percepção de subsídio;

IV – perceber, ou pessoa com quem resida, vantagem da mesma natureza de qualquer órgão da administração pública, salvo se o cônjuge ou companheiro (a) mantiver residência em outra localidade.”

O eminente Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, assentou em seu voto o seguinte a respeito dessa questão:

“(…) a autoridade coatora não é mera executora de decisão oriunda do referido Conselho, em razão da possibilidade de juízo de valor sobre a situação de cada magistrado”.

Com esse fundamento rejeitou referida prefacial, no que foi acompanhado pelo Des. Sérgio Fernandes Martins, 1º vogal.

Pois bem.

*Concessa maxima venia* aos ilustres pares, entendo que a arguição é insuperável.

É que o art. 6º, § 3º, da lei 12.016/09, conceitua autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Referida definição legal afasta a legitimidade do mero executor da ordem ou ato para figurar no pólo passivo da impetração. Assim o é pois somente aquele detentor da competência para a pratica do ato poderá pratica-lo ou corrigi-lo.

É nesse sentido a abalizada lição de Humberto Theodoro Júnior:

“(…) Por autoridade coatora, in caso, se deve entender qualquer agente da administração pública direta ou que exerça atos próprios do Poder Público, ou que, por lei, sejam a estes equiparados. Como tal a Lei nº 12.016 considera tanto o que tenha praticado o ato impugnado pelo mandado de segurança, como aquele que tenha ordenado sua prática (art. 6º, § 3º). Nunca será, porém, o mero executor material do ato, mas sempre o que detém poder e competência para decisão a seu respeito. Pacífico, pois, é o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que ‘autoridade coatora é aquela que tem competência para a prática do ato ou sua correção no momento da impetração do mandado de segurança.’ (Lei do Mandado de Segurança Comentada, Forense, 2014, p. 84)

Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes tem a mesma opinião:

“É autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. (...) incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário.” (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 32ª ed., Malheiros, 2009, p. 65)

Assentada essa premissa, tem-se que a rejeição da arguição culminará em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, conforme previsão contida no art. 102. I, “r”, da Constituição Federal.

A questão, aliás, já foi enfrentada pela Segunda turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente, por unanimidade, Reclamação requerida pela União contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em mandado de segurança impetrado pela Associação de Magistrados do Distrito Federal e Territórios – Amagis/DF contra decisão do Presidente daquela Corte, determinando a aplicação dos arts. 3º, 4º e 12, da Resolução nº 13, do Conselho Nacional de Justiça, que culminou por excluir dos subsídios mensal dos magistrados o adicional por tempo de serviço.

Referido julgamento restou assim ementado:

*“EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ESTABELECIDADA NO ART. 102, INC. I, ALÍNEAS N E R, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. O PRESIDENTE DAQUELE TRIBUNAL DE JUSTIÇA É MERO EXECUTOR DO ATO EMANADO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO DETERMINADA PELA RESOLUÇÃO N. 13/2006 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INTERESSE DE TODA A MAGISTRATURA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.”* (Rcl 4731, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-159 Divulg 18-08-2014 PUBLIC 19-08-2014).

Referido julgamento, importante destacar, escorou-se em dupla fundamentação:

1) compete ao Supremo conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato do CNJ que disponha sobre remuneração de magistrados, sendo o Presidente dos Tribunais mero executor da ordem; e

2) compete ao Supremo conhecer de ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados.

A hipótese dos autos identifica-se, no mínimo, com o primeiro fundamento.

Ao determinar a suspensão do pagamento do auxílio moradia aos magistrados M. N. K., E. P. X. K. F. e C. A. G. de A., em razão de residirem com outra pessoa que percebe vantagem da mesma natureza, a autoridade apontada como coatora cumpriu o comando contido no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014, já transcrita.

Mais ainda, o mesmo Conselho Nacional de Justiça determinou especificamente à autoridade apontada como coatora o cumprimento da referida norma, conforme se extrai do teor de decisão preferida no bojo do processo administrativo nº 0000519-77.2015.2.00.0000, também transcrito.

Para melhor visualização dessa realidade, basta lançar olhos sobre a pretensão deduzida na inicial. Os impetrantes atacam especificamente o conteúdo da norma proibitiva (art. 3º, IV, da Resolução CNJ 199/2014), sustentando malferimento ao art. 65 da LOMAN e ausência de previsão legal autorizando a supressão da parcela remuneratória.

Com efeito, a autoridade apontada como coatora não dispõe de competência para rever ato praticado pelo Conselho Nacional de Justiça, a quem compete “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, que lhe atribui, ainda, competência para “zelar pela observância do art. 37 e

*apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (inciso II).*

Se referido órgão, no exercício da atividade de controle da atuação administrativa do Poder Judiciário praticou ato incompatível com o ordenamento jurídico, como sustentam os impetrantes, a questão deverá ser submetida ao juízo competente: o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, “r”, da Constituição Federal.

Não se pode anuir ao entendimento sufragado pelo eminente Relator, no sentido de que não houve decisão direta do Conselho Nacional de Justiça determinando a suspensão dos pagamentos do auxílio moradia aos impetrantes, pois houve decisão do CNJ determinando expressamente a suspensão do pagamento aos magistrados que se encontram na condição dos impetrantes (magistrados que residem com pessoas que já percebem auxílio moradia).

Tal conclusão pode ser considerada incompatível com os princípios da eficácia da tutela jurisdicional (maior efetividade das decisões jurisdicionais, aplicável também e com mais razão aos processos administrativos), da cooperação (Art. 6º, do NCPC, “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*”) e da boa-fé objetiva no âmbito do processo (art. 5º, do NCPC “*Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*”), por traduzir resistência injustificada ao cumprimento de decisões .

Portanto, não compete a esta Corte avaliar a alegada ilegalidade ou injustiça da norma contida no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014, sob pena de aviltamento à competência do Supremo Tribunal Federal, conforme disposição contida no art. 102, I, r, da Constituição Federal. Não compete, ademais, ao Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, mero executor da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, rever ato que suspende pagamento de vantagens remuneratórias vedadas por resolução daquele Conselho.

Dessarte, o acolhimento da preliminar implica em denegação da segurança e julgamento de extinção do processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.

De tudo quanto exposto, com todo respeito aos que entendem de modo diferente, mas dirirjo do entendimento já delineado pelo nobres pares que me precederam e, contrariando o respeitável parecer ministerial, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela autoridade coatora e pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, nos termos do art. 485, VI, do NCPC, c/c art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09, declaro extinto o processo, sem julgamento de mérito, denegando a ordem. Sem honorários (art. 25 da Lei 12.016/09). Custas pelos impetrantes.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Haja vista o voto proferido pelo i. Des. Sideni Soncini Pimentel, totalmente contrário ao posicionamento esposado por esta relatoria e sem questionar o acerto do entendimento doutrinário então apontado, o certo é que a questão resume-se à correta interpretação quanto ao conceito do executor da ordem e, conseqüentemente, o responsável por fazer ou desfazer o ato impugnado.

*In casu*, quem fez e pode desfazer o ato questionado é o próprio Presidente deste Tribunal de Justiça, não importa se este ato decorre de uma determinação ou não, se é uma delegação, ou seja, lá o que for. Se entendermos de forma diferente, estaríamos aqui criando uma nova forma de executar determinado atos que decorram de lei. Ou seja, aquele que cumpre a lei, está apenas cumprindo a lei. Assim, quem será acionado neste caso? O Congresso Nacional ou o Presidente da República, dos quais emana o ordenamento jurídico?

É o mesmo caso do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que criou uma modalidade, um regramento acerca da matéria e impôs o seu cumprimento aos Tribunais Estaduais. Assim, penso que as lições doutrinárias, no caso concreto, devem ser compreendidas dentro deste limite de atribuição executória.

Não bastasse tal apontamento, mister ressaltar a Consulta n.º 0006436-14.2014.2.00.0000, formulada pelo impetrante e juiz C. A. G. de A., que, antes de se socorrer da via judicial, buscou no próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma resposta ao seu interesse.

Na oportunidade, a Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito aduziu (f. 458/459):

*“(...) entendo que tanto o critério a ser adotado pelos tribunais, para efeito do afastamento da verba indenizatória para um dos cônjuges, casados entre si, que recebem a ajuda de custo para moradia, como o critério a ser adotado pelos tribunais quando um dos cônjuges seja membro da Magistratura nacional e outro integrante de outra carreira, se insere no âmbito da autonomia administrativa de cada Corte de Justiça, não competindo a este Conselho adentrar nessa seara. (...)”*

Ora, se em uma consulta, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconhece que não compete a ele a análise do caso concreto, e se esta Corte entender que não é legítima a autoridade apontada como coatora, os impetrantes vão se socorrer de quem? Aonde?

Como dito anteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é expresso ao afirmar a competência das Cortes de Justiça. Se compete a estas, compete ao seu Presidente.

Assim, com todas as vênias, reitero o entendimento pelo prosseguimento do feito, afastando a preliminar de incompetência.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (11º vogal)

Em exame da questão debatida, tenho que a preliminar de ilegitimidade passiva do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deve ser acolhida.

Em que pese a materialização do ato ora atacado pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura desta Corte, este assim o faz no exercício de suas atribuições administrativas, quanto à determinação do Conselho Nacional de Justiça, oriunda dos autos de acompanhamento de decisão n.º 0000519-77.2015.2.00.0000, de 26 de junho de 2015, da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, conforme juntado pelo próprio impetrante, às f. 380-382, *verbis*:

*“Trata-se de procedimento instaurado para acompanhar o cumprimento da Resolução CNJ 199/2014, que estabelece a ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, prevista no art. 65, II, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, a todos os membros da magistratura nacional.*

*2. Os Tribunais foram intimados para prestarem informações a respeito de sua implementação. Contudo, após análise dos documentos enviados, verifica-se a existência de pendências.*

*3. Isto posto, determino as seguintes providências:*

*(...)*

*(vii) intemem-se os Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia e do Mato Grosso do Sul para que, em 15 (quinze) dias, adequem o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3.º da Resolução CNJ 199/2014.*

Urge dizer que a adequação do pagamento da denominada ajuda de custo para moradia é reflexo do que predica a Resolução 199/2014 do CNJ, não cabendo no ato discricionariedade.

A Resolução 199/2014 regulamenta o auxílio-moradia, cuja natureza é familiar, porquanto visa à proteção condigna da residência do magistrado e, entenda-se com ela, de sua família.

O tema foi assim tratado após o julgamento da Ação Originária n.º 1.773-DF, da lavra do Min. Luiz Fux, impondo-se a observação dos requisitos por toda a magistratura nacional. Confira-se:

(...)

*Art. 3º O magistrado não terá direito ao pagamento da ajuda de custo para moradia quando:*

*I - houver residência oficial colocada à sua disposição, ainda que não a utilize;*

*II - inativo;*

*III - licenciado sem percepção de subsídio;*

*IV – perceber, ou pessoa com quem resida, vantagem da mesma natureza de qualquer órgão da administração pública, salvo se o cônjuge ou companheiro(a) mantiver residência em outra localidade.*

*Art. 4º A ajuda de custo para moradia deverá ser requerida pelo magistrado, que deverá:*

*I - indicar a localidade de sua residência;*

*II - declarar não incorrer em quaisquer das vedações previstas no art. 3º desta Resolução;*

*III - comunicar à fonte pagadora da ajuda de custo para moradia o surgimento de quaisquer dessas vedações.*

Portanto, cabe ao Presidente do Conselho Superior da Magistratura o cumprimento das determinações do Conselho Nacional de Justiça, não havendo, neste caso, como transmutar a competência da autoridade administrativa executora em autoridade coatora.

Cumprimenta-se ressaltar que os atos emanados do Conselho Nacional de Justiça estão sujeitos ao controle do Supremo Tribunal Federal, restando a esta Corte de Justiça Estadual o não conhecimento do pleito mandamental.

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CARTÓRIO. VACÂNCIA DE SERVENTIA. PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DÁ CUMPRIMENTO À DETERMINAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA FIGURAR COMO AUTORIDADE COATORA.*

*1. O Presidente do Tribunal de Justiça não tem legitimidade para figurar como autoridade coatora, nos casos em que dá cumprimento às determinações do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a exemplo do que acontece com a Portaria n. 126.401.0211/2008, expedida pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura do TJ/MS.*

2. *Isso, porque o Presidente do Tribunal de Justiça estadual, nesses casos, é mero executor administrativo da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.*

3. *Precedentes: RMS 29.719/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/2/2010, DJe 26/2/2010; RMS 29.896/GO, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 2/2/2010; RMS 29.304/GO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6/8/2009, DJe 17/8/2009; RMS 29.171/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/8/2009, DJe 10/9/2009; RMS 29310/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/6/2009, DJe 19/6/2009.*

4. *Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 29.013/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010)*

Na mesma linha, extraem-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

*AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO IMPUTADO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. DIVULGAÇÃO NOMINAL DE REMUNERAÇÃO E SUBSÍDIOS PAGOS A MAGISTRADOS, SERVIDORES E COLABORADORES. CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO N. 151/2012 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ART. 102, INC. I, AL. N, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (Rcl 15350 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, Processo Eletrônico DJe-195 Divulg 29-09-2015 Public 30-09-2015)*

*Agravo regimental em mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. 2. Competência originária e concorrente do CNJ para apreciar, até mesmo de ofício, a legalidade dos atos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, bem como para rever os processos disciplinares contra juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (art. 103-B, § 4º, da CF). Precedente: ADI 4638-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 30/10/2014. 3. Instauração, de ofício, de processo de revisão disciplinar. Aplicação da pena mais gravosa de aposentadoria compulsória do magistrado. Possibilidade. Sobreposições de sanções administrativas. Inocorrência. 3. Falta de intimação pessoal do impetrante para a sessão de julgamento do REVDIS. Ausência de nulidade, caso não demonstrado prejuízo à defesa. Precedentes. 4. Plena participação do impetrante nos atos processuais. Inexistência de afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa. 5. Dosagem e proporcionalidade da sanção aplicada. Necessidade de reexame de fatos e provas do processo de revisão disciplinar. Impossibilidade em sede de mandado de segurança. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 32581 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 08/03/2016, Processo Eletrônico DJe-059 Divulg 31-03-2016 Public 01-04-2016)*

*Permissa venia*, o e. Relator amparou seu entendimento na fundamentação exposta no voto minoritário da lavra da Des.<sup>a</sup> Tânia Garcia de Freitas Borges, em decisão administrativa do Conselho Superior da Magistratura nos autos n.º 066.164.0021/2015 que, salvo melhor juízo, padece de incompletude em sua transcrição, o que derivaria interpretação díspar.

No retrocitado voto, a Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito não conheceu da consulta nos autos n.º 0006436-14.2014.2.00.0000, em 20/11/2014, porém, teceu algumas considerações acima aludidas.

O critério mencionado pelo voto vencido refere-se à implementação da Resolução 199 do CNJ, cumprindo o art. 3.º, inciso IV, conforme inferimos dos questionamentos formulados perante o Conselho Nacional de Justiça, e não a sua burla.

Entender que cada Corte, no âmbito da magistratura nacional, possa, a seu talante, pagar ou não a aludida verba nestas circunstâncias, é sim descumprir a Resolução 199/2014, criando diferenciação dentro da magistratura e das demais carreiras.

Não é esta a interpretação do Supremo Tribunal Federal, conforme manifestações recentes. Explico:

O Min. Ricardo Lewandowski, em decisão liminar de 24/11/2015, “*suspendeu decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) que assegurou a juízes do Trabalho o recebimento de auxílio-moradia, mesmo residindo com cônjuge ou companheiro que já tem direito ao benefício. Na Suspensão de Liminar (SL) 937, o presidente da Corte destacou que a decisão impugnada está em desacordo com os atos regulamentadores da matéria, editados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), além de ressaltar o perigo para a economia pública, em razão do efeito multiplicador da causa*”. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304706>).

Não se deve olvidar a natureza familiar da verba auxílio-moradia, porquanto visa à proteção condigna da residência do magistrado e, entenda-se com ela, de sua família.

À guisa de ilustração, importa-nos, também, a decisão proferida em 07/01/2016, pelo Conselheiro Bruno Ronchetti, do Conselho Nacional de Justiça, quando determinou que o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso interrompesse o pagamento de auxílio-moradia a magistrados aposentados e pensionistas, em cumprimento ao estabelecido na Resolução 199/2014, do CNJ.

Nesse caso, a decisão proferida pela Corte Mato-grossense, com base na Lei Complementar Estadual nº 4.964/85, contrariando o citado ato normativo, teve resposta imediata do Conselho Nacional de Justiça que afirmou ser somente o Supremo Tribunal Federal competente para suspender, cassar ou anular ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, impondo-se o seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

A notícia veiculada no sítio de internet do Conselho Nacional de Justiça assim concluiu:

*“Dessa forma, embora a existência de Lei Estadual no Estado do Mato Grosso estabelecendo auxílio-moradia aos inativos e a decisão judicial proferida pelo próprio TJMT no aludido mandamus, compete ao presidente daquela Corte, ordenador de despesas que é, determinar o imediato cumprimento da norma em apreço, sob pena de responsabilidade, sendo descabida a submissão da questão ao Pleno do TJMT, em sessão administrativa, para deliberar sobre a aplicação da Resolução”, diz a decisão do conselheiro Bruno Ronchetti.*

*A decisão determina ainda que seja encaminhado ofício ao presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, sugerindo que seja solicitada à Advocacia-Geral da União (AGU) a promoção da defesa judicial do CNJ, de forma a anular ou cassar a decisão proferida pelo desembargador do TJMT.”* (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81274-cnj-determina-corte-de-auxilio-moradia-a-juizes-aposentados-do-tjmt-destacamos>)

Logo, é dizer que a Resolução 199/2014 regula a matéria prevista no art. 65, II, da LOMAN, não tendo esta Corte autonomia administrativa quanto à sua aplicação e, pois, atuação que possa originar ato coator.

Diante do exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do des. Sideni Soncini Pimentel, para análise de fato novo apresentado pelo relator, que afasta a preliminar de ilegitimidade passiva, juntamente com o Des. Sérgio, enquanto que o desembargadores Sideni e Romero acolhem as preliminar. Os demais aguardam. (sust. oral).

**VOTO (EM 03/08/2016)**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.(2º vogal)

Justifico o novo pedido de vista diante das informações trazidas pelo eminente Relator, quando da complementação de seu voto, invocando decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça em Consulta formulada pelo impetrante C. A. G. de A. (000643614-14.2014.2.00.0000) para reforçar seu entendimento, no sentido de que a autoridade coatora teria legitimidade para figurar no pólo passivo da impetração, posto que “responsável por fazer ou desfazer o ato impugnado”.

Referida decisão, não mencionada em meu voto, encontra-se acostada as f. 456-459 e versa sobre arguições formuladas pelo referido impetrante quanto aos critérios adotados pelos tribunais para o afastamento do auxílio moradia quando ambos os cônjuges o recebem.

Referido pedido, entretanto, não foi conhecido, posto tratar-se de situação concreta (o impetrante Garcete é casado com promotora de justiça que também recebe auxílio moradia).

A ressalva posta pela Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito, transcrita pelo Relator, quando alude à autonomia dos Tribunais (argumento utilizado pelo Relator), refere-se expressamente à fixação de critérios para “afastamento da verba indenizatória para um dos cônjuges e sobre quando um dos cônjuges seja membro da Magistratura nacional e outro integrante de outra carreira”.

De fato, ao menos enquanto não estabelecido pelo CNJ, os Tribunais, no exercício da sua autonomia administrativa, detém competência para definir tais critérios. Entretanto, não é esta a hipótese dos autos, onde se discute o próprio direito à vantagem remuneratória, sem qualquer referência aos ditos critérios para “afastamento da verba indenizatória para um dos cônjuges e sobre quando um dos cônjuges seja membro da Magistratura nacional e outro integrante de outra carreira”.

À luz destas considerações, e em que pese o reforço da fundamentação lançada pelo eminente Relator, mantenho firme e com mais razão, o entendimento que adotei, pelos fundamentos já expostos e que ora reafirmo.

Entendo que a autoridade apontada como coatora não detém competência para desfazer o ato questionado (suspender o pagamento de auxílio moradia). Não se trata, ademais, de simples e suposta aplicação da norma constante do art. 3º da Resolução CNJ 199/2014 (comando abstrato), mas de cumprimento de decisão proferida no bojo do processo administrativo nº 0000519-77.2015.2.00.0000 (comando concreto):

*“(...) no prazo de 15 (quinze) dias, adêquem o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014.” (f. 532).*

Há uma clara distinção entre o descumprimento da norma em abstrato (*optar não adequar o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014 – que veda o pagamento do auxílio moradia ao magistrado que resida com pessoa que já aufere a mesma vantagem*) e o descumprimento de ordem emanada de autoridade competente (*que no prazo de 15 dias seja observada a norma*).

Compete à autoridade coatora apenas verificar quais magistrados estão abrangidos pelo comando (*que magistrado reside com pessoa que já aufere auxílio moradia*). Seria possível a autoridade analisar se residem juntos; se o cônjuge do magistrado aufere auxílio moradia, etc.

Uma vez verificados esses pressupostos fáticos, não compete à autoridade coatora realizar juízo sobre a suspensão do pagamento do auxílio moradia, porque tal juízo já foi realizado pelo Conselho Nacional de Justiça quando do julgamento do processo administrativo nº 0000519-77.2015.2.00.0000.

Por essas razões, reafirmo meu posicionamento, no sentido de acolher a arguição de ilegitimidade passiva.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (3º vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela AMAMSUL - Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul em face de ato coator imputado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estadual consubstanciado na suspensão do pagamento do auxílio-moradia aos magistrados: M. N. K.; E. P. X. K. F.; e C. A. G. de A., conforme se extrai de decisões emanadas no Processo Administrativo n. 066.321.0005/2014 (f. 48-568).

Ao prestar as informações de estilo, tanto a autoridade apontada como coatora como o Estado do Estado de Mato Grosso do Sul, arguiram preliminar de ilegitimidade passiva ao fundamento de que o ato fustigado é mera execução de determinação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

O douto relator, apreciando a questão, afastou o óbice aventado. Por outro lado, o Desembargador Sideni Soncini Pimentel, após pedido de vista, divergiu, acolhendo a preliminar.

Feita essa breve resenha fática e diante da divergência aberta, passo ao exame da controvérsia.

É sabido que a ação constitucional de mandado de segurança é cabível, conforme disposição do art. 5º, LXIX, da Constituição da República, *“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”*.

Perfilho o entendimento de ser sujeito passivo do mandado de segurança a pessoa jurídica a que pertença a autoridade coatora, por ser essa pessoa jurídica que irá suportar todos os efeitos da sentença a ser proferida no *mandamus*, sendo que a autoridade coatora será compelida a praticar o ato ordenado, mas não fará em seu próprio nome, e sim em nome da pessoa jurídica a que se encontra vinculada.

Celso Agrícola Barbi<sup>2</sup>, aliás, deixa bem nítida esta idéia ao afirmar que:

*“O ato que a autoridade coatora pratica vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence, pois o ato é do ente público, e não do funcionário; (b) o julgado irá regular a situação do impetrante em relação a pessoa jurídica e não em relação à autoridade”*.

No mesmo sentido a lição de Lúcia Valle Figueiredo<sup>3</sup>, para quem *“autoridade coatora será aquela que ordenou a prática do ato ilegal. Porém, não é o sujeito passivo do mandado de segurança”*. E, em seguida, citando Marco Aurélio Greco, conclui:

*“(…) Feita a distinção, temos que parte passiva do mandado de segurança, como ação, será a pessoa jurídica de direito público, único com a personalidade jurídica, capacidade processual e titularidade do interesse substancial. Será esta que poderá praticar todos os atos processuais, inclusive apelar e acompanhar o processo até o final, isto porque ato de funcionário praticado nessa qualidade e ato de pessoa jurídica e não do senhor ‘Fulano de Tal’.* (Revista de Direito Processual Civil, n. 5, p. 343)”.*”*

2 *In Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 125.

3 Lúcia Valle Figueiredo. *A Autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança*. RT: 1991. p. 12 e 38.

Assim, o sujeito passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade que praticou o ato coator, devendo o *mandamus* ser dirigido contra referida autoridade, com pedido de citação, também, da pessoa jurídica de direito público a cujos quadros é pertencente, porque deverá ser esta última, ao final, quem haverá de suportar os efeitos financeiros ou administrativos em caso de procedência do *writ*.

*In casu*, ao examinar o ato coator vergastado – a suspensão do pagamento do auxílio-moradia aos magistrados M. N. K.; E. P. X. K. F.; e C. A. G. de A., infere-se que o ilustre Presidente desta Corte decidiu da seguinte forma (f. 470-472):

*“Conforme decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 26 de junho de 2015, no procedimento administrativo n. 0000519-77.2015.2.00.0000, instaurado para acompanhar o cumprimento da Resolução CNJ n. 199/2014, acostada às fls. 375-377 dos autos, restou determinado expressamente que:*

*(...)*

*(viii) intimem-se os Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia e do Mato Grosso do Sul para que, em 15 (quinze) dias, adequem o pagamento da ajuda de custo para moradia ao disposto no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014.’*

*A propósito, o art. 3º da Resolução CNJ nº 199, disciplina que:*

*‘Art. 3º O magistrado não terá direito ao pagamento da ajuda de custo para moradia quando:*

*I - houver residência oficial colocada à sua disposição, ainda que não a utilize;*

*II - inativo;*

*III - licenciado sem percepção de subsídio;*

*IV – perceber, ou pessoa com quem resida, vantagem da mesma natureza de qualquer órgão da administração pública, salvo se o cônjuge ou companheiro(a) mantiver residência em outra localidade.’*

*Com efeito, conforme também já decidido anteriormente nos presentes autos, às fls. 334-337, o critério adotado para a suspensão do auxílio-moradia nesse TJMS dar-se-á da seguinte forma:*

*Na hipótese de um magistrado residir com outro magistrado, perceberá o auxílio-moradia tão somente o mais antigo e, restando configurada a situação de o magistrado residir com membro do Ministério Público ou outro agente público, somente receberá a ajuda de custo se comprovado que o cônjuge ou companheiro não auferir esse auxílio.*

*(...)*

*Assim sendo, em atenção à ordem do Conselho Nacional de Justiça e, embasado na Resolução n. 199/2014, especificamente em seu art. 3º, inciso IV, determino a suspensão do pagamento do auxílio-moradia aos seguintes magistrados:*

*1- M. N. K.;*

*2- E. P. X. K. F.;*

*3- C. A. G. de A..*

*Ao Conselho Superior da Magistratura para as providências.”*

Da decisão retrodelineada, não há dúvidas que o Presidente do Tribunal de Justiça atuou como mero executor de comando exarado pelo Conselho Nacional de Justiça, pois, ainda que tenha agido com alguma discricionariedade, esta se deu unicamente para averiguar quais magistrados incorriam na hipótese vedada pelo artigo 3º, IV, da Resolução n. 199/2014, tal qual determinado no despacho de f. 424-426 do Ministro Ricardo Lewandowski, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional de Justiça, oriundo do Cumprimento de Decisão n. 0000519-77.2015.2.00.0000.

Segundo percuciente escólio de Cássio Scarpinella Bueno: “*O mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido como autoridade coatora*” (in A nova lei do mandado de segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47-8). Isto é, não ostenta legitimidade passiva na ação mandamental o agente público desprovido do poder de decisão sobre o ato que pratica.

*In casu*, o Presidente desta Corte de Justiça, autoridade ora acoimada coatora, não detém competência para corrigir a suposta ilegalidade, máxime porque sequer lhe foi facultado cumprir ou não a determinação do Conselho Nacional de Justiça de f. 424-426, item “viii”. Melhor dizendo, acaso essa mesma autoridade se lucubrasse acerca da suspensão da verba em litígio (auxílio moradia), agiria como autoridade recalcitrante ao cumprimento de norma impositiva, em razão do dever de obediência na atuação administrativa, como preconizado no artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

Corroborando esse raciocínio o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça de que “*o instrumento normativo que atualmente regula o mandado de segurança, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, estipula, por seu art. 6º, § 3º, ser autoridade coatora “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”, dispositivo legal que, apesar da aparente alternativa, requer interpretação sistêmica, não podendo prescindir de conjugação com as normas que disciplinam a própria atuação administrativa do agente público*”. (RMS 37.657/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 09/10/2015)

Assim, caracterizando o ato combatido como simples cumprimento de comando maior advindo do Conselho Nacional de Justiça, não há outra interpretação a ser adotada senão aquela de que ilegítimo o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Essa inteligência, aliás, ratifica aquela já adotada pelo Tribunal da Cidadania no sentido de que “*o Presidente de Tribunal de Justiça não possui legitimidade passiva ad causam para ser apontado como coatora em mandado de segurança, quando o ato impugnado, conquanto praticado no exercício de suas atribuições administrativas, é oriundo do cumprimento de direta determinação proveniente do Conselho Nacional de Justiça*” – CNJ (STJ, RMS 30.314/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

E, ainda, outros julgados em casos análogos:

*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CARTÓRIO. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DA PRESIDÊNCIA QUE ANULOU PROVIMENTO ORIGINAL EM SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. AUTORIDADE COATORA. EXECUÇÃO DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. VERIFICADO PELAS DATAS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DAS PROVAS DOS AUTOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRECEDENTES.*

*1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou provimento ao recurso ordinário no qual se discute a legalidade de atos praticados por Presidente de Tribunal de Justiça em meio a debate sobre direito relacionado com manutenção de provimento em cartório de registro de imóveis.*

2. *Os agravantes reiteram que os atos da Presidência do Tribunal seriam datados de de 13.7.2009 (fl. 19-20), enquanto o efeito suspensivo ao recurso interposto ao Conselho Nacional de Justiça dataria de 10.7.2009 (fls. 259-264), postulando assim como ilegal a atuação do TJ. Todavia, clarificam os autos que os atos atacados datam de 8.7.2009 (fls. 257-258), momento no qual não havia efeito suspensivo, ressoando licitude da Administração Judiciária por meramente executar determinação do Conselho.*

3. *A jurisprudência é pacífica no sentido de que a impetração contra mera execução derivada de determinação clara deve se dirigir ao Conselho Nacional de Justiça, estando configurada a ilegitimidade passiva ad causam. Precedentes: AgRg no RMS 39.279/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.10.2013; RMS 30.561/GO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 20.9.2012; AgRg no RMS 30.921/GO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2.2.2011; RMS 29.719/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26.2.2010; RMS 29.896/GO, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 2.2.2010; e RMS 29.700/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16.9.2009.*

*Agravo regimental improvido.* (STJ, AgRg no RMS 39.695/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 02/12/2013) (g.n.)

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CARTÓRIO. VACÂNCIA DE SERVENTIA. PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DÁ CUMPRIMENTO À DETERMINAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA FIGURAR COMO AUTORIDADE COATORA.*

1. *O Presidente do Tribunal de Justiça não tem legitimidade para figurar como autoridade coatora, nos casos em que dá cumprimento às determinações do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a exemplo do que acontece com a Portaria n. 126.401.0211/2008, expedida pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura do TJ/MS.*

2. *Isso, porque o Presidente do Tribunal de Justiça estadual, nesses casos, é mero executor administrativo da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.*

3. *Precedentes: RMS 29.719/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/2/2010, DJe 26/2/2010; RMS 29.896/GO, Rel.*

*Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 2/2/2010; RMS 29.304/GO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6/8/2009, DJe 17/8/2009; RMS 29.171/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/8/2009, DJe 10/9/2009; RMS 29310/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/6/2009, DJe 19/6/2009.*

4. *Agravo regimental não provido.* (STJ, AgRg no RMS 29.013/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010) (g.n.)

Ademais, como bem se observa da petição inicial do *mandamus* o aventado direito líquido e certo dos representados pela impetrante reside justamente na suposta ilegalidade da restrição à percepção do auxílio-moradia para aqueles que residam na mesma localidade com cônjuge ou companheiro que também receba vantagem pecuniária da mesma natureza da qualquer órgão da administração pública que seria exclusão não contemplada na Lei Orgânica da Magistratura. A propósito, demonstrativos excertos da peça exordial (f. 3-7):

*“Em atendimento ao mencionado art. 65 da LOMAN, o Ministro do STF Luiz Fux determinou (na AO 1.773-DF) a concessão do auxílio-moradia a todos os magistrados*

*federais. Observando ainda o caráter nacional da magistratura e em análise da AO 1.946-DF, o mesmo Ministro ampliou os efeitos da decisão a toda a magistratura nacional, provocando o Conselho Nacional de Justiça a regulamentar a matéria nos termos da decisão proferida.*

*Ao fazê-lo, o E. CNJ editou a Resolução 199/2014, contendo vedando o pagamento ao Magistrado que perceber, ou pessoa com quem resida, vantagem da mesma natureza de qualquer órgão da administração pública, salvo se o cônjuge ou companheiro(a) mantiver residência em outra localidade(art. 3º, IV).*

*Tal vedação administrativa foi acolhida e aplicada pela autoridade impetrada ao proferir o ato coator (o que corrobora a competência desse E. TJ/MS para apreciar a questão, pois “autoridade coatora, segundo conceito predominante na jurisprudência, é aquela que, direta e imediatamente, pratica o ato, ou se omite quando deveria praticá-lo, e não o superior hierárquico que recomenda ou baixa normas para sua execução” - REsp 62.174/SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 07/06/1995, DJ 14/08/1995, p. 23989), que merece ser cassado.*

*Isto porque, se a lei não estabelece tal pressuposto, não cabe ao intérprete (no caso, o Conselho Superior da Magistratura do TJ/MS) fazê-lo. Entendimento diverso configuraria grave afronta ao próprio texto legal, sendo aplicáveis ao caso os seguintes e vetustos brocardos jurídicos: ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir; odiosa restringenda, favorabilia amplianda; quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente (Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 10ª ed., pp. 246-247).*

(...)

*Assim, considerando que o auxílio-moradia encontra-se instituído por Lei Complementar Federal, é defeso à autoridade impetrada criar restrições ou alterar parâmetros legalmente previstos por meio de dispositivo regulamentar de hierarquia administrativa.*

(...)

*De tudo se conclui que o órgão impetrado não poderia ter vedado, na via administrativa, a concessão do auxílio-moradia nos casos em que o(a) cônjuge ou companheiro(a) receba benefício da mesma natureza, porquanto tal restrição não possui previsão legal.*

*Merece, portanto, ser assegurado o direito líquido e certo de todos membros do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul (onde não há, em nenhuma localidade, residência oficial) ao recebimento do auxílio-moradia, em face da simples e clara previsão legal, sem o condicionamento a qualquer outro pressuposto.” (g.n.)*

Esse contexto realmente estanca qualquer dúvida relativa à ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal Estadual, pois resta evidenciado de maneira cristalina que a ação constitucional manejada assentase na premissa da ilegalidade do artigo 3º, IV, da Resolução n. 199/2014, conquanto relute inocuamente em admitir a impetrante.

Derraderiamente, cumpre consignar que a mesma Associação impetrante já é autora do Mandado de Segurança n. 26.794/MS, pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal, em que questiona a tese ora em apreço. Motivo por que a nova impetração parece manobra processual ao aguardo da conclusão

do primeiro e correto mandado de segurança adequadamente impetrado em face do Conselho Nacional de Justiça. Tanto é assim que mandados de segurança posteriores acerca da matéria têm sido sobrestados para esperar a conclusão do mencionado precedente, a propósito:

*Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Associação dos Magistrados do Estado de Rondônia – AMERON, contra ato do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, proferido no Procedimento de Controle Administrativo 486/2007, no qual se determinou, liminarmente, a suspensão do pagamento do auxílio moradia aos magistrados daquela unidade da federação.*

*Às fls. 78-81, deferi medida liminar para suspender os efeitos da referida decisão, até ulterior deliberação neste writ.*

*De acordo com as informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça às fls. 90-96, não houve qualquer ilegalidade na decisão impugnada, sintetizando, ao final, as razões que dão suporte a tal alegação.*

*O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 113-118).*

*É o relatório necessário. Decido.*

*Verifico que está pendente de julgamento neste Tribunal o MS 26.794/MS, Rel. Min. Marco Aurélio.*

*Naqueles autos, igualmente, discute-se decisão proferida pelo CNJ, na qual se determinara a suspensão do pagamento de auxílio moradia aos magistrados ativos do Estado de Mato Grosso do Sul que não preenchessem os requisitos para o benefício, medida aplicável também aos inativos e aos pensionistas.*

*Iniciado o julgamento em 10/9/2009, votou o Min. Marco Aurélio. Na sequência, pediu vista a Min. Cármen Lúcia, que a devolveu em 28/6/2010. Reiniciado o julgamento em 2/8/2010, pediu vista dos autos o Min. Dias Toffoli.*

*Consta do andamento processual do sítio eletrônico deste Tribunal que os autos foram devolvidos para julgamento pelo Min. Dias Toffoli em 22/3/2011.*

*Como observou o Parquet em sua manifestação: “A situação, portanto, parece recomendar o sobrestamento do presente feito até que a matéria seja definitivamente apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal” (fl. 116).*

*Isso posto, determino o sobrestamento deste Mandado de Segurança até o julgamento de mérito do MS 26.794/MS, Rel. Min. Marco Aurélio.*

*Publique-se.*

*Brasília, 27 de setembro de 2013. Ministro Ricardo Lewandowski - Relator. (STF, MS 28040, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/09/2013, publicado em DJe-193 Divulg 01/10/2013 Public 02/10/2013) (g.n.)*

De todo o exposto acima, concluo que se afigura o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul como parte ilegítima para figurar no polo passivo, o qual eventualmente deve ser composto pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça em mandado de segurança a ser impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, *ex vi* do artigo 102, I, “r”, da Constituição Federal.

Isso posto, com a devida vênia ao entendimento do ilustre relator e do Parecer Ministerial, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva, de acordo com o voto do Desembargador Sideni Soncini Pimentel.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.(4º vogal)

Acompanho o 2ª vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.(5º vogal)

Acompanho o 2ª vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.(6º vogal)

Acompanho o 2ª vogal.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.(7º vogal)

Acompanho o 1ª vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.(8º vogal)

Acompanho o 1ª vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.(9º vogal)

Acompanho o 1ª vogal.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.(10ª vogal)

Acompanho o Relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva, nos termos do voto do Des. Sideni Soncini Pimentel.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 03 de agosto de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança nº 1404511-90.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça**  
**Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA MAGISTRATURA ESTADUAL – PRETENSÃO TENDENTE À REVISÃO DE NOTAS ATRIBUÍDAS POR BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO PÚBLICO – ATO DISCRICIONÁRIO INSUSCEPTÍVEL DE CONTROLE JUDICIAL, COMO REGRA – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE ILEGALIDADE DO ATO MACULADO POR ERRO GROSSEIRO – ESPELHO DE PROVA QUE EXIGE DO CANDIDATO – RESPOSTA MANIFESTAMENTE EQUIVOCADA – NULIDADE DA QUESTÃO COM ATRIBUIÇÃO DA NOTA AO CANDIDATO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

É firme a orientação jurisprudencial no sentido de que “*Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes.*” (RE 632853, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-125 Divulg 26-06-2015 Public 29-06-2015)”.

Apenas em hipóteses excepcionais, a exemplo da inobservância do conteúdo programático constante do edital do concurso público ou de erro grosseiro da comissão examinadora é que se admite o controle judicial. Verifica-se a excepcional hipótese de erro grosseiro da comissão examinadora quando exige do candidato resposta manifestamente equivocada, a exemplo da exigência da aplicação de medida socioeducativa à criança, quando o texto expresso de lei (art. 105, ECA) e maciça orientação doutrinária admitem tal medida apenas contra adolescentes. Verificado o grave erro material, impõe-se a anulação da questão e atribuição da nota correspondente ao candidato, conforme disposição editalícia. 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 maioria e, contra o parecer, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator. Declararam-se impedidos os Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Dorival Renato Pavan. Ausente, justificadamente o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Cristiano de Barros Santos impetra Mandado de Segurança em face do Desembargador Presidente da Comissão do 31º Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto do Estado do Mato

Grosso do Sul, narrando que, inscrito e aprovado na prova objetiva do certame, submeteu-se à segunda etapa, realizando prova discursiva, obtendo nota 5,91. Alega, ainda, ter participado da prova prática, consistente na elaboração de sentenças, que somente seriam corrigidas na hipótese de aprovação na prova discursiva, o que não ocorreu, posto que a nota mínima exigida é 6,0. À luz desta realidade, sustenta que a banca examinadora incorreu em evidente erro grosseiro ao indeferir recurso administrativo aviado contra a correção da sua prova. Pontua que a questão número 2 (de Direito da Criança e do Adolescente) contém equívoco grosseiro da banca examinadora, ao exigir resposta manifestamente equivocada no item B da questão. Aduz que a Banca entende pela possibilidade de imposição de obrigação à reparação de dano, prevista no art. 116 do ECA, à crianças, quando a lei, doutrina e jurisprudência não admitem. Requer a concessão da ordem para o fim de determinar a correção das suas provas práticas, assegurando, em caso de aprovação, sua participação nas etapas seguintes.

Foi deferido pedido de antecipação de tutela em caráter liminar para “(...) *determinar à autoridade coatora que viabilize a permanência do impetrante no certame, na condição sub judicie, submentendo-a às demais etapas, nos termos e na forma do edital*” (f. 240-242).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu seu ingresso na lide, na condição de litisconsorte passivo, e ofereceu informações (f. 256-260) defendendo a ausência de direito líquido e certo, posto que não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional de legalidade de atos administrativos, substituir a banca examinadora, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral. Também a autoridade apontada como coatora ofereceu informações, adotando a mesma linha de fundamentação e pugnando pela denegação da ordem (f. 247-251).

Parecer ministerial opinando pela denegação da segurança (f. 264-270).

### **VOTO (EM 27.07.2016)**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Cristiano de Barros Santos contra ato do Desembargador Presidente da Comissão do 31º Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto do Estado do Mato Grosso do Sul, materializado no indeferimento de recurso administrativo apontando erro cometido pela Banca Examinadora do referido certame na correção da resposta que ofereceu na primeira prova discursiva.

Ao analisar o pedido de tutela de urgência (f. 240/242), fiz consignar a orientação sedimentada pelos Tribunais Superiores no sentido da impossibilidade do Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora de concurso pública para valorar respostas dadas pelos candidatos e as notas a eles atribuídas.

Confira-se, a propósito, julgado do Supremo Tribunal Federal:

*“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. 4. Recurso extraordinário provido”* (RE 632853, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito Dje-125 Divulg 26-06-2015 Public 29-06-2015).

Essa a orientação sedimentada, também, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

*“RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. BANCA EXAMINADORA. QUESTÕES. REVISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A intervenção do Judiciário no controle dos atos de banca examinadora em concurso público está restrita ao exame da legalidade do procedimento, não lhe cabendo substituir-se à referida banca para reexaminar o conteúdo das questões formuladas ou os critérios de correção das provas. Precedentes do STJ e do STF. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS 33.108/MA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011).*

Nada obstante a conclusão ora indicada, o próprio conteúdo das decisões proferidas informa a excepcional possibilidade de controle judicial em ao menos duas hipóteses: 1) análise da compatibilidade do conteúdo das questões com aquele previsto no edital regente; e 2) análise quanto à existência de erro grosseiro.

A segunda hipótese, vale o registro, corresponde à análise da própria legalidade *lato sensu* do conteúdo do certame, garantido-se a observância dos princípios informadores da administração pública.

Confira-se, à propósito, precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

*“Processual Civil e Administrativo. Agravo Regimental no Recurso Especial. Anulação de questões de concurso público pelo poder judiciário. Inviável o exame do conteúdo e dos critérios de correção da banca examinadora. Exceção. Flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade. Constatação de ilegalidade pelo Tribunal de Origem. Reexame fático-probatório. Súmula 7/STJ. 1. Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade. 2. Contrariar a conclusão do Tribunal de origem quanto à ilegalidade das questões do concurso público envolveria necessariamente o revolvimento fático-probatório dos autos, obstado nesta via especial pelo teor da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1468332/SC, Relator (a) Ministra Diva Malerbi; DJe 24/05/2016).*

Resta evidente, pois, que ao Poder Judiciário se veda a análise do mérito do ato administrativo, impondo-se a este, entretanto, se provocado, o controle da juridicidade deste mesmo ato, mister que, além dos aspectos formais, viabiliza-se a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Cumpre, portanto, identificar se, em algum dos itens apontados pelo impetrante, desponta ilegalidade manifesta quando da apreciação de suas respostas.

No que concerne à questão de número 2, versando sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, indica-se grave erro material no espelho de correção, especificamente quanto ao item B.

Referida questão traz o seguinte enunciado:

*“A) Defina a medida socioeducativa de reparar o dano, prevista no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente e discorra sobre: I. requisitos indispensáveis à aplicação, II. fiscalização de cumprimento e III. momento de extinção.*

*B). No precitado dispositivo legal encontra-se exceção à não aplicação de medida socioeducativa a criança por prática de conduta equiparada a ilícito penal? Justifique.*

*C) Delimite o responsável pela reparação civil do dano causado por menor, estabelecendo paralelo com dispositivo(s) constitucional(is) e infraconstitucional(is) aplicável(is) ao Diploma Menorista.” (f. 144)*

O espelho de prova, que se reputa viciado por grosseiro erro material, traz a seguinte resposta esperada para o item B:

*“A obrigação de reparar o dano decorrente de ato infracional, com reflexos patrimoniais, atinge não só o adolescente como a criança, autora de conduta equiparada a crime ou contravenção penal, desenhando-se, no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exceção a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa ao menor de 12 (doze) anos, desde que a criança possua capacidade financeira ou condições de promover a reparação, por exemplo, restituir o bem retirado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima.” (f. 164)*

O art. 116 do ECA estabelece:

*“Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.*

*Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.”*

A resposta esperada dos candidatos era no sentido de considerar o art. 116 do ECA exceção à regra de não aplicação de medida sócio educativa a criança que pratica ato infracional. Tal resposta, entretanto, não encontra respaldo legal, doutrinário ou jurisprudencial.

Com efeito, o art. 105, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece que ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 (que alude as medidas de proteção). Veja:

*“Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.”*

O art. 101, ao seu turno, lista as medidas de proteção:

*“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:*

*I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;*

*II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;*

*III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;*

*IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;*

*V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;*

*VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;*

*VII - acolhimento institucional;*

*VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;*

*IX - colocação em família substituta.”*

Como se vê, a regra geral, no sentido de que à criança (a pessoa com até 12 anos de idade incompletos – art. 2º, do ECA) aplicam-se apenas medidas protetivas na hipótese de prática de atos infracionais tem previsão legal expressa. A exceção à essa regra somente poderia estar prevista em lei. Inexistindo disposição nesse sentido, forçoso concluir pela inexistência exceção ao regramento.

Mais ainda, o próprio art. 116 (invocado pelo examinador) refere-se, também, especificamente à adolescente, não à criança. Não por outra razão senão a incompatibilidade daquelas medidas com a idade da criança.

Nesse sentido, a lição de João Batista Costa Saraiva, citado por Guilherme de Souza Nucci:

*“Há que divergir daqueles que supõem que tal medida permita aos pais do adolescente a reparação do dano. Por certo essa obrigação resulta da lei civil. Enquanto medida socioeducativa, o objetivo é de que o próprio adolescente seja capaz de tanto, seja pela devolução da coisa, seja por sua capacidade de compensar a vítima por ação sua, compatível com a idade.” (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Forense, 2014, p. 404)*

Paulo Lúcio Nogueira é incisivo:

*“É de ver que o Estatuto prevê a reparação do dano causado somente pelo adolescente, pois, se se tratar de criança, pela qual os pais ou responsável respondem com exclusividade, a vítima terá de ingressar com ação de reparação do dano na justiça comum.” (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Saraiva, 1996, p. 179)*

Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanches Cunha corroboram:

*“a) Princípio da condição do adolescente como sujeito de direito: faz-se, primeiramente, uma adaptação, na medida em que à criança não é possível a inserção em qualquer medida socioeducativa. Se esta prática determinado ato infracional, poderá haver a incidência de medida protetiva, a ser aplicada pelo Conselho Tutelar.” (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, RT, 2010, p. 344)*

A banca examinadora, por outro lado, não ofereceu qualquer respaldo legal, doutrinário ou jurisprudencial escorando sua exigência, daí a conclusão da ocorrência de grave erro material no próprio espelho de correção das provas. Nesse ponto, aliás, não houve pronunciamento da autoridade coatora.

Essa questão já foi enfrentada por este Órgão Especial, que assentou:

*“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – JUÍZO DE COMPATIBILIDADE DO CONTEÚDO DAS QUESTÕES DO CONCURSO COM O PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME – POSSIBILIDADE – SOLUÇÃO ESPERADA EM CONFRONTO COM A LEI – DIREITO DO CANDIDATO À PONTUAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 23.4.2015, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE, com repercussão geral reconhecida, firmou tese no sentido de que os critérios adotados por banca examinadora de concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Não obstante, a Corte Suprema deixou salientado que, excepcionalmente, é permitido ao Judiciário emitir juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Por conseguinte, é possível que esta Corte Estadual afirme a compatibilidade das questões do 31º Concurso Público para o cargo de Juiz Substituto da carreira da Magistratura do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul com o previsto no edital do certame, sem que o julgamento contrarie a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE. 2. Quando a solução*

*esperada pela Banca Examinadora está em confronto com a lei a que se refere a questão do concurso, fica evidente a ausência de compatibilidade do conteúdo da questão do concurso com o previsto no edital do certame. 3. O reconhecimento de que a resposta do impetrante está de acordo com a lei regente da matéria examinada e merece pontuação permite-lhe acrescentar a respectiva pontuação à nota que alcançou na prova.” (Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Não informada; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 04/05/2016; Data de registro: 10/05/2016)*

Assentada essa premissa, deve ser anulado o item B da questão numero 2 (Direito da Criança e do Adolescente), razão pela qual deve ser atribuída pontuação integral ao candidato, adicionando-se à sua nota 0,2 pontos, em conformidade com o item 5 do capítulo XV, do edital (f. 49).

Com esse desiderato, a nota inicialmente atribuída ao impetrante (5,91 – fato incontroverso) deverá ser majorada para 6,11, suficiente para avançar à segunda prova escrita (prova de sentença), em conformidade com o item 58, do Capítulo VIII, Seção III do edital (f. 42).

Diante do exposto, contrariando o parecer ministerial, concedo a ordem, para o fim de anular o item B da questão nº 2 (Estatuto da Criança e do Adolescente), da primeira prova discursiva e atribuir ao impetrante a nota correspondente (0,2 pontos), que deverá ser adicionada à sua nota, passando a 6,11 pontos. Em razão desse desiderato, deverá ser considerado aprovado na primeira prova discursiva, prosseguindo no certame até seus ulteriores termos e inclusive posse, caso regularmente aprovado nas demais etapas. Com isso, declaro extinto o processo, com julgamento de mérito, nos termos dos arts. 487, I, do NCPC. Sem custas e honorários, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul) e do artigo 25, da Lei n. 12.016/2009.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (4º Vogal)

Concedo Integralmente o Mandado de Segurança.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Julgamento adiado para sessão do dia 10.08.16 em face do pedido de vista do Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator e os desembargadores Vladimir, Luiz Tadeu, Júlio, Divoncir, Tânia, Romero e Contar concederem parcialmente a ordem, enquanto que o Des. Fernando Mauro concede na integralidade. Declararam-se impedidos os desembargadores Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte.

### **VOTO (EM 10.08.2016)**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (11º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cristiano de Barros Santos contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de Presidente da Comissão do 31º Concurso Público para provimento de Cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que indeferiu o recurso interposto contra a nota do impetrante na Prova Discursiva I, impedindo o seu prosseguimento nas demais etapas do certame.

Alega o impetrante, em apertada síntese, que se submeteu ao 31º Concurso Público para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul, obtendo êxito na fase objetiva, sendo convocado para as provas subjetivas, compreendidas na prova discursiva I (Noções Gerais de Direito e Formação Humanista), prova discursiva II (Sentença Cível) e prova discursiva III (Sentença Criminal). Sustenta que interpôs recurso contra a correção da prova discursiva I, mas não logrou pontuação suficiente para as fases subsequentes do certame.

Ao final, requer a concessão da ordem, tornando definitiva a medida liminar, atribuindo-se a nota de 0,5 para a questão número 2, em substituição a nota anteriormente lançada, totalizando, assim, 6,11 na prova discursiva I, com a conseqüente correção das provas discursivas II e III (sentenças cível e criminal).

O relator, Desembargador Sideni Soncini Pimentel, e os Desembargadores Vladimir, Luiz Tadeu, Júlio, Divoncir, Tânia, Romero e Contar concederam parcialmente a segurança. Enquanto que o Desembargador Fernando Mauro concedeu a ordem na sua integralidade.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Acompanho o relator e concedo parcialmente a segurança.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 23.4.2015, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE, com repercussão geral reconhecida, firmou tese no sentido de que os critérios adotados por banca examinadora de concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

Não obstante, a Corte Suprema deixou salientado que, excepcionalmente, é permitido ao Judiciário emitir juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame.

Por conseguinte, é possível que esta Corte Estadual afira a compatibilidade das questões do 31º Concurso Público para o cargo de Juiz Substituto da carreira da Magistratura do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul com o previsto no edital do certame, sem que o julgamento contrarie a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE.

Dito isso, verifico se há alegada ilegalidade nos pontos apontados pelo impetrante.

A questão n. 2 de direito civil, que versa sobre Direito da Criança e do Adolescente, foi assim elaborada:

*Questão 2 Direito da Criança e do Adolescente*

*A) Defina a medida socioeducativa de reparar o dano, prevista no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente e discorra sobre: I. requisitos indispensáveis à aplicação, II. fiscalização de cumprimento e III. momento de extinção.*

*B) No precitado dispositivo legal encontra-se exceção à não aplicação de medida socioeducativa a criança por prática de conduta equiparada a ilícito penal? Justifique.*

*C) Delimite o responsável pela reparação civil do dano causado por menor, estabelecendo paralelo com dispositivo(s) constitucional(is) e infraconstitucional(is) aplicável(is) ao Diploma Menorista.*

No tocante ao item “b” da questão n. 02, a grade de correção divulgada considerou os seguintes parâmetros:

*B. A obrigação de reparar o dano, decorrente de ato infracional, com reflexos patrimoniais, atinge não só o adolescente como a criança, autora de conduta equiparada a crime ou contravenção penal, desenhando-se, no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exceção à impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa ao menor de 12 (doze) anos, desde que a criança possua capacidade financeira ou condições de promover a reparação, por exemplo, restituir o bem retirado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima.*

A resposta esperada dos candidatos era no sentido de considerar o art. 116 do ECA exceção à regra de não aplicação de medida sócio educativa a criança que pratica ato infracional. Tal resposta, entretanto consoante apontou o relator, não encontra respaldo legal, doutrinário ou jurisprudencial.

Nesse sentido, colaciono trecho do voto proferido pelo Desembargador Vladimir Abreu da Silva, nos autos do Mandado de Segurança n. 1401625-21.2016.8.12.0000:

*De fato, o art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que, in verbis: Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (Destaquei.)*

*Consoante se depreende do dispositivo em questão, a lei “instituiu a possibilidade de impor ao adolescente autor de ato infracional com ‘reflexos patrimoniais’, como medida socioeducativa, a obrigação de reparar o dano causado à vítima, seja pela restituição da coisa subtraída, seja pelo respectivo ressarcimento, seja através de outra alternativa compensatória” (CURY, Munir [Coord.], Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 02.2013. p. 584, nota 2 ao art. 116. Sublinhei.).*

*O entendimento de que o art. 116 do ECA se aplica apenas ao adolescente está consolidado na doutrina desde a edição da lei. Já na época, Paulo Lucio Nogueira salientava: É de se ver que o [art. 116 do] Estatuto prevê a reparação do dano causado somente pelo adolescente, pois, se se tratar de criança, pela qual os pais ou responsável respondem com exclusividade, a vítima terá que ingressar com ação de reparação do dano na justiça comum.<sup>2</sup> A seu turno, Wilson Barreira reclamava, a respeito da nova lei, que: Seguramente, o maior equívoco, cometido nesta nova apresentação da medida [no*

art. 116], é o da não-extensão da sua aplicação aos menores de doze anos, já que não é possível aceitar que, em certos casos, o Juiz deixe de determinar que também a criança restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, etc.<sup>3</sup> Mais recentemente, Wilson Donizeti Liberati salienta que: A medida [do art. 116] só pode ser aplicada a adolescente, pois a compensação de prejuízo causado por criança terá seu foro na Justiça Comum.<sup>4</sup>

**Desse modo, o espelho de prova figura-se contrário ao imperativo legal acerca de possível exceção à não aplicação de medida socioeducativa a criança por prática de conduta equiparada a ilícito penal. Nessas circunstâncias, a solução esperada pela Banca Examinadora está em confronto com a lei a que se refere a questão do concurso. Aludida contrariedade evidencia a ausência de compatibilidade do conteúdo da questão do concurso com o previsto no edital do certame. Portanto, em relação à questão n. 02 é possível que esta Corte Estadual afira a compatibilidade das questões do concurso público com o previsto no edital do certame, reafirme-se, sem que o julgamento contrarie a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE.**

No caso em análise, o impetrante esclarece haver descrito sua resposta ao item B da questão n. 02 da prova de direito civil, no seguinte trecho: 2 In Estatuto da criança e do adolescente comentado (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 148. Comentário ao art. 116. 3 In SIQUEIRA, Liborni (Coord.). Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 93. Comentário ao art. 116. 4 In Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 04.2008. p. 126. Comentário ao art. 116. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul A título de ilustração, a resposta do impetrante ao questionamento está conforme à doutrina majoritária, à jurisprudência e ao Estatuto da Criança e do Adolescente e, assim, contrária ao espelho de correção, nesses termos: “Pode-se dizer que o art. 116 do ECA, ao se referir somente a adolescente, exclui a aplicação da medida socioeducativa a criança.

Contudo, todas as medidas socioeducativas somente são aplicáveis a adolescentes, por força do art. 105 do ECA, que dispõe que às crianças somente são aplicadas as medidas protetivas do art. 101 do ECA. Os adolescentes, por sua vez, além das medidas socioeducativas, também podem receber medidas protetivas. ” Aliás, na justificativa do Recurso Administrativo interposto pelo impetrante foi mantida a atribuição de nota “0” (zero) ao item “b” da questão de n. 02, o que está equivocado e se mostra arbitrário, uma vez que o candidato foi surpreendido com a resposta baseada em doutrina absolutamente minoritária ou até mesmo isolada. (f. 19).

Refazendo a leitura da petição inicial após esclarecimento oferecido pelo impetrante na fase postulatória, foi possível compreender que o texto destacado corresponde à resposta do impetrante à questão n. 02, conforme a documentação que ele juntou na sequência (f. 167-168).

**Assim, enquanto o conteúdo da questão n. 02 carece de compatibilidade com o previsto no edital do certame, pois a resposta esperada está em franca contrariedade com a disposição legal do art. 116 do ECA, a resposta oferecida pelo impetrante está em conformidade com a mencionada lei, devendo ser prestigiada.**

O reconhecimento de que a resposta do impetrante está de acordo com a lei regente da matéria examinada e merece pontuação permite-lhe acrescentar 0,2 (dois décimos) à nota alcançada na prova, de sorte que sua nota se eleva a 6,0 (seis) pontos, quantum mínimo para que lhe sejam corrigidas as provas discursivas seguintes, conforme preceituam os itens 58 e 58.1 do edital de abertura do certame. Observo, oportunamente, que o Edital n. 066.0.049.0005/2016- SCSM, disponível no site deste Tribunal de Justiça na internet ([www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br)), tornou públicas as notas das provas discursivas II e III alcançadas pelo

*impetrante, quais sejam, 9,000 e 6,500, respectivamente, tendo sido, portanto, aprovado em ambas. Ante o exposto, contra o parecer, concedo em parte a segurança postulada a fim de que seja acrescido 0,2 (dois décimos de ponto) à nota que o impetrante obteve na questão n. 02, permitindo-lhe assim continuar no concurso público, com a correção das provas discursivas II e III (sentenças cível e criminal) e demais atos subsequentes do processo administrativo, se por outro motivo não houver que ser excluído do certame. (Destaquei)*

Assentada essa premissa, deve ser anulado o item B da questão numero 2 (Direito da Criança e do Adolescente), razão pela qual deve ser atribuída pontuação integral ao candidato, adicionando-se à sua nota 0,2 pontos, em conformidade com o item 5 do capítulo XV, do edital.

Ante o exposto, acompanho o relator e concedo parcialmente a segurança.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer, concederam parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Declararam-se impedidos os desembargadores Claudionor Miguel Abs Duarte e Dorival Renato Pavan. Ausente, justificadamente o des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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. Claudionor Miguel Abs Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança nº 1406579-13.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – REJEITADA – APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA O MOMENTO DA NOMEAÇÃO, OBSERVADO O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul detém competência privativa para prover cargos públicos no âmbito da Administração Estadual, nos termos do art. 87, X, da Constituição Estadual, o que o legitima para figurar no polo passivo da impetração com esse objeto (posse de candidato em concurso público), ressalvada a hipótese de delegação dessa competência. 2. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, que “*Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público*”. Assim, somente depois de expirado o prazo de validade do certame terá o candidato, aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital, violado direito líquido e certo à nomeação, a ensejar a concessão da segurança. Na hipótese dos autos, ainda vigente o certame, não há falar em direito líquido e certo à nomeação. 3. Não se identifica, ademais, a alegada preterição do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital em razão da nomeação da própria impetrante para cargo em comissão, com desempenho de função essencialmente distintas daquela almejada pelo impetrante.

## 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, afastar a preliminar arguida e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de agosto de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Rita de Cássia Marcon impetra mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretário (a) de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul. Em breves linhas, alega ter sido aprovada e classificada em 1º lugar no concurso público para

provimento de cargo de Analista de Atividades Mercantis, no escritório da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul na cidade de Ivinhema, em resultado homologado em 14 de novembro de 2014, com prazo de validade de 2 anos. Notícia, entretanto, que ainda não foi convocada. Prossegue, aduzindo que foi nomeada para ocupar cargo em comissão junto ao mesmo órgão. Alega direito líquido e certo à nomeação para o cargo efetivo para o qual foi regularmente aprovada em concurso público, conformidade com o teor da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal (“*Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação*”). Pontua, ainda, haver disponibilidade de cargo e necessidade de seu preenchimento. Requereu a concessão de tutela de urgência e dos benefícios da gratuidade de justiça. Ao final, pugnou pela concessão da ordem para determinar às autoridades coatoras sua imediata nomeação e posse para o cargo público mencionado.

A antecipação de tutela foi indeferida, sendo concedidos os benefícios da gratuidade de justiça (f. 31-32).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu seu ingresso na lide, na condição de litisconsorte passivo, e apresentou informações (f. 45-47) defendendo a inexistência de direito líquido e certo, tendo em mente que a Administração detém discricionariedade para nomear o candidato aprovado dentro do número de vagas no prazo de validade do certame, que, na hipótese dos autos, ainda não se expirou.

O Ministério Público ofereceu parecer (f. 51-63), arguindo preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e, no mérito, opinou pela denegação da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rita de Cássia Marcon contra ato omissivo atribuído ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Outro. Alegou ter sido aprovada em Concurso Público para provimento do cargo de Analista de Atividades Mercantis em Ivinhema/MS, obtendo o 1º lugar na classificação. Sustenta que embora aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas no certame (1) não foi convocada para posse, tendo sido nomeada para cargo em comissão no mesmo órgão.

Preliminar de ilegitimidade passiva

Argui o Ministério Público que o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul não detém legitimidade para figurar no polo passivo da impetração.

É certo que a pretensão inicial volta-se a nomeação para cargo público, tendo em vista a aprovação do impetrante em concurso público (cargo de Analista de Atividades Mercantis junto à JUCEMS), sob a alegação de preterição.

A Lei do Mandado de Segurança, n. 12.016/2009, é categórica no seu art. 6º, § 3º, ao dispor que “*Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.*”

Ocorre que o ato apontado na inicial deste *mandamus* como coator, qual seja a inércia na convocação de candidatos aprovados em concurso público, pode ser atribuída diretamente ao Governador, que detém competência privativa para prover cargos públicos estaduais, nos termos do art. 89, X, da Constituição

Estadual. Também o edital do certame prevê que a nomeação do candidato aprovado no certame será processada por ato do Governador (item 12.1.1 – f. 18).

Trata-se, é preciso frisar, de competência privativa e, portanto, delegável. Na espécie dos autos, entretanto, não há elementos para aferir a existência de delegação dessa competência (de provimento de cargo público), razão pela qual deve ser reconhecida a competência do Governador.

Note-se que o ato impugnado não alude a uma fase do certame, cuja competência pertenceria às autoridades que o presidentem (Secretário de Estado de Administração e Presidente da JUCEMS – f. 13). Refere-se, como, dito, ao provimento de cargo público em entidade da Administração Indireta do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja competência, como dito, é do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte:

*“EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATA APROVADA COMO EXCEDENTE - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO - NECESSIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO DO MANDAMUS PARA UMA DAS SESSÕES CÍVEIS. É ilegítimo o governador do Estado para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado contra edital de concurso público promovido por Secretários de Estado, cabendo a redistribuição do processo ao órgão competente.”* (Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Não informada; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/07/2016; Data de registro: 28/07/2016)

*“MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO - REJEITADA - MÉRITO - CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL - DIREITO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SEGURANÇA CONCEDIDA. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado quando este, além de possuir competência para sanar a omissão imputada como ilegal, encampa a responsabilidade que lhe é atribuída ao defender expressamente o mérito da questão. Concurso público gera direito de nomeação para aprovados dentro do número de vagas a partir de sua homologação desde que inexista ato subsequente, devidamente motivada, que explicita as razões pelas quais não ocorreu a nomeação. Assim, impõe-se a nomeação da candidata aprovada dentro do número de vagas ofertadas no edital do concurso público quando não há nos autos notícia de que a não-convocação foi motivada por algum ato administrativo.”* (Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 05/05/2010; Data de registro: 30/06/2010)

Importante ressaltar, ainda, que já proferi decisões afastando a legitimidade do Governador em hipóteses similares. Naquelas situações, entretanto, foi possível aferir atribuição de competência a outras autoridades, o que não se verifica no caso.

Dessarte, reafirmando e aprimorando posicionamento anterior, rejeito a arguição.

Mérito

Restou incontroverso nos autos que a impetrante foi aprovada no concurso público para o cargo mencionado, sendo classificada em 1º lugar no Município de Ivinhema/MS. Ocorre que o certame em questão tem validade de 2 anos (item 13.1 do edital). Referido concurso público tem validade até o dia 14 de novembro de 2016, posto que homologado em 14 de novembro de 2014.

Nessa ordem de ideias, sedimentou-se no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, orientação no sentido de que o candidato classificado dentro do número de vagas previstas em edital tem direito líquido e certo à nomeação, pois o ato de convocação, que era discricionário, passa a ser vinculado às regras do edital. Contudo, pode a Administração optar pelo momento da nomeação, desde que o faça dentro do prazo de validade do certame.

Nesse sentido:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. [...] V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.” (RE 598099, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado Em 10/08/2011, Repercussão Geral - Mérito Dje-189 Divulg 30-09-2011 Public 03-10-2011 Ement Vol-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)*

O Superior Tribunal de Justiça alinhou-se a esse entendimento:

*“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS, submetido ao regime da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possuem direito subjetivo à nomeação. 2. O candidato ora recorrente foi aprovado em concurso público para provimento de cargos de motorista no quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, obtendo a 7ª colocação na lista classificatória, em um total de 10 vagas previstas no edital de abertura do certame, deixando, no entanto, de ser nomeado pela Administração durante o prazo de validade do referido concurso público. 3. Recurso ordinário provido para que seja o recorrente nomeado para o cargo de Motorista, dando-se posse ao mesmo, caso cumpridos os demais requisitos legais e editalícios.” (RMS 30.539/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)*

*“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS VAGOS NA ESPECIALIDADE PARA A QUAL CONCORREU. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. 1. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, não havendo mera expectativa de direito. 2. A jurisprudência do STJ também pacificou-se no sentido de que o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado, caso se comprove: a) quebra da ordem classificatória, b) contratação temporária para preenchimento de vagas existentes ou c) surgimento de novas vagas, seja por criação de*

*lei ou por força de vacância durante o prazo de validade do certame. (...)” (AgRg no RMS 47.910/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 30/06/2015)*

Disso decorre que a impetrante tem direito subjetivo à nomeação em concurso público, pois classificada dentro do número de vagas previsto no edital e dentro do prazo de validade do certame. De sorte que incumbe à Administração Pública, segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, levar a efeito esse direito, desde que o faça dentro do prazo de validade do certame.

Não realizada a nomeação dentro do prazo de validade do certame, restará violado o direito líquido e certo do servidor, autorizando a concessão de mandado de segurança. Sendo assim, ainda vigente o concurso público (até 14 de novembro de 2016) não há direito líquido e certo à nomeação.

Excepciona essa regra a situação de preterição. Essa a tese veiculada na inicial, onde se alega que a autoridade coatora procedeu à nomeação da própria impetrante para cargo comissionado sob a justificativa de impossibilidade de novas nomeações em razão do Decreto 14.116, de 2 de janeiro de 2015, que suspendeu atos de nomeação por 6 meses.

A nomeação de servidor para ocupar cargo em comissão não revela preterição ao candidato aprovado em concurso público para ocupar cargo efetivo, tendo em vista tratar-se de cargos distintos, com atribuições distintas. Com mais razão ainda, não há falar em preterição se foi a própria impetrante nomeada para o cargo em comissão.

Nesse sentido, já se pronunciou este Órgão Especial:

*“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA O MOMENTO DA NOMEAÇÃO, OBSERVADO O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA. 1. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, que “Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público”. Assim, somente depois de expirado o prazo de validade do certame terá o candidato, aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital, violado direito líquido e certo à nomeação, a ensejar a concessão da segurança. Na hipótese dos autos, ainda vigente o certame, não há falar em direito líquido e certo à nomeação. 2. Não se identifica, ademais, a alegada preterição do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital em razão da nomeação de outro servidor para o desempenho de função essencialmente distintas daquela almejada pelo impetrante.” (Mandado de Segurança nº 1414905-93.2015.8.12.0000, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, Órgão Especial, Data do julgamento: 11/05/2016; Data de registro: 12/05/2016) (destaquei).*

Dessarte, não vislumbro direito líquido e certo à nomeação, mormente por inexistir preterição.

Por tudo quanto exposto, com o parecer, denego a segurança, posto inexistir direito líquido e certo alegado na inicial. Sem honorários (art. 25 da Lei 12.016/2009). Custas pelo impetrante.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, afastaram a preliminar arguida e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 17 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0361373-68.2008.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS POR USURPAÇÃO DA ESSÊNCIA DE CRIAÇÃO ARTÍSTICA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AMPLO ACERVO PROBATÓRIO – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – PRELIMINAR REJEITADA – INEXISTÊNCIA PROTEÇÃO AUTORAL NO PRESENTE CASO, POIS TRATAM-SE DE OBRAS COM GÊNERO DISTINTOS - AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO, CONTRAFAÇÃO OU PLÁGIO SOBRE A ESSÊNCIA CRIATIVA DA PERSONAGEM DESENVOLVIDA PELO APELANTE – PERSONAGENS COM CARACTERÍSTICAS FÍSICAS, EMOCIONAIS E ILUSTRATIVAS COMPLETAMENTE DISTINTAS ENTRE SI, SENDO IMPOSSÍVEL A CONFUSÃO ENTRE ELAS – AUSÊNCIA DE ORIGINALIDADE E EXCLUSIVIDADE – DESCRIÇÃO DAS PERSONAGENS QUE FORAM EXTRAÍDAS DAS CARACTERÍSTICAS DO ANIMAL QUE LHE DEU ORIGEM – AUSENTE ATO ILÍCITO PRATICADO COM CULPA OU DOLO É INEXISTENTE A OBRIGAÇÃO DE REPARAR, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL – RECURSO DESPROVIDO.

Presente nos autos amplo acervo probatório documental apto a proporcionar segurança ao magistrado para proferir seu julgamento, se verifica que a prova testemunhal é absolutamente desnecessária, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Se tratando de obras com gênero completamente distintos, uma vez que a obra do apelante é didática-literária e a do apelado um mascote que representa a seleção brasileira de vôlei, não há que se falar em proteção autoral.

Não havendo nenhuma semelhança entre as personagens, conseqüentemente não há que se falar em usurpação, contrafação ou plágio, apenas pelo fato de terem sido originadas a partir do mesmo animal.

Cada personagem possui estória e características físicas, emocionais e ilustrativas que em nada se assemelham, não havendo possibilidade de confusão.

Tendo origem no mesmo animal, com descrição de suas características morfológicas e de habitat, não há que se falar em originalidade ou exclusividade de uma personagem em detrimento de outra.

Ausente culpa ou dolo na conduta do apelado que enseje violação aos direitos autorais, não há que se falar em ato ilícito, tendo em vista a inexistência de dano indenizável.

Recurso conhecido e desprovido.

## 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 negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 5 de julho de 2016.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Carlos Gentil Vasconcelos, inconformado com a r. sentença proferida nos autos da Ação de Inibitória c/c Danos Materiais e Morais nº 0361373-68.2008.8.12.0001, ajuizada em desfavor da Confederação Brasileira de Voleibol - CBV, interpõe a presente apelação (fls. 310-322) a este Tribunal.

Alega o apelante, preliminarmente, que houve cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que o magistrado de primeira instância proferiu sentença sem ter oportunizado a produção de prova testemunhal em juízo, embora tenha sido requerida a produção de provas em audiência.

Aduz que a prova testemunhal teria o condão de demonstrar a confusão que há com relação à personagem “Zé Caré”, de sua autoria, com o mascote da seleção brasileira de voleibol, uma vez que recebe telefonemas de pessoas lhe parabenizando pela utilização de sua personagem junto aos jogos da seleção brasileira de vôlei.

Por tal motivo requer a decretação da nulidade da sentença para possibilitar a produção da prova requerida.

No mérito aduz que o ponto nodal da demanda não seria a utilização, por parte do apelado, do nome dado à sua personagem, mas sim pelas características semelhantes dadas ao mascote da seleção de vôlei que, segundo o apelante, seria plágio de sua obra criativa.

Assevera que há diversos pontos que causam semelhança entre os personagens, como o nome, a origem e a espécie, indicando usurpação da essência criativa do apelante. Deste modo, haveria identidade de gêneros entre os personagens, sendo suficiente para caracterizar a apropriação da obra do apelante.

Por fim, expõe que não está discutindo a propriedade industrial da personagem, mas sim a proteção aos direitos autorais sobre sua criação, proteção esta que independe de registro.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo para se acolher a preliminar de cerceamento de defesa anulando assim a sentença e determinando a reabertura da instrução processual.

No mérito pugna pelo provimento do apelo com a conseqüente reforma da sentença de primeiro grau, julgando procedente o pedido inicial para condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, a impossibilidade da apelada utilizar a personagem “Zé Caré” como mascote da seleção brasileiro vôlei, bem como a obrigação da apelada divulgar, em pelo menos 10 eventos televisionados, além do sítio eletrônico, que a personagem pertence ao apelante.

Intimada a se manifestar, a apelada apresentou contrarrazões às fls. 328-332, através de *fac-símile*, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau *in totum*, todavia, deixou de anexar aos autos o original da petição de Contrarrazões de apelação.

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Gentil Vasconcelos, nos autos da Ação de Inibitória c/c Danos Materiais e Morais, nº 0361373-68.2008.8.12.0001, ajuizada em desfavor da Confederação Brasileira de Voleibol - CBV, em que o juízo *a quo*, na sentença de fls. 296-304, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Da preliminar de cerceamento de defesa alegada pelo apelante

Segundo o apelante, houve cerceamento de sua defesa, haja vista não ter sido oportunizado a ele a produção de prova testemunhal em audiência, apesar de ter requerido e justificado a necessidade da produção da referida prova, uma vez que os depoimentos das testemunhas serviriam para corroborar a confusão havida entre o mascote da seleção brasileira de vôlei (Zecaré) e sua personagem (Zé Caré).

Todavia, razão não assiste ao apelante, conforme se colhe dos autos, o apelante junto amplo acervo probatório documental (fls. 13-144), no intuito de demonstrar a adequação de sua pretensão ao direito invocado, neste sentido a apelada também anexou farta documentação visando resistir à pretensão deduzida pela apelante (fls. 243-264).

Neste sentido vemos que o apelante exerceu sua defesa de forma ampla, apresentando seu contraditório ao impugnar a contestação e demonstrando as razões por que entende serem procedentes os pedidos deduzidos em inicial com mais de cem páginas de documentos.

Pois bem. O artigo 130, do Código de Processo Civil/1973, com redação correspondente no artigo 370 do CPC/2015 dispõe que “*cabera ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*”.

Nesta seara, sendo o magistrado o destinatário da prova, a ele cabe autorizar ou não a produção de determinada prova, nos exatos termos do artigo supracitado. Estando o magistrado convencido da verdade dos fatos, ou julgando ser suficientes as provas já produzidas nos autos para o julgamento da demanda, poderá indeferir as que julgar inúteis ou protelatórias, de forma fundamentada, velando pelo princípio da celeridade da prestação jurisdicional.

Sobre referido dispositivo processual é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>1</sup>:

*“Deferimento de prova. A questão ou não de deferimento de uma determinada prova (testemunha referida) depende de avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC/1973 [v. CPC 370] (STJ, Ag 56995-0, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.4.1995, DJU 10.4.1995, p. 9322).*

(...)

<sup>1</sup> *In Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 989/990.

*Necessidade de produção probatória. Depoimento pessoal indeferido. Cabe ao juiz da matéria decidir sobre a necessidade da produção de provas (CPC/1973 130, 401) [CPC 370, CC 227], podendo ser a decisão revista em recurso especial quando, independentemente do exame da matéria de fato, ficar evidenciada a violação a princípio legal sobre prova, ou dissídio. Na espécie, a ré pretendia a oitiva do depoimento da autora para esclarecimento de fato considerado irrelevante para o julgamento da causa (STJ, 4ª T., REsp 90435, rel. Min. Ruy Rosado, j. 24.6.1996, DJU 26.8.1996, p. 29695)”.*

Este é o entendimento adotado por esta Egrégia Corte de Justiça, conforme demonstrado pelos excertos colacionados abaixo:

*“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA – PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – NÃO IMPLICA EM NULIDADE – PROVAS DO DIREITO SUFICIENTES PARA O JULGAMENTO ANTECIPADO DO FEITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 0129511-63.2008.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, Julgado em 26.04.2016)”*

*“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AGRAVO RETIDO NA DEFESA DE PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVADO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E NECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA PETROBRAS – PRELIMINARES CORRETAMENTE REJEITADAS – AGRAVO RETIDO DESPROVIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE IMPÔS AOS APELANTES OBRIGAÇÃO DE FAZER, MAIS PRECISAMENTE GARANTIR O ACESSO ADEQUADO ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA EM PRÉDIO DO CORPO DE BOMBEIROS – ACESSO GARANTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E EM LEI FEDERAL – RECURSOS DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. Demonstrado que o Estado de Mato Grosso do Sul é o dono do prédio de corpo de bombeiros que não possui acesso à pessoa portadora de deficiência física, detém ele legitimidade para figurar no polo passivo da ação civil pública onde se questiona a obrigação de fazer obras para garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência física. Não preenchendo os requisitos legais, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de chamamento ao processo da Petrobras, empresa que, nos termos do convênio realizado com o Município de Três Lagoas, não responde pelas obrigações de fazer pretendidas na ação civil pública. Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa quando se verifica que a prova testemunhal é desnecessária, sendo suficiente a prova documental existente nos autos para a solução do litígio. A Constituição Federal de 1988 e a Convenção Internacional sobre Direitos de Pessoa com Deficiência asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que viabilizem mencionado acesso. (Apelação/Remessa Necessária nº 0800822-29.2013.8.12.0021, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Câmara Cível, Julgado em 26.04.2016)”*

Destarte, como bem asseverado em sentença, magistrado de piso entendeu que o feito dispensava a produção de outras provas, uma vez que o amplo acervo probatório documental era suficiente a embasar a decisão de mérito posta em apreço perante aquele juízo.

Com efeito, a prova testemunhal no presente caso é perfeitamente dispensável, pois conforme exposto anteriormente, a quantidade de provas documentais carreadas aos autos dá conta de demonstrar claramente se houve ou não a apropriação de obra criativa defendida pelo apelante.

Assim, não se verifica a ocorrência de cerceamento de defesa, na medida em que o juízo de piso indeferiu as provas que julgou serem inúteis ao deslinde da controvérsia, agindo de forma a prestigiar a economia e celeridade processual.

Nesta seara, forte nos fundamentos expendidos alhures, não merece acolhimento a preliminar de cerceamento de defesa ventilada nas razões recursais do apelante.

#### Da violação dos direitos autorais

O apelante aduz em suas razões recursais que a apelada violou direito autoral sobre obra de sua autoria, motivo que ensejaria reparação civil, além de outras cominações requeridas no presente caso.

O cerne da controvérsia cinge-se a usurpação da essência da criação da personagem “Zé Caré” pelo apelado, que estaria utilizando, indevidamente e sem autorização do apelante, a mesma personagem em eventos da seleção brasileira de voleibol, como mascote.

Antes de se adentrar propriamente na questão, importante reforçar a diferença entre a personagem e a imagem da personagem.

A personagem é toda a construção complexa de forma física, comportamento, temperamento, forma de se relacionar, enfim, é a colocação de características humanas – humanização – de algo que pode ou não ter forma humana.

Por exemplo, um bruxo como ‘Harry Potter’ possui forma humana, assim como a ‘Capitu’ de Machado de Assis, mas nada impede que uma personagem seja um animal como ‘Simba’, o ‘Rei Leão’ ou ‘Dumbo’, o elefantinho, todos retratados em desenhos animados da Disney; ou até mesmo uma pedra, como a personagem ‘Dona Pedra’ de Maurício de Sousa.

O que realmente importa é que determinada personagem possua características psíquicas humanas, ou seja, que possua emoções, conflitos, problemas, alegrias, desafios entre outras.

No caso em voga, vemos que a personagem Zé Caré possui características humanas próprias, desenvolvidas dentro de um contexto lúdico, no intuito de servir como material didático para crianças, conforme fartamente trazido pelo apelante nos autos.

Nos termos da própria peça vestibular, a personagem foi desenvolvida a partir da ação criminosa do homem, encarnando traços das características humanas para encontrar sua cauda perdida em uma emboscada feita por coureiros do Pantanal sul-mato-grossense.

Já a personagem Zecaré, mascote da seleção brasileira de voleibol, surgiu da seguinte estória: em 1983 o Brasil enfrentava a URSS no vôlei, quando um craque da geração de prata do vôlei masculino realizou seu famoso saque “jornada nas estrelas” e a bola saiu do estádio, desaparecendo; essa bola foi parar em um ninho de ovos de jacaré de papo-amarelo no Pantanal brasileiro; ao chocar os ovos, um dos jacarés, ao ver a bola “mágica”, se apaixonou pelo esporte e pelos atletas da seleção de vôlei, tornando-se mascote da seleção brasileira.

Por outro lado, a imagem da personagem é a figura, o desenho pelo qual ela é representada, ou seja, sua representação física, tangível.

Neste íterim, a imagem do Zé Caré, personagem criada pelo apelante, se traduz em um jacaré jovem, ainda adolescente, que usa boné, bermuda, camiseta e tênis, carregando consigo uma mochila e levantando a bandeira da preservação ecológica (fls.14-15 e 84)

Por fim, e mais importante, a imagem do Zé Caré, personagem do apelante, se destaca e diferencia por não ter sua cauda, sendo este, inclusive, o motivo que intitulou a obra literária “Zé Caré em busca do rabo perdido”.

Por sua vez, a imagem do mascote da seleção brasileira de vôlei (Zecaré), se resume a um jacaré musculoso, que veste a camisa da seleção brasileira de voleibol e carrega consigo uma bola de vôlei (fls. 136).

Com relação ao nome atribuído às personagens, a conclusão exposta na sentença não merece reparo.

Como bem observou o magistrado de primeira instância, o art. 8º da Lei 9.610/98, em seu inciso VI<sup>2</sup> é bastante claro ao afirmar que os nomes e títulos isolados não são objeto de proteção como direito autoral.

Neste sentido, inobstante a diferença de grafia e o fato do nome do mascote da apelada ter sido escolhido por votação aberta dos internautas em seu sítio eletrônico, ainda que se considerassem os nomes iguais ou semelhantes, tal fato, isoladamente, não configura violação aos direitos autorais, por falta de previsão legal expressa nesse sentido.

Na verdade, o que se denota dos autos e das provas carreadas é que a semelhança entre os nomes das personagens ocorreu por uma coincidência fortuita, sendo certo, de qualquer maneira, que inexistem provas seguras de que a apelada tenha se utilizado do título da obra do apelante, ou de qualquer outra característica para criar o mascote da seleção brasileira de vôlei, a uma porque o nome do mascote foi escolhido por votação popular, a duas porque as características, tanto físicas quanto comportamentais, são completamente distintas entre as duas figuras.

Ademais, o apelante não logrou êxito em demonstrar nos autos o ato ilícito da usurpação, contrafação ou plágio supostamente perpetrado pela apelada, tampouco que esta possuía conhecimento prévio de sua obra, tendo se apropriado indevidamente de sua essência criativa.

Neste sentido caminha a jurisprudência pátria, conforme excerto colacionado abaixo:

*“EMENTA: 1. Direito processual civil. - Sentença. Omissão. Questões de mérito. Possibilidade de ser suprida pelo tribunal. Princípio da economia processual. Mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição. Inexistência de nulidade. - Agravo retido. Apreciação prejudicada. Julgamento de agravo de instrumento interposto por litisconsorte em face da mesma decisão. Litisconsórcio unitário. Recurso interposto por apenas um dos litisconsortes que se estende aos demais. - Cerceamento de defesa. Prova pericial. Desnecessidade. Juntada em grau de recurso, por ambas as partes, de pareceres elaborados por experts e cujo objeto é o mesmo da prova técnica postulada. Inocorrência de nulidade.*

*2. Direito Autoral. - Indenização por danos morais e materiais. Campanha publicitária. Alegada a usurpação, pelas rés, da essência criativa de obra intelectual inédita. Inocorrência. Desconhecimento da obra anterior: Falta de prova da prática do ato ilícito de “usurpação”, “contrafação” ou “plágio”. Referência legislativa: Código de Processo Civil, artigos 509, 515, §§ 1º e 3º; Lei nº 9.610/98, artigos 7º, I, 8º, VI, 102. (Processo: AC 1364334 PR Apelação Cível - 0136433-4, Relator(a): Ulysses Lopes, Julgamento: 03/06/2003, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Publicação: 30/06/2003 DJ: 6400)”*

2 Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

(...)

VI - os nomes e títulos isolados;

Pois bem, o apelante afirma estar sendo usurpado em sua criação, uma vez que as personagens teriam muitos pontos em comum, como por exemplo: o mesmo nome, a mesma origem e são da mesma espécie.

Em uma pergunta retórica, o apelante busca a explicação da apelada sobre a origem do Zecaré, uma vez que este também seria um jacaré de papo-amarelo do pantanal brasileiro e ameaçado de extinção.

Ora, à época, a espécie jacaré de papo-amarelo encontrava-se sob ameaça de extinção, sendo este fato de notório conhecimento, não podendo ser invocado como caracterização exclusiva da personagem do apelante que a torne inconfundível.

Ainda neste sentido, o Pantanal brasileiro é seu habitat natural, não havendo aqui, mais uma vez, nenhuma característica única da personagem do apelante que a torne inconfundível.

Em uma interpretação completamente equivocada do dispositivo contido no artigo 10<sup>3</sup> da Lei 9.610/98, o apelante tenta argumentar que, por serem ambas as personagens jacarés de papo-amarelo do pantanal brasileiro, teriam o mesmo gênero e, por isso, estaria protegido como obra intelectual.

Entretanto, o supracitado dispositivo legal, quando trata da proteção à obra intelectual, diz respeito à obra de mesmo gênero, o que sequer se aproxima da abordagem tentada pelo recorrente.

Neste norte, se a apelada utilizasse o mesmo título em obra de igual gênero – obra literária didática – então seria um caso clássico de apropriação de obra intelectual protegida pela legislação em vigor, todavia, o caso em apreço sequer se aproxima de tal hipótese, não havendo qualquer semelhança que se amolde à proteção conferida pela Lei.

Observação importante aventada em sentença pelo magistrado de piso e já exposta anteriormente, diz respeito à ausência de originalidade e exclusividade sobre a descrição das personagens, uma vez que se tratam de animais símbolos do pantanal brasileiro e que, à época, se encontravam ameaçados de extinção.

Nesta seara, não se pode conferir proteção autoral às características comuns de uma espécie animal, mas tão somente às suas características intrínsecas, como a personalidade, as vestimentas e, no caso em apreço, a característica distintiva principal: a falta da cauda da personagem do apelante.

Com esteio, não se pode olvidar que a responsabilidade civil extracontratual subjetiva requer a presença concorrente de três elementos: a conduta culposa, o nexo causal e o dano.

Tal regra se aplica, indubitavelmente, ao caso dos autos, *ex vi* do disposto no artigo 102 da Lei nº 9.610/98, que prevê o direito à reparação dos danos nos casos em que houver violação fraudulenta do direito patrimonial de autor, ou seja, quando a violação se revestir de caráter ilícito, o qual se verifica, por sua vez, na culpa ou dolo do ofensor.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão:

*“A responsabilidade civil pressupõe, nos termos gerais, ato ilícito. Pressupõe, pois, que o agente aja com dolo ou negligência. Não há nenhuma responsabilidade objetiva em matéria de Direito de Autor. Só se indenizam danos ilicitamente causados<sup>4</sup>”.*

No presente caso falta o primeiro dos pressupostos mencionados, qual seja, a conduta culposa. A conduta constitui, indubitavelmente, elemento do ato ilícito, que deve ser culpável, reprovável.

3 Art. 10. A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor.

4 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, págs.541/542.

No caso dos autos, repita-se e enfatize-se, a conduta culposa não foi comprovada. Não há, portanto, ato ilícito. E, inexistente o ato ilícito, não se pode falar emnexo de causalidade e dano, até porque, conforme fartamente demonstrado alhures, não houve qualquer violação ao direito autoral sobre a criação do apelante, tendo em vista a completa ausência de semelhança entre as personagens.

Caberia ao apelante demonstrar suas afirmações de que a apelada teria cometido a usurpação se sua obra, todavia, inexistem quaisquer provas neste sentido, motivo pelo qual, ausente o ato ilícito não há que se falar em obrigação de reparação, uma vez que inexistente a conduta e, por corolário, o dano indenizável.

Deste modo, ausente qualquer semelhança entre a personagem e sua imagem da criação do apelante e a personagem e sua imagem do mascote utilizado pela seleção brasileira de vôlei e, conseqüentemente, inexistindo violação aos direitos autorais de criação protegidos por lei, não merece reparo a d. sentença de piso, porquanto ausente ato ilícito indenizável, conforme fartamente demonstrado acima.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação, todavia, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo a sentença de primeira instância inalterada.

## **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. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

Campo Grande, 05 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0054324-44.2011.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO AUTORAL – AÇÃO DE COBRANÇA – ECAD – PARA QUE O ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO TENHA LEGITIMIDADE NA COBRANÇA DOS DIREITOS AUTORAIS, NO CASO DE AUTORES ESTRANGEIROS, IMPERIOSA A PROVA DA REPRESENTAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COM SEDE NO EXTERIOR POR ASSOCIAÇÕES NACIONAIS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS – EXEGESE DO ART. 97, § 4º, DA LEI 9.610/98 – MÚSICAS INTERPRETADAS PELOS PRÓPRIOS AUTORES DA OBRA – PARTE AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROCESSUAL DE COMPROVAR A PARTICIPAÇÃO DE ARTISTAS NACIONAIS, TAMPOUCO A REPRODUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS DE AUTORES QUE NÃO PARTICIPARAM DO FESTIVAL – ART. 373, I, DO NCPC – IMPOSSIBILIDADE DA PARTE RÉ PRODUIR PROVA NEGATIVA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Conforme preceitua o § 4º do art. 97 da Lei 9.610/98, se exige do ECAD, ao demandar sobre direitos de autores estrangeiros, a comprovação de que estes efetivamente possuem associação com instituições internacionais que, por sua vez, se encontram a ele, ECAD, associadas – ou no mínimo exibir a procuração lhe atribuindo poderes para representar a associação estrangeira, todavia, não foi anexado aos autos nenhuma prova neste sentido.

O ECAD não pode efetuar cobrança de direitos autorais relativos às canções interpretadas pelos próprios artistas que a criaram, sejam nacionais ou estrangeiros, pois assim estaria interferindo na prerrogativa do autor de, livremente, exercer o direito exclusivo de reprodução de suas obras, assegurado pelo art. 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, e pelo art. 28 da Lei 9.610/98.

Cabia ao autor, nos termos da distribuição do ônus probatório instituído pelo NCPC, demonstrar que houve a apresentação de artistas nacionais, e que estes executaram obras de autoria de outro compositor, de modo a configurar a ofensa ao direito autoral, todavia, este não se desincumbiu de tal obrigação, de modo que não restou configurado, no presente caso, desrespeito à legislação protetiva supracitada.

Para fins de prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, quando toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos.

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.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inconformado com a r. sentença proferida nos autos da ação de cumprimento de preceito legal c/c perdas e danos nº 0054324-61.2011.8.12.0001, ajuizada em desfavor de MCX Casa de Show Ltda. e outro, interpõe a presente apelação (fls. 401-429) a este Tribunal.

A demanda foi ajuizada em face da apelada e da UFMS, perante a Justiça Federal, todavia, após acolher a preliminar de ilegitimidade passiva da UFMS, os autos foram remetidos ao juízo que proferiu a sentença objurgada.

A sentença julgou improcedente os pedidos deduzidos na inicial, pois entendeu o magistrado de primeiro grau que, por não estarem comprovadas as representações das associações com sede no exterior pelo apelante, este não teria legitimidade para efetuar cobrança pela apresentação de artistas internacionais.

Entendendo haver contradição e omissão na sentença de piso foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 396-397).

Irresignado, o apelante afirma que anexou aos autos contrato de cooperação firmado entre associação musical estrangeira e o apelante, o que comprovaria a filiação dos artistas estrangeiros à associação musical da qual é representante (fls. 345-368), ainda que tenha entendimento jurisprudencial de que o apelante é legitimado para propor ação de cobrança independente de prova de filiação de referidos artistas.

Aduziu também que na sentença não foi analisado o fato de ter havido apresentação de artistas nacionais no dia do evento, o que autorizaria a cobrança efetuada pelo apelante.

Afirma ser impossível a demonstração da filiação de todos os artistas internacionais, bastando o contrato de cooperação anexado aos autos para demonstrar que os artistas internacionais que se apresentaram no evento são filiados à associação que integra o ECAD.

Assevera que as associações autorais constituídas relacionadas nos cadastros juntados, representam as associações estrangeiras na defesa de seus direitos no território nacional, conforme contrato de reciprocidade de representação de direitos.

Traz ainda a questão da inexistência de abusividade ou arbitrariedade na cobrança, por ter seguido os ditames da regulamentação de arrecadação, uma vez que os próprios autores das obras são quem, por assembleia realizada na associação ao qual é vinculado, através do Regulamento de Arrecadação, estabelecem o valor a ser pago pela execução da obra.

Requer, a título de prequestionamento, a manifestação acerca dos artigos 97, 98, 99, 105 e 110 da Lei 9.610/98, além da Convenção de Berna.

Por fim, pugna pela reforma total da sentença de primeiro grau, para o fim de reconhecer a legitimidade do apelante para a cobrança, inclusive dos artistas internacionais, condenando a apelada a pagar a quantia pleiteada.

Instada a se manifestar, a apelada, às fls. 437-443, pugnou pela improcedência do apelo, mantendo-se a sentença inalterada.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, nos autos da ação de cumprimento de preceito legal c/c perdas e danos nº 0054324-61.2011.8.12.0001, ajuizada em desfavor de MCX Casa de Show Ltda. e outro, em que o juízo *a quo*, na sentença de fls. 379-382, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Da impossibilidade de cobrança de direitos autorais de autores estrangeiros sem a devida demonstração de representação outorgada por associação estrangeira

A legislação que rege atualmente os direitos autorais é a Lei 9.610/98. Antes dela, era vigente a Lei 5.988/73.

Na primeira, o art. 97, § 4<sup>o</sup>, rege os requisitos mínimos para exercício da cobrança dos valores atinentes a composições de artistas estrangeiros, exigindo que as associações com sede no exterior se façam representar por associação nacional constituída na forma da lei.

Antes, e contemporânea a época do evento em análise, a Lei 5.988/73 (atualmente revogada), em seus art. 103, § 2<sup>o</sup>, e art. 105, parágrafo único, estabelecia que os estrangeiros tinham proteção de seus direitos autorais, mas a cobrança ficava sujeita a outorga de procuração a uma das associações vinculadas ao ECAD.

Assim, resta claro que a cobrança de valores relativos à veiculação de músicas, no território nacional, de compositores estrangeiros pressupõe, tanto numa lei como na outra, que o ECAD tenha representatividade da associação estrangeira ou tenha outorga mediante procuração.

Neste sentido, a Lei expressamente requer a presença da representação da associação com sede no exterior, ao qual o artista estrangeiro é vinculado, por uma associação nacional devidamente constituída.

Destarte, não há como flexibilizar o que dispõe o texto legal, uma vez que aqui não há espaço para interpretação diversa, extraindo-se do referido dispositivo a necessidade da outorga de representação da associação estrangeira à associação nacional.

Ainda nesta seara, não se pode admitir que um contrato de cooperação entre associações seja considerado como prova de outorga de representação da associação estrangeira à nacional, uma vez que a representação tratada da Lei não se presume, mas deve ser devidamente demonstrada pelo apelante.

Nos termos do art. 373, II, NCPC, compete ao réu a prova dos fatos que alega. No caso, necessário ao ECAD, ao demandar sobre direitos de autores estrangeiros, a comprovação de que estes efetivamente possuem associação com instituições internacionais que, por sua vez, se encontram a ele, ECAD, associadas - ou no mínimo exibir a procuração lhe atribuindo poderes para representar a associação estrangeira, todavia, tal requisito legal não foi atendido na presente demanda, não merecendo reparo a sentença de piso.

Noutro norte, as telas impressas com nomes de artistas anexadas às fls. 346-351 não se prestam a comprovar nenhuma das alegações deduzidas pelo apelante, uma vez que se trata de prova unilateral e sem qualquer valor probatório aos fatos alegados.

1 Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro. (...)

§ 4<sup>o</sup> As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.

Neste ínterim, outro não poderia ser o entendimento da jurisprudência pátria, conforme demonstram os excertos colacionados abaixo:

*“DIREITO AUTORAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ECAD - ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. AUTOR ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE PROVA DA REPRESENTAÇÃO. 1. EM QUE PESE O ENTENDIMENTO DE QUE, PARA QUE O ECAD POSSA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL NA COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS, NÃO É NECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DE QUE O ARTISTA ESTEJA EFETIVAMENTE FILIADO AO REFERIDO INSTITUTO, NO CASO DE AUTORES ESTRANGEIROS, IMPERIOSA A PROVA DA REPRESENTAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COM SEDE NO EXTERIOR POR ASSOCIAÇÕES NACIONAIS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS. (ART. 97, § 3º, DA LEI 9.610/98). 2. RECURSO NÃO PROVIDO. (APL 499927720088070001 DF 0049992-77.2008.807.0001, CRUZ MACEDO, 15/02/2012, 4ª Turma Cível, 16/03/2012, DJ-e Pág. 159).”*

*“DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS - MÚSICAS ESTRANGEIRAS - LEGITIMIDADE - ECAD - ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. 1. O ECAD SÓ TEM LEGITIMIDADE PARA PROCEDER A COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS DE MÚSICAS ESTRANGEIRAS SE DEMONSTRAR INEQUIVOCAMENTE QUE A ASSOCIAÇÃO QUE REPRESENTA O COMPOSITOR ESTRANGEIRO É SEU COMPONENTE. 2. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (AC 597453420038070001 DF 0059745-34.2003.807.0001, LEILA ARLANCH, 27/09/2006, 4ª Turma Cível, 06/03/2007, DJU Pág. 111 Seção: 3)”*

O apelante aduz ainda que, segundo a Convenção de Berna, o autor de obra intelectual tem o direito exclusivo de autorizar a utilização de sua obra.

Ora, conforme dito pelo próprio apelante, os artistas estrangeiros supracitados foram os intérpretes de sua própria obra, não havendo que se exigir autorização do autor da obra, quando o autor é o próprio intérprete, noutras palavras, não houve qualquer violação, por parte dos artistas internacionais aos direitos autorais protegidos pela legislação pátria ou internacional da qual o Brasil é signatário.

Caberia ao apelante comprovar, quando da proposição da presente ação, que os artistas estrangeiros supracitados interpretaram obras que não as de sua autoria, todavia, a prova produzida nos autos pelo recorrente foi em sentido contrário, pois às fls. 345, no Termo de Verificação, consignou que as músicas executadas pelos artistas internacionais eram de sua autoria, inexistindo assim violação à propriedade da obra.

Noutro norte não caminha a jurisprudência pátria, conforme se verifica do julgado transcrito abaixo:

*“EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA PROPOSTA PELO ECAD CONTRA RÁDIO JORNAL AM, VISANDO O ADIMPLEMENTO DE VALORES REFERENTES AOS DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS MUSICAIS SUPOSTAMENTE EXECUTADAS. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL DEVIDO À AUSÊNCIA DE PROVAS. PARTE AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROCESSUAL DE COMPROVAR A REPRODUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. ART. 333, I, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DA PARTE RÉ PRODUIR PROVA NEGATIVA. PRESUNÇÃO NO SENTIDO DE QUE A RÁDIO DIFUSORA REPRODUZ OBRAS MUSICAIS QUE NÃO SE SUSTENTA NO CASO EM APREÇO, DEVIDO À AUSÊNCIA DE INDÍCIOS QUE APONTEM PARA A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO EM COBRO. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA DE MODO A REDUZIR A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACOLHIDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, UNICAMENTE PARA DIMINUIR A CONDENAÇÃO DA PARTE AUTORA*

*EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA O PERCENTUAL DE 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA. DECISÃO POR MAIORIA.* (Processo: APL 0008283-81.2000.8.02.0001, Relator(a): Des. Fábio José Bittencourt Araújo, Julgamento: 27/01/2016, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Publicação: 28/01/2016)”

Assim, é evidente que, por não ter comprovado os requisitos legais exigidos para promover a cobrança pleiteada, não merece reparo a sentença de piso que julgou improcedente tal pedido.

Da suposta apresentação de artistas nacionais

O apelante busca também a reforma da sentença de piso alegando que houve apresentação de artistas nacionais no evento que originou a ação de cobrança, o que autorizaria o ECAD a arrecadar os valores referentes aos direitos autorais das obras executadas independentemente de prova de filiação destes artistas a alguma associação nacional.

Todavia, razão não assiste ao apelante.

Conforme perfeitamente delineado na decisão que rejeitou os aclaratórios opostos pelo recorrente, não restou demonstrado em momento algum da instrução processual, tampouco foi anexado à vestibular documento apto a demonstrar a efetiva apresentação, tampouco execução de obras musicais por artistas nacionais pertencentes a outros autores, para que se configure a violação aos direitos autorais e a obrigação de efetuar o pagamento da arrecadação pleiteada.

Deste modo, novamente o apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar o direito alegado, não bastando para demonstrar que tenha havido a apresentação de artistas nacionais, bem como a execução por estes de obras musicais pertencentes a outros autores, a juntada de *flyers* de divulgação do festival musical, tampouco a tela impressa do sítio eletrônico do evento.

Neste sentido, o apelante possuía diversos meios de demonstrar nos autos, no momento oportuno, que houve a efetiva apresentação dos artistas nacionais e que estes interpretaram obras que não de sua autoria, entretanto, em momento algum se preocupou em colacionar nenhuma prova apta a demonstrar o direito invocado.

Ora, não basta apresentar o material de divulgação do festival no intuito de demonstrar que houve apresentação de artistas nacionais, até porque, até a data do evento tais contratações poderiam ter sido canceladas, trocadas por outros artistas, enfim, há uma gama de hipóteses.

Neste norte, caberia ao apelante fazer prova de suas alegações, demonstrando que efetivamente houve a apresentação pública dos artistas nacionais retrocitados, mas conforme fartamente exposto não há nos autos nada que comprove tal fato.

Mister salientar que o apelante anexou como prova o Termo de Verificação de fls. 345, onde teria sido constatado a apresentação dos artistas estrangeiros já citados, entretanto, neste documento, bem como nos demais anexados, não há sequer menção de que tenha havido apresentação de artistas nacionais, tentando demonstrar este fato apenas com panfleto de divulgação prévia do festival musical, o que não pode ser admitido como prova para o fato alegado.

Assim, ausente prova da apresentação dos artistas nacionais, bem como ausente qualquer comprovação de que, tanto os músicos nacionais quanto os estrangeiros tenham executado obra que não as de sua autoria, não há que se falar em cobrança de direitos autorais, pois permitir que o ECAD efetue esta cobrança relativa às canções interpretadas pelos próprios artistas que a criaram, seria interferir na

prerrogativa do autor de, livremente, exercer o direito exclusivo de reprodução de suas obras, assegurado pelo art. 5º, inc. XXVII, da Constituição Federal, e pelo art. 28 da Lei 9.610/98.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

*“AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITOS AUTORAIS. ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. FESTA DO PINHÃO. EVENTO COM FINS LUCRATIVOS. Contribuição autoral que recai somente sobre as obras musicais que não foram interpretadas por seus próprios autores. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE DA MULTA PREVISTA NO ART. 109 DA LEI N. 9.610/98. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Recurso provido parcialmente.*

1. *‘Não interessa, na verdade, a existência de um rendimento direto ou indireto por parte de quem o execute ou de outro modo tire proveito de obra alheia. A gratuidade não é a razão para isentar quem quer que seja do pagamento devido: assim como não há lei que obrigue alguém a fazer caridade, não existe dispositivo que faculte prestar favores a custa dos eventuais proventos de outrem’ (AR no AI n. 112.207-GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4-11-96).*

2. *‘Sendo os próprios autores das músicas a se apresentarem no palco da XI Festa Nacional do Pinhão, não assiste razão para a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD, visto que os mesmos possuem o direito exclusivo de publicação, uso e execução de suas obras’ (Ap. Cív. n. 2002.025234-0, de Lages, rel. Des. Volnei Carlin, j. 9-10-2003). Todavia, a contribuição autoral recai sobre as obras musicais que não foram interpretadas por seus autores. Deve ser provido, neste ponto, o recurso do ECAD’ (AC n. 2008.016450-4, Des. Vanderlei Romer) [grifou-se].’*

*“RECURSO DO AUTOR. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO ALÉM DO PEDIDO (EXTRA PETITA). PEDIDO INICIAL GENÉRICO. SENTENÇA QUE APENAS ESTABELECE OS PARÂMETROS DA CONDENAÇÃO NO RECOLHIMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS DENTRO DOS LIMITES LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO AUTORMAL RELATIVAMENTE ÀS MÚSICAS EXECUTADAS POR SEUS PRÓPRIOS COMPOSITORES. MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO) CONSTANTE DO REGULAMENTO DO ECAD. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO.*

*‘Não pode o ECAD efetuar cobrança de direitos autorais relativos às canções interpretadas pelos próprios artistas que a criaram, pois assim estaria interferindo na prerrogativa do autor de, livremente, exercer o direito exclusivo de reprodução de suas obras, assegurado pelo art. 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, e pelo art. 28 da Lei 9.610/98.’ (TJSC, AC. n. 2009.016008-0, da Capital, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 05/08/2009).*

*JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC A PARTIR DO ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE DO ART. 406, DO CC. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO’ (AC n. 2010.002536-4, Des. Ricardo Roesler) [grifou-se].’*

Nesta seara, conforme delineado nos fundamentos alhures, razão alguma assiste ao apelante em sua irresignação, não merecendo reforma a sentença objurgada.

Do prequestionamento

Quanto aos dispositivos legais invocados como razão para prequestionamento, cumpre salientar que as questões trazidas à apreciação se encontram suficientemente debatidas, sendo desnecessária, portanto, a manifestação expressa do acórdão sobre todos os artigos e diplomas legais prequestionados.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação, todavia, no mérito, deixo de dar-lhe provimento, mantendo a sentença de primeira instância inalterada.

## **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

Relatora, a Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0053112-51.2012.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM SÍTIO ELETRÔNICO – INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO FUNDADA EM FATO VERÍDICO – INEXISTÊNCIA DE IMPUTAÇÕES LEVIANAS E OFENSIVAS LANÇADAS PELO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO – VÍDEO ENVIADO AO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO DE FORMA ANÔNIMA – AUSÊNCIA DE *ANIMUS DIFAMANDI* COM INTUITO DE DENEGRIR A IMAGEM, A HONRA E O BOM NOME DA APELANTE – EXERCÍCIO DE IMPRENSA CRÍTICA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE – FATOS DE DOMÍNIO PÚBLICO DIVULGADOS EM DIFERENTES MEIOS DE COMUNICAÇÃO – ATIVIDADE COM VIÉS INFORMATIVO PARA ESCLARECER OS FATOS À SOCIEDADE - PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO – ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO – DANO MORAL INEXISTENTE – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra ou a imagem da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.

O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição necessária à liberdade de imprensa, mas tão somente um compromisso ético com a informação verossímil, todavia, no caso dos autos o vídeo enviado por fonte anônima diz respeito a fato verídico, pois a própria apelante confessou que estava presente na reunião partidária.

Não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, mormente quando referidos fatos são de domínio público, já foram publicados por outros veículos de comunicação e as críticas e opiniões sequer foram dirigidas a apelante.

O interesse público e a repercussão social dos fatos divulgados, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, são requisitos suficientes à legitimidade da matéria e da crítica jornalística que objetivam divulgar a informação à sociedade.

Tendo em vista a inexistência de parcialidade nas informações, tampouco do *animus difamandi*, ausente o abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral, prevalecendo a liberdade de informação e de crítica jornalística quando o fato é de interesse público, sendo este o preço que se paga por viver num Estado Democrático.

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.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Naira Rodrigues Cendon Nogueira, inconformada com a r. sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais nº 0053112-51.2012.8.12.0001, ajuizada em desfavor de CENPAR Comunicações S/S Ltda. (MIDIAMAX), interpõe a presente apelação (fls. 239-247) a este Tribunal.

Alega a apelante que entende ter sofrido danos morais, pois o apelado, sem autorização e mediante gravação por câmera escondida, teria exposto sua imagem durante reunião partidária do PMDB, ocorrida em agosto de 2012.

Assevera que a divulgação do conteúdo do vídeo na rede mundial de computadores teve claro intuito malicioso, no sentido de denegrir a imagem dos servidores que participaram da reunião, bem como dos candidatos a vereador da Capital citados durante a referida reunião, configurando um ataque meramente político.

Afirma que a exposição de sua imagem no vídeo, onde supostamente estaria sendo coagida a votar em determinados candidatos lhe causou incontáveis dissabores, pois fora exposta a uma situação constrangedora e vexatória perante seus amigos e familiares, o que teria sido demonstrado nos autos.

Aduz que o dano moral sofrido decorreu do ato indevido, arbitrário e ilegal promovido pelo apelado, que deu grande publicidade ao vídeo no intuito de denegrir sua imagem, auferindo lucro neste processo.

Traz ainda a alegação de que o veículo de comunicação agiu de forma irresponsável ao veicular, na matéria relacionada ao vídeo divulgado, que a apelante e os demais servidores estavam sendo coagidos pelo então Governador do Estado, ultrapassando o limite do exercício jornalístico e lhe atingindo a honra e a imagem de forma depreciativa, o que configuraria o dano moral a ser indenizado.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso de apelação para o fim de reformar a sentença de piso, pois entende evidenciado o ato ilícito do apelado e o nexo causal entre a conduta e o alegado dano sofrido, devendo ser arbitrada condenação em danos morais, conforme pleiteado no pedido inaugural.

O apelado apresentou contrarrazões às fls. 252-258, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau *in totum*.

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Naira Rodrigues Cendon Nogueira, inconformada com a r. sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais nº 0053112-51.2012.8.12.0001, ajuizada em desfavor de CENPAR Comunicações S/S Ltda. (MIDIAMAX), interpõe a presente apelação (fls. 239-247) a este Tribunal.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Naira Rodrigues Cendon Nogueira, nos autos da ação de indenização por danos morais nº 0053112-51.2012.8.12.0001, ajuizada em desfavor de CENPAR Comunicações S/S Ltda., em que o juízo *a quo*, na sentença de fls. 230-235, julgou improcedente o pedido formulado em sede inicial.

Do alegado abuso do direito de informação e da liberdade de imprensa

A apelante interpôs o presente recurso a este Sodalício objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais que entende ter sofrido, danos estes causados pela divulgação de um vídeo gravado em uma reunião partidária onde a recorrente estava presente, bem como a veiculação de matérias jornalísticas no sítio eletrônico do apelado.

Todavia, razão não assiste à apelante.

A causa de pedir dos autos é de amplo conhecimento do Poder Judiciário deste Estado, em razão das diversas ações que tramitaram e ainda tramitam, sobre a suposta coação eleitoral dos servidores estaduais pelo Ex-governador André Puccinelli para a votação municipal ocorrida em 2012.

O mérito recursal coloca em confronto a liberdade de imprensa, no tocante ao dever de informar e a possibilidade de a imprensa tecer críticas com os direitos à honra e à imagem, invocados pela recorrente.

Impende, dessa forma, ser feita ponderação entre o direito à informação e à crítica jornalística e os direitos à imagem e à honra, levando-se em consideração as premissas do caso concreto firmadas pelas instâncias ordinárias.

À imprensa é reconhecida, constitucionalmente, a ampla liberdade de expressão, compreendendo informação, opinião e crítica jornalística, consubstanciada nos direitos de noticiar fatos verídicos e de criticá-los.

Nas palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior, entende-se por notícia “*toda nota, ou anotação, sobre fato ou pessoa. Em suma, são aqueles fatos cujo acontecimento é necessário para que o indivíduo tenha concreta participação na vida coletiva de determinada sociedade*“, enquanto crítica é “*o juízo de valor que, impregnado à notícia ou recaindo separadamente sobre ela, formaliza um conceito, positivo ou negativo, acerca de um fato ou opinião*“ (Direito e Jornalismo, São Paulo: Verbatim, 2011, pp. 54 e 91).

Conforme restou bem consignado na sentença proferida pelo magistrado de piso, nenhuma das notícias anexadas aos autos, tampouco o vídeo divulgado, demonstram que o apelado tenha agido com *animus difamandi*, no claro intuito de prejudicar a imagem da apelante perante a sociedade.

Por outro lado, verifica-se nas matérias anexadas aos autos às fls. 30-127 que o veículo de mídia cuidou de informar que o vídeo foi enviado ao apelado por uma fonte anônima, bem como citou, nas várias matérias que repercutiram o caso, o posicionamento e as explicações das pessoas e autoridades que comentavam sobre o alcance e a repercussão dos fatos, nunca tendo citado o nome da apelante ou atribuído a ela alguma ação ilícita ou reprovável.

Quando se tratar de matéria que tenha cunho de interesse público, como é o caso dos autos, cabe à imprensa veicular as informações que recebe para que a população tome conhecimento dos fatos e as

autoridades responsáveis possam investigar e determinar se as informações procedem, ou se é necessária a tomada de alguma medida, ou não.

Assim, se a matéria que divulga informações de interesse público não excede o dever informativo, exercendo tal mister de forma que não haja ataque à imagem e honra da pessoa, não há que se falar em abuso do direito de informar ou da liberdade de imprensa, pois preservados os pressupostos que validam o texto veiculado, não havendo excesso punível.

A perícia carreada aos autos pelo apelado demonstrou não ter havido qualquer edição no vídeo enviado ao veículo midiático anonimamente, sendo este a reprodução fiel do que ocorreu no dia a reunião dentro da sede do PMDB, com a presença do então Governador do Estado, que também era Presidente do citado partido político.

Neste sentido, não se vislumbra em nenhum dos textos divulgados, tampouco no vídeo veiculado, nenhum atentado ou juízo de valor feito pelo apelado sobre a imagem ou a honra da apelante.

Todas as notícias veiculadas identificaram os autores das críticas e das acusações que, contrariamente ao que tenta demonstrar a apelante, foram feitas diretamente ao ex-governador.

Ainda neste sentido, conforme constou dos documentos anexados pela própria recorrente, o vídeo e os fatos foram divulgados por outros veículos de imprensa, tendo em vista a publicidade dada a tais fatos, havendo inclusive a notícia de ações propostas em face do ex-governador.

Destarte, depreende-se que nenhum dos artigos colacionados aos autos pela apelante demonstra parcialidade, tampouco o intuito deliberado do apelado em denegrir a imagem ou a honra da recorrente, limitando-se a informar os fatos que tiveram conhecimento através do vídeo encaminhado de forma anônima.

Ou seja, em momento algum restou demonstrado pela apelante que as narrativas contidas nos artigos continham ofensas e imputações injuriosas à sua pessoa, pois apenas cuidaram de transcrever os dados e informações prestadas por terceiros.

Contrariamente ao que sustenta a apelante, não se exige do veículo de mídia que este investigue profundamente os fatos a serem informados, com a realização de estudo técnico ou perícia, como queria a recorrente, mormente quando o fato é verídico, pois a apelante confessou que a supracitada reunião realmente ocorreu.

O cuidado de verificar a informação antes de divulga-la não pode chegar ao ponto de impedir a veiculação da matéria até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade, sob pena de não conseguir cumprir sua missão, que é informar a população com celeridade e eficácia quando o assunto é de repercussão social e interesse público.

Este é o entendimento pacífico da Corte Superior de Justiça:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA QUE IRROGA A MOTORISTA DE CÂMARA MUNICIPAL O PREDICADO DE “BÊBADO”. INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO QUE, ADEMAIS, NÃO SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. NÃO-COMPROVAÇÃO, EM SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA, DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ. IRRELEVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.*

*1. É fato incontroverso que o autor, motorista de Câmara Municipal, ingeriu bebida alcoólica em festa na qual se encontravam membros do Poder Legislativo local e que, em seguida, conduziu o veículo oficial para sua residência. Segundo noticiado,*

*dormiu no interior do automóvel e acordou com o abalroamento no muro ou no portão de sua casa. Constam da notícia relatos da vizinhança, no sentido de que o motorista da Câmara ostentava nítido estado de embriaguez.*

**2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.**

**3. O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas.**

*4. Não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação (actual malice), para ensejar a indenização.*

*5. Contudo, dos fatos incontroversos, conclui-se que, ao irrogar ao autor o predicado de “bêbado”, o jornal agiu segundo essa margem tolerável de inexatidão, orientado, ademais, por legítimo juízo de aparência acerca dos fatos e por interesse público extremo de dúvidas, respeitando, por outro lado, o dever de diligência mínima que lhe é imposto.*

**6. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia.**

*7. A não-comprovação do estado de embriaguez, no âmbito de processo disciplinar, apenas socorre o autor na esfera administrativa, não condiciona a atividade da imprensa, tampouco suaviza o desvalor da conduta do agente público, a qual, quando evidentemente desviante da moralidade administrativa, pode e deve estar sob as vistas dos órgãos de controle social, notadamente, os órgãos de imprensa.*

**8. Com efeito, na reportagem objeto do dissenso entre as partes, vislumbra-se simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos, razão pela qual o autor deve, como preço módico a ser pago pelas benesses da democracia, conformar-se com os dissabores eventualmente experimentados.**

*9. Recurso especial provido. (Processo: REsp 680794 PR 2004/0112610-3, Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Julgamento: 17/06/2010, Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA, Publicação: DJe 29/06/2010). (grifou-se).”*

Percebe-se nitidamente que o apelado agiu na estrita observância da liberdade de imprensa, levando ao conhecimento do público os fatos dos quais obtiveram prévio acesso, não havendo qualquer abuso ou excesso nos textos contidos nos autos, tampouco qualquer juízo de valor sobre a apelante, até porque sequer houve a divulgação de seu nome nos textos jornalísticos.

Neste mesmo sentido, o Ministro Raul Araújo do STJ ao proferir seu voto no julgamento do REsp 801.109 consignou que a crítica jornalística, ainda que seja “ácida”, quando está baseada em levantamento de fatos de interesse público e que tenha ampla repercussão social, não se configura abuso de liberdade de imprensa.

Segundo o relator, é assegurado ao jornalista emitir opinião e formular críticas, mesmo que “severas, irônicas ou impiedosas”, contra qualquer pessoa ou autoridade, desde que narre fatos verídicos. “Porém,

quando os fatos noticiados não são verdadeiros, pode haver abuso do direito de informar por parte do jornalista”.

Neste sentido caminha o restante da jurisprudência pátria, conforme excertos trazidos adiante:

*“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA. LEI DE IMPRENSA (LEI 5.250/67). ADPF N. 130/DF. EFEITO VINCULANTE. OBSERVÂNCIA. **LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO** (CF, ARTS. 5º, IV, IX E XIV, E 220, CAPUT, §§ 1º E 2º). CRÍTICA JORNALÍSTICA. OFENSAS À IMAGEM E À HONRA DE MAGISTRADO (CF, ART. 5º, V E X). **ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.***

1. Na hipótese em exame, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do v. acórdão recorrido e o recurso especial discute sua interpretação e aplicação. Quando o v. acórdão recorrido foi proferido e o recurso especial foi interposto, a Lei 5.250/67 estava sendo normalmente aplicada às relações jurídicas a ela subjacentes, por ser existente e presumivelmente válida e, assim, eficaz.

2. Deve, pois, ser admitido o presente recurso para que seja aplicado o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, sendo possível a análise da controvérsia com base no art. 159 do Código Civil de 1916, citado nos acórdãos trazidos como paradigmas na petição do especial.

3. A admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Precedente: REsp 945.461/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe de 26/5/2010.

4. O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.

5. A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).

6. Tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.

7. Em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como o é o de magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado.

8. Com base nessas considerações, conclui-se que a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da Corte Estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, per se, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Não há, portanto, causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.

**9. Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).**

**10. Assim, em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente animica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro Carlos Britto; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello.**

**11. A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.**

**12. Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso, por força daquela “imperiosa cláusula de modicidade” subjacente a que alude a eg. Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.**

**13. Recurso especial a que se dá provimento, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial. (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 12/03/2013). (grifou-se)”**

Conforme delineado alhures, a comunicação jornalística é legítima quando preenche três requisitos: o interesse social da notícia, a verdade do fato narrado e a continência da narração. A narrativa é continente quando a exposição do fato e sua valorização não caracterizam agressão moral.

Destarte, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, em regra, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil, mormente quando estes fatos sequer vinculam a imagem da apelante a qualquer situação vexatória ou humilhante.

Nesta seara, não se pode ignorar que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica - por mais dura que seja - revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática jornalística legítima, como no caso em apreço, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220).

Assim, percebe-se das matérias jornalísticas juntadas com a peça vestibular, o exercício concreto, pelo profissional da imprensa, da liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da

Constituição da República, que assegura, ao jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e ainda que em tom contundente, contra quaisquer pessoas ou autoridades, não obstante sequer seja esse o caso dos autos, pois inexistente crítica a apelante.

Conforme explicitado alhures, inexistiu ato ilícito do apelado a ensejar a reparação moral, tendo em vista a atividade jornalística ter sido exercida em estrita observância aos ditames legais e parâmetros constitucionais de nosso ordenamento, jurídico.

Noutro norte, também não restou demonstrado nos autos a prova do dano moral alegado, pois a apelante diz ter sido submetida a situação vexatória e constrangedora perante seus amigos e familiares, todavia, não carrou aos autos nenhuma prova que indique tais situações, ônus do qual não se desincumbiu (art. 373, I, NCPC, correspondente art. 333, I, CPC/73)

Ademais, ao se analisar a transcrição das falas contidas no vídeo (fls. 169-177), percebe-se que a apelante apenas respondeu à pergunta que lhe havia sido feita, sendo este o único momento em que seu nome figurou no vídeo e no restante das matérias jornalísticas carreadas aos autos, o que definitivamente afasta qualquer alegação de cometimento de ato ilícito indenizável pelo apelado.

Dessume-se dos argumentos expendidos até aqui, que as matérias veiculadas pelo apelado não configuraram abuso de direito, não extrapolando a liberdade de imprensa garantida constitucionalmente, motivo pelo qual inexistente ato ilícito indenizável praticado em face da apelante, sendo inexistente o dever de reparação moral.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação, todavia, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo a sentença de primeira instância inalterada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0002569-68.2004.8.12.0019 - Ponta Porã**  
**Relator Des. Vilson Bertelli**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESCOLA ESTADUAL EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS – INÉRCIA DO ESTADO – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – INAPLICABILIDADE – VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADA – PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DO DEVER IMPOSTO – INADIMISSIBILIDADE.

O direito à educação constitui garantia fundamental assegurada no art. 6º da Constituição Federal, sendo dever do Estado prestá-la, conforme disposição do art. 205 da CF/88. Cabe ao Estado proporcionar um ambiente de ensino seguro, que não ofereça riscos à integridade dos estudantes e profissionais, com observância ao princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III da CF/88). Por isso, inadmissível a aplicação da reserva do possível.

Não configura violação à separação dos poderes a intervenção do Poder Judiciário na determinação de adoção de políticas públicas constitucionalmente garantidas, por parte do Estado, quando este se mantém inerte por mais de uma década.

Não há motivo para prorrogar o prazo do cumprimento do dever quando a escola estadual encontra-se em condições precárias de conservação e o Estado já protelou sua reforma por mais de uma década.

Recurso 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, 10 de agosto de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação (f. 332/348) contra sentença proferida (f. 280/285) pelo juiz da 1ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, o condenou em obrigação de fazer, consistente na realização de reformas na Escola Estadual Lions Clube de Ponta Porã, no prazo de 180 dias, a seguir descritas:

Providenciar a reforma da cobertura em geral, realizando-se a troca de telhas que se encontram irregulares, dos forros que estão cedendo; providenciar a reforma nas paredes que estão rachadas e com tijolos soltos, bem como sanar a infiltração nas paredes da cozinha, providenciando ainda colocação de azulejos no ambiente; providenciar instalação de local adequado para o preparo de alimentos e ainda a aquisição de fogão em estado de bom uso, para evitar vazamento de gás, com risco de explosão; providenciar a reforma dos banheiros masculino e feminino, incluindo a colocação de lavatórios; realizar manutenção no Sistema Hidráulico Preventivo, efetivando o seu funcionamento; providenciar a instalação de aberturas de ventilação permanente nos ambientes que possuem aparelhos de queima, bem como retirar o botijão de gás da cozinha e providenciar abrigo para fora da edificação; eliminar as goteiras das salas de aula; providenciar a pintura da tubulação aparente Sistema Hidráulico Preventivo, na cor vermelha; redimensionar e instalar sistema preventivo por extintores; providenciar a troca de toda a instalação elétrica que se encontra em péssimo estado de conservação; providenciar a reforma na área que está com afundamento estrutural; instalar luminárias de emergência nos corredores e nas salas; substituir as portas danificadas; dispor de vasos sanitários e de lavatórios na proporção de vasos sanitários de 1 para 30 alunos e pias 1 para cada 15 alunos; instalar mais bebedouros e adaptados à faixa etária dos alunos, na proporção prevista na legislação sanitária; iluminar a quadra de esportes; e reparar a pintura das salas de aula.

Em suas razões recursais, o Estado de Mato Grosso do Sul sustenta a ausência de omissão de sua parte, pois não vem medindo esforços para implementação da reforma solicitada. Alega a impossibilidade de compelir o Estado a reformar a escola, diante do princípio da reserva do possível. Aduz a violação ao princípio da separação dos poderes, por não ser incumbência do Poder Judiciário interferir nas políticas públicas definidas pelo Executivo. Subsidiariamente, pleiteia a prorrogação do prazo para o cumprimento das determinações.

Contrarrazões às f. 524/534.

## VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação (f. 332/348) interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida (f. 280/285) pelo juiz da 1ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, o condenou em dever de fazer, consistente na realização das reformas na Escola Estadual Lions Clube de Ponta Porã, no prazo de 180 dias, a seguir descritas:

Providenciar a reforma da cobertura em geral, realizando-se a troca de telhas que se encontram irregulares, dos forros que estão cedendo; providenciar a reforma nas paredes que estão rachadas e com tijolos soltos, bem como a infiltração nas paredes da cozinha, providenciando ainda colocação de azulejos no ambiente; providenciar instalação de local adequado para o preparo de alimentos e fogão em estado de bom uso, para evitar vazamento de gás e risco de explosão; providenciar a reforma nos banheiros masculino e feminino, incluindo a colocação de lavatórios; realizar manutenção no Sistema Hidráulico Preventivo, efetivando o seu funcionamento; providenciar a instalação de aberturas de ventilação permanente nos ambientes que possuem aparelhos de queima, bem como retirada do botijão de gás da cozinha e providenciar abrigo fora da edificação; eliminar as goteiras das salas de aula; providenciar a pintura da tubulação aparente Sistema Hidráulico Preventivo, na cor vermelha; redimensionar e instalar sistema preventivo por extintores; providenciar a troca de toda a instalação elétrica; providenciar a reforma na área com afundamento estrutural; instalar luminárias de emergência nos corredores e nas salas; substituir as portas danificadas do local; dispor de vasos sanitários e de lavatórios na proporção de vasos sanitários de 1 para 30 alunos e pias 1 para cada 15 alunos; instalar mais bebedouros e adaptados

à faixa etária dos alunos, na proporção prevista na legislação sanitária; iluminar a quadra de esportes; e reparar a pintura das salas de aula.

O Ministério Público Estadual propôs ação civil pública em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, em 2004, para obrigá-lo a efetuar reformas na Escola Lions Clube de Ponta Porã, a fim de solucionar as irregularidades constatadas no Laudo de Exigências n. 0039/SSST/1ºSGB/CBM/MS/03 (f. 27/31), para garantir aos alunos um padrão satisfatório de qualidade no ensino, mediante oferecimento de instalações aptas a propiciar níveis aceitáveis de conforto, segurança e qualidade de vida.

#### Fundamentação

O Estado de Mato Grosso do Sul sustenta a ausência de omissão de sua parte, pois não vem medindo esforços para implementação da reforma solicitada, tendo aberto o processo licitatório de n. 29/030979/2014, que não prosperou por conta da desistência da empresa de engenharia vencedora, bem como está realizando Diagnóstico Situacional da Rede Escolar – DSRE, para posterior elaboração de planilha orçamentária com objetivo de atender a ordem judicial proferida.

Na mesma oportunidade, alega a impossibilidade de compelir o Estado a reformar a escola, diante do princípio da reserva do possível, porque a priorização da reforma da Escola Lions Clube se dá em face de outras políticas públicas, como a construção de hospital e investimento em segurança preventiva, por exemplo.

No entanto, de forma oposta ao declarado pelo apelante, é possível depreender que o Estado vem protelando a reforma da escola há mais de uma década.

O Laudo de Exigências do Corpo de Bombeiros, suporte da propositura da ação civil pública, data de 21/07/2003, constatou as seguintes irregularidades referidas às f.27.

Ainda, em resposta à notificação da Promotoria de Justiça, em 26/04/2004, o Secretário de Estado de Educação, limitou-se a dizer que a *“solicitação foi analisada pela Coordenadoria de rede Física, a qual comunicou a impossibilidade de atendimento no momento e que o pleito está elencado para atendimento futuro, aguardando disponibilidade financeira, para atendimentos e execução das intervenções físicas.”* (f. 44)

No novo relatório realizado pelo Corpo de Bombeiros (f. 145), realizado em 23/06/2009, consta:

*“O telhado é feito de telhas antigas e de várias medidas que não se encaixam corretamente, causando goteiras nas salas de aula; na cozinha as irregularidades encontrada foram goteiras e os botijões de gás Liquefeito de Petróleo (GLP) encontra-se armazenado no interior da cozinha; a sala de aula construída em madeira, necessita ser restaurada por completo, existem algumas frestas nas paredes e a sapata feita em alvenaria está ruindo; também foi constatado que os fios elétricos e fios de telefone estão passando livre sobre o telhado, sem conduíte (gambiarra). Também foi constatado um afundamento no solo próximo a quadra de esportes, provavelmente uma fosse desmoronada, porém não tão grave.”*

Já na perícia judicial (f. 208/228), realizada em 05/11/2011, o laudo de constatação concluiu:

*“De acordo com tudo exposto no decorrer do relatório técnico, verificamos que a escola encontra-se em péssimo estado de conservação, sendo que os itens danificados podem ser descritos assim:*

*O telhado e madeiramento de todo o prédio e pilares de madeira de apoio da varanda que forma o corredor de acesso às salas de aula, encontram-se em péssimas condições, sendo que existem alguns pontos já na iminência de desabamento;*

*As goteiras danificaram completamente o forro de madeira de todo o prédio, que apresenta grandes orifícios e pontos muito deteriorados e de acúmulo de fungos;*

*As instalações elétricas, captação e drenagem de águas pluviais, encontram-se em estado crítico;*

*A alvenaria do local necessita de reparos em trincas e rachaduras, além do refazimento completo do acabamento.”*

Os depoimentos de Jurema Fátima Machado de Sá, Zaidan Eli Tibichirane e de Kleber de Oliveira Marques, revelam, respectivamente:

*“(…) Que é mãe de dois alunos na escola Lions Clube; Que inclusive costuma levar o seu filho mais novo e aguardar até a entrada na sala de aula e depois vai buscá-lo; Que pode afirmar ser nítida a necessidade de reforma nos telhados da escola, que inclusive seus filhos já lhe disseram que quando chove molha dentro da sala de aula por conta das goteiras o que atrapalha as aulas porque eles tem que ficar mudando as carteiras de lugar; (...)” (f. 241)*

*“(…) Que é Diretor da Escola Estadual Lions Clube desde 2005; Que a situação estrutural da escola Lions Clube é crítica e o principal fator é o telhado que tem uma estrutura muito velha, inclusive com o madeiramento torto; (...) Que recorda-se que em 2005 houve uma reforma parcial no prédio, que apenas constituiu na reforma dos banheiros, pisos e cozinha e de lá para cá nada mais fio feito pelo Estado; Que pode afirmar que essa precariedade na estrutura acaba trazendo prejuízo ao ensino dos alunos, inclusive quando chove quase todas as salas ficam molhadas, geralmente prejudicando as aulas do dia seguinte, pois há necessidade de afastar as cadeiras por causa das goteiras. (...)” (f. 242)*

*“(…) Que é tesoureiro do clube, e afirma que o prédio que se situa a escola em questão é de propriedade da associação Lions e que fora cedido para o Governo do Estado afim de que se estabelecesse a escola, sendo que não é cobrado nenhuma contraprestação exceto a exigência de manutenção do prédio, que fica portando a cargo do Estado; (...)” (f. 250).*

Por fim, no último auto de constatação (f. 273/274), realizado em 19/02/2013, o oficial de justiça relatou: *“segundo informações do diretor da escola, Sr. Zaidan, após a última perícia, não houve nenhuma providência no sentido de sanar as irregularidades apontadas no laudo. Houve apenas medida paliativa de pintura da parte externa da escola, a qual foi feita por intermédio de recursos obtidos por atividades da própria escola”*.

Diante do exposto, fica evidente que o Estado de Mato Grosso do Sul não está empreendendo todos os esforços necessários para a reforma da escola, pois o primeiro laudo é do ano de 2003 e, até a presente data, diversas irregularidades persistem.

Por outro lado, o princípio da reserva do possível não justifica a impossibilidade de obrigar o ente federativo a reformar a escola Lions Clube de Ponta Porã.

É certa a ausência de recursos disponíveis do Estado para promover todas as políticas públicas indispensáveis à sociedade. No entanto, nesta demanda, o apelante não demonstrou, pormenorizadamente, a razão do não atendimento aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes frequentadores da unidade escolar, ônus probatório seu. Apenas argumentou que a reforma da escola ocorreria em face de outras políticas públicas, sem explicar quais seriam essas realizações, tendo em vista a exemplificação genérica de construção de hospital e investimento em segurança preventiva.

Aliás, o acolhimento do princípio da reserva do possível só encontraria guarida se o Estado tivesse comprovado o comprometimento de todos os seus recursos em prol da concretização dos direitos fundamentais, o que não é o caso, haja vista a ampla divulgação pela mídia dos gastos estaduais com publicidade, por exemplo.

A educação constitui direito fundamental social assegurado no art. 6º da CF/88. Portanto, é dever do Estado prestá-la, conforme disposição do art. 205 da CF/88. O Estado deve viabilizar o fornecimento dos serviços educacionais por meio de um ambiente propício, sem oferecer risco à integridade dos estudantes e dos funcionários da instituição de ensino, com observância, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CF).

Por conta disso, também não se concebe a alegada violação ao princípio da separação dos poderes. É conferido ao Judiciário o poder de intervir para a adoção, por parte do Estado, de políticas públicas essenciais, como a garantia à educação em instalações seguras.

Nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS. DETERMINAÇÃO DE REFORMA PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO E À SEGURANÇA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em casos emergenciais, é possível a implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. Para dissentir da conclusão firmada pelo Tribunal de origem no sentido de que houve, ou não, inércia do Poder Público estadual em relação à manutenção de instituto de educação, seria necessário nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – ARE: 845392 RS, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 09/12/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-021, Divulgado 30-01-2015, Publicado 02-02-2015).”*

Por último, o apelante pretende a prorrogação do prazo para o cumprimento da obrigação, de 180 (cento e oitenta) dias para no mínimo 24 (vinte e quatro) meses.

O pleito não comporta admissão, ante as condições precárias da instituição de ensino, bem como por causa da evidente inércia estatal. Em 13 (treze) anos o apelante não foi capaz de realizar as reformas necessárias para proporcionar mínimas condições de conforto e de segurança aos estudantes e funcionários da Escola Estadual Lions Clube.

Ademais, consta no diário oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, do dia 23/05/2016, o extrato do contrato de n. 0010/2016/GLI/COINF/SED nº cadastral 6316, do processo administrativo de n. 29/009.771.2016, cujas partes são o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio da Secretaria de Estado e de Educação, e a Domape Engenharia Consultiva Ltda – ME, tendo como objeto a execução de obras para os serviços de reforma da Escola Lions Clube, com prazo de 150 dias para a execução dos serviços.

Ou seja, não há razão para prorrogar o prazo para o cumprimento da obrigação, visto que a própria Administração Pública Estadual exigiu prazo inferior ao determinado judicialmente para a conclusão dos serviços da empresa executora das obras de reforma.

Do dispositivo

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul e 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. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0804304-08.2014.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Vilson Bertelli**

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – DEVER DE FAZER CUMULADO COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – RUÍDOS PRODUZIDOS POR EMPRESA ACIMA DO MÁXIMO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO – CONFIGURAÇÃO DE INTERFERÊNCIA NO SOSSEGO E NA SAÚDE.

Nos termos do artigo 370 do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado avaliar a conveniência e a necessidade de produção de determinada prova. No caso concreto, a produção de prova testemunhal é evidentemente desnecessária, pois a perícia judicial realizada fornece todos os elementos imprescindíveis ao julgamento dos pedidos formulados.

Configura interferência prejudicial no sossego e na saúde de vizinhos os ruídos produzidos acima do máximo permitido pela legislação vigente.

Danos morais configurados e compensação devida e corretamente fixada na sentença.

Recurso 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 e com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Organo Service Prestadora de Serviço Ltda. e Genivaldo Bernardino de Sena interpõem recurso de apelação (f. 352/361) contra a sentença de procedência proferida (f. 334/343) pelo juiz da 5ª Vara Cível da comarca de Dourados, nos autos de processo de demanda de dever de fazer cumulada com compensação por danos morais, ajuizado por Rodrigo Aparecido Esteves. O magistrado determinou a regularização da empresa ré para não produzir ruídos acima do permitido pela legislação e a condenou ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais.

Arguem preliminar de cerceamento de defesa. Referem não ter sido analisado seu requerimento de produção de prova testemunhal. No mérito, com fundamento no laudo pericial, asseguram que os ruídos produzidos na residência do autor estão dentro do limite tolerável pela legislação vigente. Para os apelantes,

a exposição diária a ruído abaixo do permitido não causa lesão ao autor. Mencionam, ainda, a ocorrência de erro material no laudo produzido pelo Instituto do Meio Ambiente de Dourados, o qual, segundo eles, foi corrigido posteriormente e passou a considerar dentro dos padrões aceitáveis a média de ruído produzida.

Contrarrazões às f. 393/395.

O Ministério Público Estadual opinou pelo não provimento do recurso de apelação (f. 414/423).

## VOTO

O Sr. Des. Wilson Bertelli. (Relator)

### Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por Organo Service Prestadora de Serviço Ltda. e Genivaldo Bernardino de Sena (f. 352/361) contra a sentença de procedência dos pedidos proferida (f. 334/343) pelo juiz da 5ª Vara Cível da comarca de Dourados, nos autos de processo de demanda de dever de fazer cumulada com compensação por danos morais, ajuizado por Rodrigo Aparecido Esteves. O magistrado determinou a regularização da empresa ré para não produzir ruídos acima do permitido pela legislação e a condenou ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais.

Conforme consta no relatório, os apelantes arguem preliminar de cerceamento de defesa. Sustentam não ter sido analisado seu requerimento de produção de prova testemunhal. No mérito, com fundamento no laudo pericial, afirmam que os ruídos produzidos estão dentro do limite tolerável pela legislação vigente. Para os apelantes, a exposição diária a ruído abaixo do permitido não causa lesão ao autor. Mencionam, ainda, existir erro material no laudo produzido pelo Instituto do Meio Ambiente de Dourados, o qual, segundo eles, foi corrigido posteriormente e passou a considerar dentro dos padrões aceitáveis a média de ruído produzida.

O Ministério Público Estadual opinou pelo não provimento do recurso de apelação (f. 414/423).

### Fundamentação

#### Preliminar

Os apelantes pretendem declarar a nulidade da sentença, sob o argumento de ser essencial a produção de prova testemunhal. O destinatário final da prova é o magistrado, a quem cabe avaliar a conveniência e a necessidade da produção de determinada prova, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o artigo 370 do Código Processo Civil.

A prova testemunhal requerida é evidentemente desnecessária. Já houve a produção de perícia judicial e essa prova fornece todos os elementos essenciais para julgar o pedido formulado, haja vista que o conflito de interesse existente entre as partes consiste em saber se o ruído produzido pela empresa ré/apelante causa ou não transtorno ao autor.

Portanto, não prospera a preliminar de cerceamento de defesa.

#### Mérito

É incontroverso nos autos que o autor da demanda, Rodrigo Aparecido Esteves, é vizinho da empresa ré Organo Service Prestadora de Serviço Ltda., de propriedade do réu Genivaldo Bernardino de Sena.

De acordo com as alegações do autor, os ruídos produzidos pela empresa ré comprometem o seu descanso, trabalho e saúde, bem como de seus familiares. Pediu, em razão disso, a suspensão das atividades da empresa ré causadora de ruídos, até serem adotadas medidas necessárias para conter os barulhos em desacordo com as normas instituídas pela Associação Brasileira de Norma Técnicas – ABNT e em desacordo com o limite permitido pela Resolução n. 001/90 do CONOMA. Pediu, ainda, a condenação dos réus ao pagamento de compensação de danos morais.

Nos termos do artigo 1.277 do Código Civil, “*o proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha*”.

As provas produzidas no processo, notadamente os laudos do Instituto de Meio Ambiente de Dourados (f. 63/74) e do perito judicial (f. 155/251), demonstram que os ruídos produzidos pela empresa ré estão acima do máximo permitido pela norma NBR 10.151 da Associação Brasileira de Norma Técnicas – ABNT, que é de 55 decibéis no horário diurno e 50 decibéis no horário noturno. Conforme constatado no laudo do Instituto de Meio Ambiente de Dourados, a empresa ré produz ruído de até 59,66 decibéis. Já de acordo com o laudo do perito, bem mais completo, os ruídos produzidos pela fábrica chegam até 85,03 decibéis na área interna da empresa e em 64,60 decibéis na área externa. A propósito, conveniente transcrever a conclusão do perito (f. 169/170):

“08 – Conclusão:

01- Tendo em vista tudo exposto no laudo, observou-se que a empresa requerida, Organo Service, situada na Rua Hertis, nº 2301, no Jardim Campo Alto, em Dourados/MS, emite níveis de ruídos que ultrapassam os limites estabelecidos por norma, dada a sua localização;

02- Observou-se que existem atividades que ocorrem esporadicamente, podendo algumas delas não terem sido realizadas durante vistoria, o que poderia acarretar em diferença do resultado obtido;

03- Então, entende-se que a empresa requerida desenvolve atividades que podem gerar altos níveis de ruído. Sugere-se a tomada de medidas que diminuam os efeitos da propagação sonora proveniente das atividades da empresa.”

Por ultrapassarem o limite máximo previsto na legislação vigente, é evidente que os ruídos produzidos pela empresa ré interferem na saúde e no sossego dos seus vizinhos. Aliás, o fato do ruído chegar abaixo do máximo permitido na legislação na residência do autor não interfere na solução da demanda, pois a perturbação do sossego de vizinho não se encontra a ele vinculado. Ou seja, até mesmo os ruídos abaixo do máximo permitido na legislação são capazes de perturbar o sossego e a saúde de vizinhos, principalmente no caso concreto, por ser produzido diariamente e de forma constante.

Importante ressaltar ainda a observação realizada pelo perito na conclusão do laudo. Acentuou que algumas atividades da empresa são realizadas esporadicamente e alguma delas podem não ter sido realizada durante a vistoria. Essa constatação interfere decisivamente no resultado da perícia.

Além disso, com a adoção das medidas necessárias para conter os barulhos em desacordo com as normas vigentes na área externa da empresa ré, os ruídos chegarão nas residências dos vizinhos, inclusive a do autor, de forma bem mais branda e até podem ser eliminados, a depender da distância e das técnicas utilizadas para sanar as irregularidades.

Desse modo, não há razão para a reforma da sentença proferida.

Dispositivo

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram 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 Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 10 de agosto de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0801515-68.2016.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Vilson Bertelli**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MATERIAIS – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE DECADÊNCIA REJEITADAS – VEÍCULO AUTOMOTOR – DISPARIDADE ENTRE A POTÊNCIA DO MOTOR ANUNCIADA E A DO PRODUTO VENDIDO AO CONSUMIDOR – ART. 18 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Está caracterizado como fornecedor quem desenvolve a comercialização do produto, evidenciando sua legitimidade em demanda sobre vício oculto do produto, prevista no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

O *dies a quo* do prazo decadencial para o consumidor reclamar sobre vício oculto do produto inicia-se a partir do momento em que ficar evidenciado o defeito, não da data da aquisição do bem.

A demonstração da disparidade das indicações constantes sobre o produto e a realidade (potência do motor anunciada e o produto vendido ao consumidor), revela o direito à pretensão de abatimento do preço, amparada no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Recurso 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, 5 de julho de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Hyundai Caoa do Brasil Ltda interpõe recurso de apelação às fls. 101/125, contra a sentença (fls. 95/97) de procedência do pedido de Fernando Rocha Rodrigues da Silva para condená-la ao ressarcimento de 30% do valor total da nota fiscal de fl. 25, corrigido pelo IGPM/FGV, a partir da data de compra, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Também condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Suscita sua ilegitimidade passiva e alega a ocorrência de decadência. Afirma a insubsistência da condenação, porque a potência do veículo fora homologada pelo departamento nacional de trânsito. Insurge-se contra o laudo realizado ante ao não atendimento às normas técnicas homologadas pelo DENATRAN.

Contrarrazões às fls. 130/138.

## VOTO

O Sr. Des. Wilson Bertelli. (Relator)

Hyundai Caoa do Brasil LTDA interpõe recurso de apelação às fls. 101/125, contra a sentença (fls. 95/97) de procedência do pedido para condená-la ao ressarcimento de 30% do valor total da nota fiscal de fl. 25, corrigido pelo IGPM/FGV, a partir da data de compra, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Também condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

### Introdução

O autor comprou da ré, em 07/02/2012, um veículo modelo Veloster, 1.6, automático, ano 2011 modelo 2012, preto, chassi KMHTC61CBCU044453, RENAVAL 146771, cuja nota fiscal aponta 140 CV de potência (fl. 25).

Após tomar ciência de notícias publicadas sobre a diversidade entre a potência do automóvel veiculada na venda e a real, realizou teste de dinamômetro no veículo em 17/12/2015. O resultado apontou a potência máxima de 87,59 wHP atingida pelo veículo (fls. 27/29). Por isso, alegando ser vítima de vício oculto e da publicidade enganosa, objetivou o recebimento de indenização por danos materiais na importância de 30% do valor do veículo constante à nota fiscal.

Em razão da sentença de procedência do pedido, a ré interpõe o presente recurso de apelação.

### Da ilegitimidade passiva

A apelante suscita sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, sob a alegação de apenas comercializar o veículo, de forma a serem legitimados para o polo passivo a importadora e a distribuidora, pessoas jurídicas diversas, as quais seriam responsáveis pelo anúncio, importação e a distribuição do automóvel no Brasil.

O Código de Defesa do Consumidor, no *caput* do art. 3º, conceitua fornecedor da seguinte forma:

*“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (destacou-se)”*

Assim, a apelante, na qualidade de comerciante, enquadra-se na definição de fornecedor prescrita na lei consumerista, razão pela qual detém legitimidade para integrar a lide.

Por isso, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

### Da prejudicial de mérito

A recorrente alega a ocorrência de decadência, pois o termo inicial do prazo seria a partir da entrega efetiva do produto. Todavia, o caso se trata de vício oculto (potência do veículo inferior ao informado na venda e constante na nota fiscal), cujo termo inicial é regulado pelo § 3º do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor:

*“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: (...)*

*II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.*

*(...)*

*§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.”*

Dessa forma, somente a partir do teste de rolagem em dinamômetro é que o defeito do veículo se evidenciou. Este ocorreu em 17/12/2015 (fls. 27/29) e a demanda foi proposta em 25/01/2016, de forma a não ter transcorrido o prazo decadencial.

Nesse sentido também já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

*“DIREITO DO CONSUMIDOR. AUTOMÓVEL ZERO QUILOMETRO. VÍCIO OCULTO. PRAZO DECADENCIAL. POTÊNCIA DO MOTOR. ANÚNCIO E PERÍCIA REALIZADA. DIVERGÊNCIA. RELAÇÃO POTÊNCIA-PREÇO. DEPRECIÇÃO. VALOR. CONDENAÇÃO. Dada a natureza do vício (potência menor que a anunciada) apontado em veículo automotor zero quilômetro, o dies a quo para a contagem do prazo decadencial previsto no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor não é a data de entrega do bem, pois essa espécie de defeito só se torna aparente quando da realização de perícia técnica no automóvel. Constatada a diferença de potência entre o anúncio realizado pelos fornecedores e aquela aferida em perícia técnica determinada pelo Juízo sentencial, devem, a fabricante e a concessionária, responder pelo pagamento de valor correspondente à depreciação do bem em relação a tanto, haja vista a notória relação entre a motorização do veículo e o custo final para o consumidor.” (Acórdão n.866067, 20140110602182APC, Relator: Esdras Neves Almeida, Revisor: Hector Valverde Santana, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/05/2015, Publicado no DJE: 12/05/2015. Pág.: 384)”.*

Assim, rejeito a prejudicial de mérito de decadência.

Do mérito da causa

A recorrente afirma a insubsistência da condenação, porque a potência do veículo fora homologada pelo Departamento Nacional de Trânsito. Entretanto, mesmo com a homologação da potência do veículo pelo Departamento Nacional de Trânsito (cuja potência líquida efetiva seria de 139,3 CV com margem de variação de 10% para mais ou para menos, conforme informa a recorrente), o veículo do autor apresentou potência de apenas 86,97 CV e 87,59 CV (fls. 27/29). Não há garantia de que o motor do veículo do autor terá necessariamente a mesma potência líquida efetiva do veículo sujeito à homologação pelo DENATRAN.

A política de defesa dos direitos do consumidor existe justamente para garantir seus direitos, em detrimento de abusos operados pelos fornecedores. Se todos os serviços e produtos fossem ideais e na forma publicada, não haveria sequer a cogitação de proteção ao direito do consumidor.

No caso, é evidente a disparidade entre a venda (nota fiscal) informando a quantidade de 140 cavalos de potência no veículo e o produto do consumidor. Ao contrário da alegação da apelante, há laudo evidenciando o vício oculto com teste realizado em dinamômetro de rolo inercial (marca Servitec), demonstrando as condições da realização dos testes – as quais não foram especificamente impugnadas pela apelante. Afirmações genéricas sobre os tipos de dinamômetros, ou a presença de ofício do DENATRAN

informando a correta potência líquida efetiva aceita, não refletem e tampouco invalidam a real situação do veículo do autor apurada no teste de rolagem realizado por ele.

O art. 18 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços pelos vícios de qualidade que diminuam o valor do produto, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações da oferta ou mensagem publicitária:

*“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...)”*

Na hipótese dos autos está demonstrada a disparidade das indicações constantes sobre o produto e a realidade, mostrando-se inadequado ao fim que razoavelmente dele se espera. Inclusive, essa razoabilidade tem ligação com o direito de informação do consumidor prevista no art. 6º, III, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

*“(...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”*

A interferência da potência de um veículo em relação ao seu valor é direta. Ao se constatar a diferença acima exposta, fica evidenciada a diminuição do valor (além da disparidade entre a informação da venda com a realidade do produto), de forma a amparar o abatimento do valor, na forma pretendida pelo autor.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Hyundai Caoa do Brasil Ltda e 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. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 05 de julho de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança nº 1401672-92.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AUDITOR ESTADUAL DE CONTROLE EXTERNO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRELIMINAR REJEITADA – PRETERIÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DE OCORRÊNCIA EM QUANTIDADE SUFICIENTE PARA ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO ATINGIDA PELOS IMPETRANTES – SEGURANÇA DENEGADA.

Rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita por necessidade de dilação probatória quando os documentos trazidos com a petição inicial são suficientes para subsidiar a apreciação da questão litigiosa, servindo, assim, de prova pré-constituída das alegações do impetrante. Quanto ao seu potencial de convencimento acerca da efetiva violação a direito líquido e certo do impetrante, constitui objeto de apreciação de mérito do *mandamus*.

O direito líquido e certo do candidato em concurso público à nomeação para o cargo almejado depende da ocorrência de preterições em quantidade suficiente para alcançar sua classificação no certame, uma vez que, para cada preterição eventualmente verificada, haveria a nomeação de um candidato de acordo com a ordem de classificação.

## 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 inadequação da via eleita, no mérito, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de junho de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Francisco Silva Sobral, João Guilherme Oliveira Filgueiras, Janice Rodrigues dos Santos da Penha, Marcius Renê de Carvalho e Carvalho, Juliane Vicentini Morelli, Solange Rodrigues Brum Ushiro, Paulo Henrique Arakaki Damasceno, Tays Araújo Farias Manfrin, Michelle Gomes Macedo Bezerra, Glauca Maria de Assis, Giovanna Araújo Felix Maravieski, Rafael Ferreira Ribeiro Lima, Francinete Maria Ribeiro Zucareli, Luciano de Barros Mandetta, Guilherme Magrão de Frias, Cristiane Pereira dos Santos Martins, Rafael Ribeiro Reese, Ana Raquel Araújo Pecci, Paulo Valdeci Jorge, Marianne de Almeida Oruê Nascimento, Anna Karolina Guimarães Monteiro, Ivana de Paula Narcizo, Donisete Cristóvão Mortari, Thiago Bueno dos Santos, Denner de Castro Ramires, Mariana Leal Capille, Saul Giroto Júnior, Lucas Eduardo de Souza Nossa, Glaucio Hashimoto, Valdecir Antônio Zaniboni, Aparício Farias Domingos, Domyngos Joseph de Santana Victor, Michelle Guimarães David, Luiz Alberto Tibana, André Barbosa Fabiano, Ana Cláudia Ludvig de Souza Azevedo, Anderson Susumu Kazama, Adriano Pereira de Castro

Pacheco e Daniel Vilela da Costa, devidamente qualificados, impetram mandado de segurança com pedido liminar em face do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Os impetrantes são candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas em concurso público promovido pelo Tribunal de Contas para o cargo de Auditor Estadual de Controle Externo, classificados, de forma não sucessiva, do 116º ao 236º lugares, e pretendem ser nomeados para tomar posse “*em face da comprovada e ilegal preterição ocorrida em benefício de não-concursados, terceirizados, comissionados e reprovados no concurso*” (f. 6).

Recordam que, por maioria de votos, o Órgão Especial concedeu a ordem a candidatos em situação idêntica, nos Mandados de Segurança n. 1410584-15.2015.8.12.0000, Relator Desembargador Luiz Tadeu Barbosa da Silva e 1407000-37.2015.8.12.0000, Relator Designado Desembargador Dorival Renato Pavan.

Narram e alegam que: i) de acordo com o item 1.2 do edital do certame, o concurso destinou-se ao preenchimento de vagas ora existentes e as que viessem a surgir, durante o prazo de validade do concurso (dois anos), contados (os dois anos) a partir da data da republicação da homologação do resultado final, qual seja, 30/06/2015; ii) através do Edital n. 02/2014, que publicou a homologação do resultado do concurso, e do Edital n. 06/2015, que republicou a homologação do resultado do concurso, foram aprovados 236 (duzentos e trinta e seis) candidatos, exatamente o número de vagas existentes no TCE/MS, porém, naquele momento de homologação e aprovação, apenas 30 (trinta) candidatos foram chamados e assumiram seus respectivos cargos, e, posteriormente, até a data do ajuizamento deste *mandamus*, bem menos que a metade dos aprovados tomou posse; iii) entretanto, ao longo do tempo de validade do concurso, por vias oblíquas, subvertendo a Constituição Federal e as leis, várias contratações irregulares foram feitas e ainda o são; iv) diversas contratações precárias foram constatadas, de forma direta, por meio de empresas terceirizadas ou ainda de comissionados e estagiários exercendo funções e atribuições próprias do cargo de Auditor Estadual de Controle Externo, preterindo assim o direito dos impetrantes e de todos aqueles que foram aprovados no concurso; v) é pacífico nos Tribunais Superiores o entendimento de que a mera expectativa de direito convola-se em direito líquido e certo quando se comprova, além da existência de vagas, a necessidade de pessoal, a previsão e disponibilidade orçamentária e, essencialmente, a preterição dos candidatos aprovados em concurso; vi) existe previsão orçamentária para a nomeação; vii) os impetrantes estão sendo preteridos devido à contratação direta de terceiros, à prática de nepotismo, ao desvio de função de servidores comissionados e servidores técnicos efetivos de nível médio, à contratação de terceirizados para exercer atividade finalística do Órgão, à contratação de estagiários e menores aprendizes, à permanência no cargo de candidatos reprovados no concurso público; viii) está havendo “*burla legal*” (expressão do STF) para ocultar a preterição, por meio do aumento do número de cargos comissionados.

Requereram a concessão, *inaudita altera pars*, de medida liminar: i) em favor dos seguintes impetrantes: 1) Ana Cláudia Ludvig de Souza Azevedo, 2) Paulo Valdeci Jorge, 3) Marcius Renê, 4) Gláucio Hashimoto, 5) Anderson Susumu Kazama, 6) João Guilherme Oliveira Filgueiras, 7) André Barbosa Fabiano, 8) Domyngos Joseph de Santana Victor, 9) Luciano de Barros Mandetta, 10) Guilherme Magrão de Frias, 11) Gláucia Maria de Assis, 12) Solange Rodrigues Brum, 13) Tays Araújo Farias Manfrin, 14) Mariana Leal Capillé, 15) Juliane Vicentini Morelli, 16) Saul Giroto Júnior, 17) Michelle Gomes Macedo Bezerra, 18) Paulo Henrique Arakaki Damasceno, 19) Francisco Silva Sobral, 20) Janice Rodrigues dos Santos da Penha 21) Francinete Maria Ribeiro Zucarelli, 22) Michelle Guimarães David para o fim de determinar, *incontinenti*, que a autoridade coatora convoque os impetrantes e proceda aos trâmites para a nomeação em seus respectivos cargos; ii) quanto aos impetrantes, 1) Daniel Vilela da Costa, 2) Giovanna Araújo Felix Maravieski, 3) Valdecir Antônio Zaniboni, 4) Aparício Farias Domingos, 5) Ana Raquel Araújo Pecci, 6) Denner de Castro Ramires, 7) Thiago Bueno dos Santos, 8) Rafael Ribeiro Reese, 9) Ivana de Paula, 10) Marianne de Almeida Oruê Nascimento, 11) Donisete Cristóvão Mortari, 12) Rafael Ferreira R.Lima, 13)

Anna Karolina Guimarães Monteiro, 14) Luiz Alberto Tibana, 15) Lucas Nossa, 16) Adriano Pereira de Castro Pacheco e 17) Cristiane Pereira dos Santos Martins, que lhes sejam reservadas vagas até a decisão final do presente mandado de segurança.

Pedem que, ao final, confirmada a liminar, seja concedido o *mandamus* para declarar-se a ilegalidade e a abusividade dos atos apontados como inconstitucionais e ilegais a fim de concretizar a segurança postulada, garantindo aos impetrantes a nomeação no Cargo de Auditor Estadual de Controle Externo, porquanto foram aprovados em concurso público e preteridos em suas funções, carregando-se os ônus da sucumbência ao impetrado.

O pedido liminar foi indeferido, por ausência do requisito *periculum in mora*.

Josemil da Rocha Arruda postulou sua inclusão como litisconsorte ativo ulterior, a fim de ser admitido como litisconsorte ativo na demanda, e o relator deferiu o pedido.

O Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul presta informações, nas quais suscita preliminar de inadequação da via eleita, em virtude da necessidade de dilação probatória.

No mérito, sustenta a legalidade de sua conduta administrativa e afirma inexistir direito líquido e certo de candidatos aprovados fora do número de vagas do edital de serem nomeados para tomar posse. Aduz que é impossível a apreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Pede o acolhimento da preliminar, com a extinção do processo sem resolução do mérito, ou a denegação da segurança.

O Estado de Mato Grosso do Sul também presta informações e defesa, postulando a extinção do processo com fulcro no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, visto que o direito apontado pela parte impetrante como líquido e certo necessita de dilação probatória para sua comprovação, o que não é admissível pela via do mandado de segurança. Caso seja ultrapassada a preliminar, bate-se pela denegação da ordem.

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo afastamento da preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, pela denegação da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Preliminar.

Encontra-se posto para julgamento mandado de segurança impetrado por candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas em concurso público promovido pelo Tribunal de Contas para o cargo de Auditor Estadual de Controle Externo, classificados, de forma não sucessiva, do 116º ao 236º lugares, que pretendem ser nomeados para tomar posse em face da comprovada e ilegal preterição ocorrida em benefício de não-concursados, terceirizados, comissionados e reprovados no concurso.

O mandado de segurança é a garantia constitucional apropriada “*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*” (artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal).

Direito líquido e certo, na expressão memorável 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 (...).*”<sup>1</sup>

A autoridade impetrada, o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul e o Estado de Mato Grosso do Sul suscitam preliminar de inadequação da via eleita, em virtude da necessidade de dilação probatória.

Todavia, os documentos trazidos com a petição inicial são suficientes para subsidiar a apreciação da questão litigiosa, servindo, assim, de prova pré-constituída das alegações dos impetrantes. Quanto ao seu potencial de convencimento acerca da efetiva violação a direito líquido e certo dos impetrantes, será objeto de apreciação de mérito do *mandamus*.

Por tais motivos, com o parecer, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

Mérito.

No caso em análise, os impetrantes sustentam ser titulares de direito líquido e certo à nomeação para tomar posse no cargo de Auditor Estadual de Controle Externo (ACE) no concurso público de provas e títulos promovido pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (TCE/MS), aberto pelo Edital n. 001/2013, uma vez que, apesar de aprovados em classificação superior ao número de vagas oferecidas pelo edital de abertura do certame, teriam sofrido preterição em decorrência da contratação precária de servidores para o exercício das funções de Auditor Estadual de Controle Externo (por contratação direta, por nepotismo, por desvio de função, por contratação de terceirizados, de estagiários e de menores aprendizes, por reprovados no concurso público que permanecem ocupando cargos comissionados).

Contudo, a vasta documentação colacionada nos autos não é suficiente para comprovar a ocorrência de violação ao suposto direito líquido e certo dos impetrantes.

Ocorre que o edital de abertura do certame disponibilizou 30 (trinta) vagas para o cargo de Auditor Estadual de Controle Externo e, de acordo com os próprios impetrantes, eles foram classificados, de forma não sucessiva, do 116º ao 236º lugares, ou seja, em posição acima do quantitativo oferecido inicialmente no certame.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (<http://www.tce.ms.gov.br/portal/concursos>), é possível verificar que, até o dia 16.2.2016, com a publicação do Edital n. 05/2016, foram convocados 106 candidatos aprovados no aludido concurso público.

Pois bem.

Recordo que, recentemente, este Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no julgamento dos Mandados de Segurança n. 1410584-15.2015.8.12.0000 e 1407000-37.2015.8.12.0000, nos quais a questão litigiosa guarda identidade com a do *writ* em mesa, a segurança foi concedida por maioria de votos. Nos referidos *mandamus*, votei pela concessão da ordem.

Reflexões posteriores, porém, conduziram-me ao entendimento de que a pretensão mandamental carece de amparo, como ocorreu no Mandado de Segurança n. 1400076-73.2016.8.12.0000, e, por conseguinte, a ordem deve ser denegada, pelas razões que passo a expor.

<sup>1</sup> 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.

As atribuições do cargo de Auditor Estadual de Controle Externo encontram-se estabelecidas pela Lei Estadual n. 3.877, de 31.3.2010, que dispõe sobre a consolidação do Plano de Cargos, Carreira e Remuneração do Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul e estabelece, em seu artigo 6º, I, que:

*“Art. 6º Os cargos que compõem as carreiras tem por finalidade:*

*I - Auditor Estadual de Controle Externo: as atividades operacionais privativas do Tribunal de Contas pertinentes, análise de contas e fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial; acompanhamento das receitas; análise dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; procedimentos licitatórios e contratos administrativos; acompanhamento de obras e serviços; realização de auditorias e inspeções e outras de natureza correlatas, necessárias ao controle externo, bem como outras atividades de planejamento, de controle, de gestão e de assessoramento; (redação dada pela Lei nº 4.223, de 11 de julho de 2012)”*

É possível inferir, do acervo documental apresentado pelos impetrante, a existência de indícios de que diversos servidores comissionados de nível médio teriam desempenhado funções que, em tese, estariam reservadas apenas aos Auditores Estaduais de Controle Externo.

Nesse particular, sobressaem as diversas manifestações técnicas subscritas por servidores comissionados, terceirizados e efetivos de nível médio na análise de contratos, serviços e obras, de forma que os elementos probatórios, em parte, destacam a presença de indícios de preterição dos candidatos aprovados no concurso público para o cargo.

Não obstante, o julgamento do mandado de segurança deve se fundamentar na comprovação de eventuais preterições que justificassem a nomeação dos impetrantes. Em outras palavras, o direito líquido e certo dos impetrantes à nomeação para o cargo almejado depende da ocorrência de preterições em quantidade suficiente para alcançar suas classificações no certame, quais sejam, da 116ª à 236ª colocação, uma vez que, para cada preterição eventualmente verificada, haveria a nomeação de um candidato de acordo com a ordem de classificação. Além disso, a preterição deve ser atual e não histórica, isto é, deve continuar a existir na data da impetração, não sendo suficiente para reconhecer o direito líquido e certo a eventual ocorrência de contratação precária que já se encerrou anteriormente ao ajuizamento da ação.

Nessas circunstâncias, deveria estar demonstrado nos autos que, no dia 23 de fevereiro de 2016, data do ajuizamento desta ação, havia pelo menos 16 (dezesesseis) contratações irregulares em preterição dos impetrantes, dado que, até aquela data, o 100º classificado fora convocado para a avaliação médica prévia à nomeação para tomar posse, conforme se verifica no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (Edital n. 009/2015, de 11.12.2015). A nomeação do 100º classificado para o provimento efetivo do cargo deu-se por meio da Portaria “P” n. TC/MS 038/2016, de 17.2.2016, publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCE/MS n. 1269, de 18.2.2016.

Aludida prova, contudo, não está presente nos autos.

Saliente-se que não é possível partir da premissa de que uma única preterição possa justificar a convocação de todos os candidatos aprovados que ainda não foram nomeados, que *in casu* são aproximadamente 135 pessoas, entre as quais os impetrantes, fato que certamente deturparia o entendimento jurisprudencial relativo às nomeações de candidatos aprovados fora do número de vagas.

Deve-se acrescentar que eventuais irregularidades ocorridas em períodos anteriores à homologação do resultado final do concurso público não são suficientes para configurar a preterição dos impetrantes, uma

vez que, por dedução lógica, inexistiam, à época, candidatos devidamente habilitados mediante aprovação em certame específico.

Ademais, depois de se proceder à análise minuciosa dos documentos juntados pelos impetrantes com a petição inicial, verifica-se que diversas manifestações técnicas também não configuram preterição, seja porque (i) foram elaboradas e assinadas também por Auditores Estaduais de Controle Externo; (ii) não possuem qualquer assinatura válida; ou então (iii) estão em duplicidade com outros documentos.

Há que se destacar, além disso, que não prospera a alegação de que teria havido usurpação de atribuições dos Auditores Estaduais de Controle Externo por parte de estagiários. Isso porque simples oposição das iniciais dos estagiários em manifestações técnicas não é suficiente para indicar, incontestavelmente, que foram os únicos responsáveis pelo desempenho das atribuições, mormente considerando que existe assinatura válida nos mesmos documentos por parte de servidores do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ademais, tal quanto consabido, estagiários de todos os órgãos públicos desempenham atividades finalísticas, desde que em caráter preparativo e sob a supervisão de servidores públicos, sem que tal fato configure preterição a candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previsto pelo edital de abertura.

De igual maneira, os inúmeros contratos administrativos colacionados aos autos, que teriam sido celebrados de forma avessa às exigências licitatórias, não são suficientes para comprovar preterições aos candidatos aprovados no concurso público fora do número de vagas, eis que, em sua maioria, dizem respeito a serviços alheios às atribuições dos Auditores Estaduais de Controle Externo, e, além disso, não indicam concretamente a usurpação de competência de tais agentes públicos.

No que atine às demais manifestações técnicas colacionadas aos autos, infere-se que diversas delas realmente apresentam indícios de preterição, já que, mesmo existindo candidatos devidamente aprovados em concurso público específico, várias análises técnicas foram desempenhadas por servidores comissionados, terceirizados ou efetivos de nível médio, atribuição que deveria ser desempenhada exclusivamente por Auditores Estaduais de Controle Externo, a quem compete promover auditorias em contratos administrativos fiscalizados pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ocorre, contudo, que, no transcorrer da prática das preterições demonstradas nos autos, a autoridade impetrada promoveu a convocação de diversos candidatos aprovados no mesmo concurso público (do 1º ao 106º lugares), de modo com que se infere que as preterições apresentadas na presente ação mandamental não se dão em quantidade suficiente para ensejar a nomeação do Impetrante, principalmente em razão da necessidade de observância da ordem classificatória para a convocação dos candidatos aprovados.

Nesse particular, depreende-se que, recentemente, entre os meses de novembro de 2015 e fevereiro de 2016, houve a convocação de 50 (cinquenta) candidatos aprovados fora do número de vagas previstas inicialmente pelo edital de abertura do certame, tal qual se denota dos Editais n. 07/2015, 9/2015, 2/2016, 4/2016 e 5/2016, disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por conseguinte, tem-se que as preterições apresentadas pela presente ação mandamental não são suficientes para ensejar a nomeação do Impetrante, considerando que a convocação de diversos candidatos em momento posterior se deu em quantidade superior ao número de preterições aptas a alcançar a sua classificação.

Em casos análogos ao dos presentes autos, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o direito líquido e certo à nomeação aos candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previsto no edital depende necessariamente de comprovação inequívoca da contratação ilegal de servidores temporários ou, analogicamente, da usurpação de atribuição por comissionados – em quantidade suficiente para alcançar a classificação dos postulantes, senão vejamos:

*“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAPÁ. ART. 290 DO REGIMENTO INTERNO DO TCE/AP AFASTADO POR ARGUMENTAÇÃO NÃO IMPUGNADA. SÚMULA 283/STF. COMPROVAÇÃO DA CRIAÇÃO DE NOVOS CARGOS EM NÚMERO SUFICIENTE À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça salvaguarda o direito de o candidato aprovado fora do número inicialmente previsto no edital ser nomeado, caso se comprove a ilegal preterição desse intento, em virtude do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame público.*

*2. No caso, contudo, não houve a efetiva demonstração da superveniência de vagas em número suficiente à nomeação do impetrante, inexistindo direito líquido e certo à nomeação. (...) (AgRg no RMS 44.108/AP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª REGIÃO), Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015)”*

*“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. ENFERMEIRO. ALEGAÇÃO DE VACÂNCIAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ACERVO DOCUMENTAL INSUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO POSTULADO. PRECEDENTES.*

*1. Recurso ordinário no qual se postula a nomeação por alegado direito líquido e certo decorrente da pretensa prova da existência de vagas disponíveis que atingiriam a classificação da recorrente; a recorrente foi aprovada na 224ª colocação e comprova ter havido a nomeação até a 218ª posição para enfermeiro.*

*2. A alegação de disponibilidade de vagas tem por base portarias de exoneração e de óbito de servidores do quadro, no cargo de enfermeiro, em datas anteriores, ou seja, de 18.4.2012 até 1º.6.2012 (fls. 43-49) ao ato de nomeação do 218º colocado, havido em 15.6.2012 (fl. 42); logo, é imperioso considerar que tais vagas foram ocupadas por outros colocados em melhor posição do que a recorrente e, portanto, não está comprovada a disponibilidade de vaga.*

*3. Não havendo a demonstração dos cargos vagos e disponíveis para o provimento do candidato aprovado fora das vagas previstas no Edital, não é possível falar em convocação da expectativa de direito em liquidez e certeza, por insuficiência do acerto probatório dos autos. Precedentes: RMS 46.771/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5.12.2014; e AgRg no RMS 41.952/TO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2014. Recurso ordinário improvido. (RMS 44.288/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015)”*

*“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.*

1. *Discute-se no mandamus o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em enfermagem do Estado do Tocantins.*

2. *A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.*

3. *No caso, a candidata obteve a 18ª colocação no concurso para o preenchimento de 10 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos que comprovem a preterição do direito à nomeação, pois não se demonstrou o real surgimento de vagas efetivas para o cargo pretendido, no período de validade do concurso, para a localidade específica.(...) (RMS 41.787/TO, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 13/05/2015)”*

*“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.*

1. *Discute-se no mandamus o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.*

2. *A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.*

3. *No caso, a candidata obteve a 1.667ª colocação no concurso para o preenchimento de 135 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a preterição do direito de ser nomeada.*

4. *Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS 44.191/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)”.*

Convém ressaltar que, na hipótese de concessão da segurança pleiteada nesta ação mandamental, haveria nítida ofensa à ordem classificatória do concurso público, na medida em que existem candidatos mais bem classificados que os impetrantes que ainda não foram nomeados e empossados no cargo de Auditor Estadual de Controle Externo.

Há, neste mesmo sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de quebra na ordem de classificação de concurso público, senão vejamos:

*“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS. DECRETO DE CALAMIDADE PÚBLICA (ART. 37, IX, CF/88). PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...)*

2. *No caso concreto, a impetrante obtivera aprovação fora do número de vagas previstas no edital. Na particularidade dos autos, a convocação dos 8 primeiros aprovados não atinge a esfera pessoal da requerente, considerando ainda existir à sua frente outros*

*3 candidatos a serem nomeados antes de ser chamada para assumir o cargo público. Nesse panorama, a concessão da segurança implicaria verdadeira quebra da ordem de classificação dos aprovados que antecedem a impetrante.*

*(...) 5. Nesse panorama, não há prova cabal de que tenha havido preterição da impetrante, de modo que não ostenta direito líquido e certo à nomeação. 6. Recurso Ordinário não provido. (STJ - RMS 39.271/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 22/10/2013)”*

Posteriormente ao julgamento dos Mandados de Segurança n. 1410584-15.2015.8.12.0000 e 1407000-37.2015.8.12.0000, nos quais a segurança foi concedida, este egrégio Órgão Especial, no mandado de segurança n. 1411867-73.2015.8.12.0000, modificou o seu entendimento e denegou a segurança requerida naqueles autos, cujo objeto é idêntico ao desta ação mandamental, conforme o seguinte acórdão:

*“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO DO SUL – AUDITOR ESTADUAL DE CONTROLE EXTERNO – IMPETRANTES APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – TEMA 784 DO STF – PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA – SEGURANÇA DENEGADA*

*O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.” Precedentes do STF. (Mandado de Segurança n. 1411867-73.2015.8.12.0000. Órgão Especial. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. Julgamento em 16/3/2016)”*

No dia 9.12.2015, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em regime de repercussão geral no recurso extraordinário (RE) 837.311 – Tema 784, discutiu a nomeação de candidatos classificados fora das vagas previstas em edital, antes da convocação dos aprovados em concurso posterior, fixando a tese de que, *in litteris*:

*“O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:*

- 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;*
- 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;*
- 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”*

Todavia, a tese fixada pela Corte Suprema não se aplica ao caso vertente porque: i) os impetrantes não foram aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de abertura do certame; ii) a pretensão dos impetrantes não está lastreada na inobservância da ordem de classificação; iii) inexistente prova nos autos de que tenha ocorrido preterição de forma arbitrária e imotivada dos impetrantes por parte da administração.

Saliente-se, outrossim, que os procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público do Trabalho, Processos n. 000535.2014.24.000/8 e 000457.2015.24.000/0 (*vide* f. 3445-3446) (instaurado como medida derivada de matéria investigada nos autos do Inquérito Civil n. 000758.2014.24.000), e pelo Ministério Público Estadual, Autos n. 105/2014 e 034/2015, nos quais os impetrantes ancoram fortemente sua pretensão, concluíram pela inexistência de desvio nas incumbências de terceiros junto ao Tribunal de Contas Estadual, conforme foi possível verificar amplamente no julgamento do Mandado de Segurança n. 1400076-73.2016.8.12.0000, que teve oportunidade de relatar.

Merecem ser transcritos para este voto os respectivos relatórios finais, quais sejam:

*“Ministério Público do Trabalho – PRT da 24ª Região – Campo Grande/MS*

*Processo nº 000535.2014.24.000/8*

*Denunciante: Anônimo*

*Denunciado: Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul*

*Trata-se de inquérito instaurado para investigar suposta lesão ao instituto do concurso público, com violação ao princípio da impessoalidade, bem como ao princípio da impessoalidade, bem como ao princípio da moralidade, uma vez que notícia de fato fez alusão a suposta prática de atos privativos dos auditores de controle externo por empregados terceirizados, bem como que tais empregados terceirizados seriam “apadrinhados” de gestores do órgão.*

*Instado a manifestar-se, o C. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul TCE/MS, acostou manifestação e documentos (f. 24 e ss) esclarecendo que por força de decisão do C. Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 3.706, que declarou inconstitucional a Lei n. 1939/98, foram exonerados os servidores ocupantes do cargo em comissão contratados com arrimo na lei declarada inconstitucional. Informa, ainda, que com as exonerações realizou-se a contratação de serviços terceirizados para o exercício de atividades ligadas à telefonia, vigilância, recepção e auxiliar administrativo, dentre outros de caráter meramente burocrático. Informa, neste ponto, que o C. MPE, nos autos do procedimento administrativo n. MP/0067/2010-PP, já investigou supostas irregularidades envolvendo os contratos de terceirização do órgão, tendo concluído pela sua regularidade.*

*A manifestação do C. TCE/MS refuta as ilações da denuncia com relação à usurpação das funções típicas dos auditores de controle externo, uma vez que o próprio grau de complexidade técnica exigido para o exercício do cargo impede que terceiros possam executar tais atividades.*

*Ainda informa o Tribunal, que encontra-se em implementação um projeto de reestruturação de cargos, decorrendo daí a abertura de concursos públicos, dentre eles destinados ao imediato preenchimento de 30 vagas de auditor de Controle Externo.*

*Examinadas as peças informativas, constato que a denúncia, desprovida de provas pré-constituídas, não foi corroborada pelos documentos e informações coligidas aos autos, uma vez que reputei suficientes as informações e documentos juntados pelo TCE/MS, para demonstrar o descabimento das alegações contidas na notícia de fato, eis que as atividades exercidas pelos empregados terceirizados ocorrem na periferia do núcleo ontológico do*

*órgão, bem como que, diversamente do afirmado na denuncia, há um esforço exatamente no sentido inverso, ou seja, a administração vem reforçando a atividade finalística com novos auditores.*

*Sendo assim, com base nos fundamentos retro, determino o arquivamento do feito, devendo a CODIN observar o que se segue, nos termos da Resolução n. 69 do CSMPT:*

*1) notifiquem-se os interessados para, no prazo legal, manejarem o recurso cabível, caso desejem, em face do presente arquivamento.*

*2) Escoado o prazo recursal “in albis”, remetam-se os autos a C. CCR para fins de verificação da adequação da promoção de arquivamento.*

*Campo Grande, 19 de setembro de 2014.*

*Paulo Douglas Almeida de Moraes*

*Procurador do Trabalho*

*2. Ministério Público do Trabalho – PRT da 24ª Região – Campo Grande/MS*

*Processo nº 000457.2015.24.000/0*

*Denunciante: Anônimo*

*Inquirido: Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul*

*Relatório de Arquivamento*

*Trata-se de inquérito instaurado como medida derivada de matéria investigada nos autos do IC 000758.2014.24.000 para investigar possível desvirtuamento da aplicação do contrato de estágio.*

*Durante diligência realizada no Tribunal de Contas do Estado do MS foram colhidos documentos e depoimentos indicando fortemente que os estagiários não são contratados com base em critérios objetivos, mas demonstraram seguir os mesmos moldes de contratação dos terceirizados, onde o TCE seleciona e indica do CIEE quem deve ser contratado.*

*Instado a comparecer em audiência administrativa, o Presidente do TCE/MS, conselheiro Waldir Neves Barbosa, informou que ao assumir o cargo, a pouco mais de 6 (seis) meses, identificou irregularidades administrativas quanto à situação.*

*Contudo, informou que o TCE já iniciara medidas de regulamentação das atribuições dos estagiários, comprometendo-se a encaminhar, já com as sugestões do MP a regulamentação da atividade de estágio.*

*Em Setembro de 2015, aportou-se nesta Procuradoria a cópia da Resolução nº 16, de 2 de setembro de 2015, a qual regulamenta o estágio de estudante de nível superior no âmbito do tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo publicada em DOE/TCE/MS nº 1179, de 10 de setembro de 2015.*

*Em face do exposto, verifico que o objeto inicialmente investigado deixou de existir, razão pela qual promovo, conforme prevê o artigo 19 da Lei nº 7.347/85, o arquivamento deste expediente investigatório, com a oportuna remessa à Câmara de Coordenação e Revisão do MPT, respeitado o procedimento previsto pela Resolução CSMPT nº 69/2007, inclusive em relação aos recursos cabíveis.*

*Campo Grande, 8 de dezembro de 2015.*

*Paulo Douglas Almeida de Moraes*

*Procurador do Trabalho.*

*3. Ministério Público Estadual – 29ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social – Campo Grande/MS*

*Autos nº 105/2014*

*Procedimento Preparatório*

*(...)*

*Decide-se.*

*Cuida-se, então, de procedimento preparatório instaurado com o fito de investigar ato de improbidade administrativa ocorrido no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de suposto favorecimento de empresas terceirizadas em processos licitatórios.*

*De acordo com a denúncia que deu azo a instauração deste procedimento, haveria diversas irregularidades no Pregão Presencial n.º 001/2014, do Tribunal de Contas Estadual, que tinha por objeto a seleção da melhor proposta para contratação de pessoa jurídica par terceirização de serviços continuados de apoio administrativo, operacional e de natureza geral, com fornecimento de software que permitisse o controle das atividades laborais a serem desenvolvidas nas dependências daquele Tribunal. (f. 7-32).*

*Sucedede que o Tribunal de Contas deste Estado não chegou a realizar a licitação, tendo revogado o Pregão Presencial nº 001/2014 (f. 68) não havendo que se falar, portanto, que houve favorecimento a determinada(s) empresa(s) no certame.*

*Mais a mais, consoante se infere do ofício anexo, a Procuradoria-Geral de Justiça instaurou o PP nº 0296/2014-MP, o PP nº 0116/2012-MP e o PP nº 0089/2014-MP, com a finalidade de investigar a irregularidade de contratação de mão de obra terceirizada e de comissionados por aquela Corte de Contas. (f. 144).*

*Assim, o fato ora investigado, eventual favorecimento a empresas terceirizadas, já e alvo de investigação e de providência (assinatura de compromisso de ajustamento de conduta, cuja cumprimento cabe a ela fiscalizar) por parte da Procuradoria-Geral de Justiça.*

*Posto isso, este Órgão Ministerial promove o ARQUIVAMENTO do presente Procedimento Preparatório, nos termos do artigo 9º da Lei nº 7.347/85 e do artigo 26 da Resolução nº 015/2007-PGJ, ressalvando o direito de proceder a novas pesquisas, caso de outras provas tiver notícias, bem como de ajuizar a ação cabível, caso necessário.*

*Registre-se no Sistema Informatizado de Controle de Inquéritos Civis CIC e se encaminhe cópia desta promoção de arquivamento, por meio eletrônico, ao coordenador do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Defesa do patrimônio Público e Social para conhecimento e eventuais providências.*

*Cientifique-se o investigado e o autor da representação (ouvidoria). Não havendo localização dos interessados, desde já se determina que seja afixado aviso no átrio da sede da 29ª Promotoria de Justiça de Campo Grande (artigo 10, §1º da Resolução n. 23 CNMP e artigo 124 do regimento Interno do CSMP).*

*Após, remeta-se o presente Procedimento Preparatório ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público para exame e deliberação, anotando-se no sistema eletrônico de controle de procedimentos.*

*Campo Grande, 6 de julho de 2015*

*Thalys Franklyn de Spuza*

*Promotor de Justiça*

*4. Ministério Público Estadual – 29ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social – Campo Grande/MS*

*Autos nº 034/2015*

*Procedimento Preparatório*

*(...)*

*Decide-se.*

*Cuida-se, portanto, de inquérito civil instaurado com o fito de investigar irregularidade na contratação pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, do filho do Deputado Estadual Professor Rinaldo, Felipe Nunnes Modesto de Oliveira e na nomeação para o cargo em comissão no mesmo Tribunal administrativo de sua filha Caroline Daniele Macena de Oliveira Rosa.*

*Ocorre que foram juntados documentos comprobatórios da rescisão contratual entre o Tribunal de Contas Estadual e o Sr. Felipe Nunes Modesto e da exoneração da servidora em cargo comissionado Caroline Daniele Macena de Oliveira Rosa, confirmando a correção da irregularidade apontada nas denúncias e tomando improcedente a instauração de qualquer inquérito civil ou ação civil pública contra os acusados.*

*Nesse passo, temos que corrigida a irregularidade apontada, não há interesse lesado a demandar adoção de qualquer medida, judicial ou extrajudicial, no que concerne à defesa do patrimônio público e social. (...)*

*Posto isso, este Órgão Ministerial promove o arquivamento do presente inquérito civil, submetendo esta decisão à apreciação do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, em obediência à Resolução nº 015/2007-PGJ/MP/MS, ressaltando o direito de proceder a novas pesquisas, caso de outras provas tiver notícias, bem como de ajuizar a ação cabível, caso necessário. (...)*

*Campo Grande, 14 de outubro de 2015*

*Fernando Martins Zaupa*

*Promotor de Justiça”*

Conforme se pode inferir sem dificuldade, os aludidos procedimentos administrativos não trazem nenhum amparo à pretensão mandamental dos candidatos impetrantes.

A seu turno, a ausência de prova de preterição dos impetrantes não permite que se conceda a segurança com amparo no art. 37, II e IV, da Constituição Federal e da Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal, como ele quer.

Conclusão.

Ante o exposto, com o parecer, rejeitada a preliminar de inadequação da via eleita, denego a segurança, por ausência de direito líquido e certo dos impetrantes a ser protegido pela presente via mandamental.

Custas pelos impetrantes. Sem honorários advocatícios.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ana Claudia Ludiv de Souza Azevedo e Outros contra suposto ato coator praticado pelo Presidente do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul.

Alegam, em síntese, que foram aprovados em concurso público para provimento ao cargo de auditor estadual de controle externo do Quadro de Pessoal do TCE-MS, obtendo na ordem de classificação, respectivamente, as posições não sucessivas de nº 116 a 236 colocações.

Aduzem que, embora as aprovações tenham sido fora do número de vagas apresentadas no edital inicialmente, ocorreram preterições de contratações irregulares e precárias de cargos comissionados e estagiários exercendo as funções e atribuições próprias do cargo de auditor estadual de controle externo, ou seja, foram praticados atos de preterições, violando o direito dos impetrantes durante a validade do certame.

Peço vênia para discordar do E. Relator com relação ao mérito que decidiu pela denegação da segurança.

A questão *sub judice* não é novidade neste Órgão, considerando que outros *mandamus* já foram decididos (autos nº 1410584-15.2015.8.12.0000 e 1407000-37.2015.8.12.0000), tendo sido concedida a segurança por restar demonstrada a violação do direito líquido e certo dos impetrantes aprovados no concurso público para o cargo de Auditor de Controle externo no Tribunal de Contas deste Estado e não foram nomeados, apesar de ter havido diversas contratações de terceirizados para exercerem a função específica de auditor.

No caso em análise, resta-nos saber se no caso houve ou não preterição na contratação precária de servidores para exercerem o cargo de Auditor de Controle Externo conforme afirmam os impetrantes, a fim de configurar o direito líquido e certo de serem nomeados.

Assim, em que pese a singularidade da situação, vê-se que o Tribunal de Contas manifestou no edital do concurso a necessidade de preenchimento de 30 (trinta) vagas para o cargo pleiteado pelos impetrantes, mas que até o momento já foram nomeados 106 candidatos aprovados no referido concurso, conforme se constata do Edital nº 006/2015 de 19/02/2016, publicado no site: <http://www.tce.ms.gov.br/portal/concursos>, em que a candidata Débora de Macedo Barbato, classificada na 106ª posição foi considerada apta para realizar as atividades laborais sem restrições, *in verbis*:

*“Edital nº 006/2015 – RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO MÉDICA O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais e considerando os termos contidos no Edital nº 01/2013 – TCE/MS, de 05 de junho de 2013, resolve: TORNAR PÚBLICO O Relatório de Avaliação Médica da candidata aprovada no Concurso Público de Provas e Títulos para provimento dos cargos de Auditor Estadual de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, como segue: A candidata DEBORA DE MACEDO BARBATO, inscrição nº 165228, 106ª classificada, compareceu a avaliação médica no dia 19 de fevereiro de 2016, apresentou a documentação solicitada no Edital Nº 05/2015, anexo II e foi considerada APTA a realizar suas atividades laborais sem restrições. Registre-se Publique-se Campo Grande/MS, 19 de fevereiro de 2016.”*

É certo que o Tribunal de Contas não pode deixar de prover as vagas existentes com os candidatos remanescentes, pois caracterizada, de modo inequívoco, a necessidade da Administração, convolvendo-se a expectativa do impetrante em direito subjetivo à nomeação.

Como dito, é firme a jurisprudência do STF que para candidatos aprovados em concurso público vigente fora do número de vagas, a contratação de temporários para o exercício de atividade-fim de cargo efetivo, configura preterição, e, surge para o candidato direito à nomeação.

Destarte, a contratação temporária configuraria preterição na ordem de nomeação dos aprovados no certame, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando existisse a finalidade de preencher cargos efetivos vagos, o que ficou devidamente comprovado por meio dos documentos trazidos pelo impetrante.

Deve-se acrescentar que gera estranheza o fato de não ter sido prorrogado o concurso, pois se sabe que pelo princípio da economia processual, seria mais vantajoso à Administração Pública prorrogar o certame a fim de contratar os candidatos aprovados para as vagas que surgirem no referido lapso temporal, o que, aliás, teria inviabilizado a impetração de todos esses *mandamus*.

Até porque vários servidores estão aposentado ou em vias de aposentar-se, haja vista que o tribunal de contas ficou durante 30 anos sem realizar concurso, o que demonstra o surgimento de vários cargos vagos no curso de mais dois anos.

Verifica-se que outros inquéritos civis foram instaurados depois da impetração do *mandamus*, respectivamente, em 10 de março de 2016, que por ser público pode ser objeto para a fundamentação do meu entendimento.

No sítio da internet do Ministério Público Estadual verifica-se que foram instaurados três novos Inquéritos Cíveis.

“Número do MP: 06.2016.00000383-7 – IC – Inquérito Civil

Situação:	Em andamento
Data da instauração:	10/03/2016 às 13:39
Objeto:	Apurar eventual excesso de servidores comissionados no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.
Município do fato:	Campo Grande - MS

Número do MP: 06.2016.00000384-8 – IC – Inquérito Civil

Situação:	Em andamento
Data da instauração:	10/03/2016 às 14:13
Objeto:	Apurar eventuais contratações de funcionários terceirizados a desempenhar atividade-fim em detrimento de nomeação de servidores efetivos (concurados) no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.
Município do fato:	Campo Grande - MS

Número do MP: 06.2016.00000386-0 – IC – Inquérito Civil

Situação:	Em andamento
Data da instauração:	10/03/2016 às 14:27
Objeto:	Apurar eventual ocorrência de desvio de função por servidores comissionados e efetivos do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.
Município do fato:	Campo Grande - MS

Não há falar, portanto, que as irregularidades foram sanadas no referido Órgão de Contas, pois esses inquéritos são recentes, não se referindo aos anteriores que já foram arquivados.

Ademais, consoante os documentos de f. 2.939/2.960 demonstram a existência do inquérito civil nº 000758.2014.24.00/8 que tramita no Ministério Público do Trabalho continua em andamento, em razão de que houve o desarquivamento do feito em 30/04/2015, *in verbis*:

*“(...) Contudo, após notificação de arquivamento às partes, nova denúncia chegou ao Ministério Público informando que em diversas publicações no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas/MS constam contratações irregulares de terceiros para o exercício de atividades específicas de auditores estaduais de controle externo.*

*No mesmo documento, informaram que as atividades de auditores estariam sendo desenvolvidas por técnicos ou em conjunto com estes, ou em conjunto com outros profissionais não competentes, o que não pode prevalecer.*

*Na mesma denúncia houve menção de que:*

*1. é antiga a utilização de técnicos de controle externo, profissionais de nível médio, em inspeção às prefeituras do MS determinadas pelo TCE-MS.*

*2. é corrente e recorrente a designação de técnicos de controle externo (nível médio) como coordenadores de inspeções, colocando auditores estaduais de controle externo apenas como membros (nível superior), o que fere a lógica das atribuições funcionais inerentes à fiscalização onde profissional de nível escolar inferior comandariam os níveis acima.*

*3. existem designações em inspeções, apenas de técnicos de controle externo (nível médio) quando deveriam ser membros e obrigatoriamente coordenadores.*

*4. ocorrem designações em inspeções dos chamados assessores de inspetoria que não tem competência para trabalhar em inspeções e auditorias, uma vez que a função não é prevista na Lei Estadual.*

*Diante disso, entendeu este membro do Parquet haver indícios suficientes para a instauração de inquérito civil, determinando desde logo, o desarquivamento da notícia de fato e a convalidação em Inquérito Civil. (2.944).”*

No citado procedimento consignou-se Relatório de Análise Documental que concluiu:

*“Da análise dos novos documentos juntados, conclui-se que as irregularidades perpetradas pelo Tribunal de Contas são realizadas em caráter permanente e não eventual. Restou demonstrada a usurpação de atividade destinadas exclusivamente aos Auditores, de pelo menos 106 (cento e seis) pessoas, dentre funcionários terceirizados, servidores comissionados, servidores efetivos ocupantes de cargo de nível médio e fundamental, bem*

*como estagiários, em total afronta às normas legais e constitucionais. Sem embargos de entendimentos diversos, remeto a presente análise para apreciação superior.” (f. 2.942).*

Ainda constou no despacho de f. 2.960:

*“1. Desmembramento do presente inquérito, de modo a mantê-lo exclusivamente quanto ao objeto “terceirização ilícita de atividades finalísticas;”*

*a. À Assessoria para que desentranhe as peças pertinentes aos seguintes objetos: a.1) desvirtuamento do contrato de estágio; a.2) prática de assédio moral;*

*b. Cumprido o subitem acima, à CODIN para que autue duas novas notícias de fato com os objetos acima referidos.*

*2. Oficiar ao MPE encaminhando as peças do presente Inquérito Civil, devendo ser destacado no ofício de encaminhamento a necessidade de manutenção do sigilo para proteção da identidade dos denunciante e depoentes;*

*3. Cumpridas as determinações acima, me venham os autos conclusos.*

*Campo Grande, 22 de junho de 2015. Paulo Douglas Almeida de Moraes – Procurador do Trabalho “*

Assim, resta evidente a ocorrência de indícios que evidenciam a contratação irregular de terceirizados em preterição dos candidatos aprovados no concurso, o que fere o direito líquido e certo do concorrente, além de violar os princípios da legalidade e moralidade administrativa, insculpidos no art. 37 da CF.

Sobre o princípio da moralidade convém citar que o controle da moralidade pode ter fundamento autônomo para invalidação de ato administrativo. Oportuno o comentário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>2</sup>:

*“A autonomia deste princípio, já de há muito defendida entre nós por Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior, foi inquestionavelmente reforçada pela explicitação conferida pela nova ordem constitucional, no Capítulo reservado à Administração Pública (art. 37, caput), afirmando a moralidade como um aspecto específico e singular do princípio da licitude. (...) Para bem compreender o correto alcance dessa regra moral na Administração Pública, é preciso considerar que o dever cometido a seus agentes não é apenas o da mera gestão dos interesses públicos a eles confiados, mas, além dele, há, como se afirmou, o de bem administrá-los. Assim, enquanto a observância da moral comum é suficiente para qualquer administrador privado, o administrador público se sujeita, por acréscimo, a outras regras, estejam elas escritas ou não, que dele exigem fidelidade ao fim institucional de cada ato praticado na gestão da coisa pública – o que vem a ser a moral administrativa.”*

Diante dessa assertiva doutrinária o princípio da moralidade visa conter regras de conduta para preservação da boa administração, regulando as disciplinas para o bom aperfeiçoamento dos atos administrativos que os integram.

Portanto, através do princípio da moralidade o agente público deve ter como finalidade o interesse da instituição pública e o bem comum, devendo atuar com honestidade, lealdade, boa fé, respeito aos bons costumes e princípios éticos.

<sup>2</sup> Curso de Direito Administrativo. Parte Introdutória – Parte Geral – Parte Especial, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 160-161.

Quanto a tese defendida pelos impetrantes acerca do entendimento de que possuem direito líquido e certo de serem nomeados quando surgirem novas vagas durante a validade do certame ou houver a preterição na nomeação dos candidatos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOVAS VAGAS CRIADAS POR LEI NA VIGÊNCIA DE CONCURSO VÁLIDO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF.*

*1. A preterição do candidato em concurso público, quando aferida pelas instâncias ordinárias, não pode ser revista pela E. Suprema Corte, em face da incidência da Súmula 279/STF que dispõe, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.*

*2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.*

*3. A jurisprudência do STF já firmou entendimento no sentido de que tem direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro das vagas previstas no edital do concurso público a que se submeteu. Nestes casos, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionalíssimas plenamente justificadas. Contudo, a criação de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, salvo se comprovados arbítrios ou preterições.*

*4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PRETENSÃO DE PERMANÊNCIA NO CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL - NOMEAÇÃO FUNDADA EM RECLASSIFICAÇÃO DECORRENTE DE ORDEM JUDICIAL REFORMADA E TRANSITADA EM JULGADO - RETORNO À COLOCAÇÃO DE ORIGEM - CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO CERTAME - EXONERAÇÃO - POSSIBILIDADE - AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA CRIAÇÃO DE NOVOS CARGOS - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS EM NÚMERO INSUFICIENTE PARA ALCANÇAR A COLOCAÇÃO DO INTERESSADO - OBEDIÊNCIA À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO - PRETERIÇÃO - INOCORRÊNCIA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 5. Agravo regimental DESPROVIDO.” (AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 757.978 MINAS GERAIS RELATOR : MIN. LUIZ FUX, julgamento 25.2.2014) (grifei)*

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. CARGOS OCUPADOS POR SERVIDORES DIVERSOS, PERTENCENTES AO QUADRO FUNCIONAL DA CORTE ESTADUAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO AUTOR À NOMEAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a aprovação em concurso fora no número de vagas, como também a criação/surgimento de outras novas durante a validade do concurso, geram apenas expectativa de direito à nomeação, por estarem compreendidas na esfera do juízo de conveniência e oportunidade da Administração.*

2. *Todavia, consolidou este Superior Tribunal de Justiça, em sintonia com a Suprema Corte, o entendimento de que a contratação precária de servidores pela Administração, para realização das mesmas tarefas previstas no concurso, na vigência do certame, demonstra a existência de cargos vagos, bem como a conveniência e a oportunidade de seus provimentos, o que converte a expectativa em direito subjetivo.*

3. *No caso dos autos o impetrante foi aprovado para o cargo de Escrivão, fora do número de vagas previsto no edital, em regular concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, restando incontroverso o surgimento de novas vagas para o referido cargo, no período de vigência do certame, as quais foram ocupadas, em caráter precário, por servidores designados do quadro funcional do Poder Judiciário Estadual.*

4. *Incide, na espécie, o entendimento assentado nesta Quinta Turma no julgamento do RMS 31.847/RS que trata do mesmo certame no sentido de ser inegável que a designação, pela Corte Estadual, de servidores públicos de seus quadros, ocupantes de cargos diversos, para exercer a mesma função de candidatos aprovados em certame dentro do prazo de validade, transforma a mera expectativa de direito do autor em direito líquido e certo, diante da flagrante preterição na ordem de classificação dos candidatos aprovados em concurso público.*

5. *Não tem aplicação ao feito em exame a decisão do Conselho Nacional de Justiça exarada em 2008 mencionada nas razões do regimental como fundamento para a denegação da segurança pois o Recurso Extraordinário n. 598.099, precedente utilizado no referido RMS 31.847/RS, foi julgado pela Suprema Corte em 10/08/2011, sob o rito da repercussão geral, sobrepondo-se, portanto, ao ato administrativo referido pelo ora agravante.*

7. *Agravo regimental improvido, com a manutenção integral da decisão singular, determinando-se a imediata nomeação do autor no cargo de escrivão.” (AgRg no AgRg no RMS 29.276/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015).”*

Dessa forma, por coerência do meu posicionamento, como bem acompanhei o voto do Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, em caso análogo, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1410584-15.2015.8.12.0000, do qual colaciono parte de seus fundamentos jurídicos externados:

*“A análise da moral, enquanto princípio administrativo, na hipótese sub judice, está intimamente ligada aos valores que emanam da própria positividade de determinadas posturas a serem seguidas pela Administração Pública, que devem ser observados e assegurados até como forma de prestigiar a segurança jurídica. É imoral o proceder da Administração Pública de realizar diversas contratações precárias quando há vários candidatos aprovados em concurso público, que ainda se encontra dentro do prazo de validade, em plenas condições de serem nomeados para suprir a inegável falta de pessoal pelo Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul. Trata-se a moralidade de princípio fundamental da Administração Pública, configurando-se inválido o ato administrativo praticado sem sua observância, o que deve ser reconhecido até como meio de resguardar a imprescindível observância da probidade administrativa. Outro importante ponto deve ser destacado. O edital do certame disponibilizou 30 (trinta) vagas para o cargo de auditor de controle externo, sendo imperioso registrar que os 06 (seis) impetrantes foram aprovados e classificados, respectivamente, em 99º, 106º, 111º, 114º, 214º e 231º, ou seja, em quantitativo superior ao número de vagas previsto no instrumento convocatório. Convém igualmente registrar que em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, verifica-se que até o presente momento houve a convocação dos candidatos classificados até a 56ª colocação. Na situação sub judice, é indiscutível que há necessidade*

*de admissão de pessoal, diante das contratações a título precário ora realizadas, sendo possível concluir; assim, que mesmo que o edital do concurso tenha disponibilizado o quantitativo inicial de 30 (trinta) vagas para o cargo de auditor de controle externo, certo é que novas vagas surgiram dentro do prazo de validade do concurso. As atribuições do cargo de auditor estadual de controle externo estão previstas na Lei Estadual nº 3.877, de 31 de março de 2010 (plano de cargos, carreira e remuneração do quadro de pessoal do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul), que, em seu art. 6º, inciso I, assim disciplina, in verbis:*

*“ Art. 6º Os cargos que compõem as carreiras tem por finalidade:*

*(...) I - Auditor Estadual de Controle Externo: as atividades operacionais privativas do Tribunal de Contas pertinentes, análise de contas e fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial; acompanhamento das receitas; análise dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; procedimentos licitatórios e contratos administrativos; acompanhamento de obras e serviços; realização de auditorias e inspeções e outras de natureza correlatas, necessárias ao controle externo, bem como outras atividades de planejamento, de controle, de gestão e de assessoramento; (redação dada pela Lei nº 4.223, de 11 de julho de 2012).*

*Vê-se que compete aos auditores de controle externo, precipuamente, desempenhar a atividade fim do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, a exemplo da análise e fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial, fiscalização de contas, licitações e contratos administrativos, bem como o acompanhamento de obras e serviços públicos.*

*Do vasto acervo documental acostado aos autos, verifica-se que existem indícios suficientes para apontar que diversos servidores comissionados e até mesmo terceirizados vêm desempenhando funções que, em tese, deveriam ser reservadas apenas aos auditores de controle externo.”*

Com relação à disponibilidade orçamentárias para a nomeação dos candidatos aprovados no concurso está claramente demonstrada, haja vista que o valor pago aos terceirizados quando forem demitidos irá reverter ao pagamento da remuneração dos candidatos aprovados no concurso que preencherão os cargos que lhes são de direito.

Diante de tantos fatos trazidos nos autos, apresenta-se compreensível as indignações dos impetrantes, que ajuizam a presente ação pretendendo o afastamento da injustiça que se instalou na Corte de Contas Estadual com a contratação de terceirizados em detrimento dos candidatos aprovados no concursos.

A contratação de terceirizados fere ainda, o princípio da eficiência, pois deixa-se de contratar pessoas capacitadas que se submeteram a um processo seletivo para dar “lugar” a pessoas que não possuem a mesma qualificação e certamente não desempenharão a função com a mesma presteza e qualidade do serviço.

Por fim, esclareço que neste meu voto busquei apenas mostrar a existência de direito líquido e certo dos impetrantes, sem me adentrar às lições doutrinárias do que seriam os princípios aqui elencados, ou o objetivo do mandado de segurança, até porque as questões já foram exaustivamente explanadas no voto proferido, e por isso entendo desnecessária repeti-las.

Posto isso, peço vênias ao E. Relator para conceder a segurança aos impetrantes.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (4º Vogal)

Acompanho o relator.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (5º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (6º Vogal).

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (7º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (8º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (9º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (10º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (11º Vogal)

Acompanho o relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita, no mérito, por maioria, denegaram a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 15 de junho de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança nº 1401796-75.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – VIÚVA DE MAGISTRADO APOSENTADO – FALECIMENTO POSTERIOR À EC 41/2003 – DIREITO À PARIDADE APENAS QUANDO O FALECIDO SE ENQUADRAVA NA REGRA DE TRANSIÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO À INTEGRALIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.

A pensionista de magistrado falecido posteriormente à EC 41/2003 somente tem direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º) quando seu falecido esposo se enquadrava na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não tem, em qualquer caso, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, I).

### 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 e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 29 de junho de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

R. T. L. P., devidamente qualificada, impetra mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido, formulado em processo administrativo, de revisão de sua pensão mensal, a fim de que passe a ser paga com paridade e com base em proventos integrais, inclusive com efeitos retroativos à data do óbito de seu esposo.

Narra que: i) a aposentadoria de seu falecido esposo (juiz de entrância especial, Dr. A. P.) ocorreu em 19.9.1994 (isto é, mais de onze anos antes da EC 47/05, que, portanto, é inaplicável ao caso) quando os requisitos constitucionais (vide a redação originária do art. 93, VI da CF, que perdurou até 15.12.1998, quando entrou em vigor a EC 20/98, somente então passando a submeter a aposentadoria de magistrados e a pensão de seus dependentes ao art. 40 da CF) exigidos para o recebimento de proventos integrais e paritários eram apenas dois, quais sejam, trinta anos de serviço e cinco anos de exercício efetivo da judicatura; ii) os dois requisitos para o recebimento de proventos integrais foram preenchidos; iii) porém, o pedido administrativo foi-lhe negado, ao argumento de que não teria direito à integralidade e paridade da pensão porque seu esposo aposentou-se antes da EC 41/03, com proventos integrais e paridade, mas faleceu já sob a vigência da mencionada norma, de modo que para o atendimento do pleito seria necessária a observância da regra de transição do art. 3º de outra emenda, a EC 47/05, o que não ocorreu no caso porque o falecido esposo da impetrante não preenche os requisitos estabelecidos, eis que

possuía apenas 31 anos 7 meses e 4 dias de tempo total de serviço prestado, e 11 anos 10 meses e 15 dias de tempo de serviço público, sendo este o ato coator.

A impetrante alega que tem direito à pensão com proventos integrais e à paridade porque assim era o direito à aposentadoria de seu falecido esposo e porque assim lhe garantiu a Constituição Federal na redação originária de seu art. 40, §§ 4º e 5º.

Coleciona jurisprudência desta Corte Estadual favorável à sua tese.

Salienta que, nos termos do art. 3º da EC n. 41/03, ao benefício de aposentadoria ou pensão por morte de magistrado que à época da entrada em vigor da referida emenda tenha cumprido todos os requisitos para obtenção do benefício integral não se aplica a regra geral, segundo a qual o fato gerador do direito é a morte e a lei aplicável é aquela em vigor quando de sua ocorrência (Súmula 340 do STJ).

Conclui que, tendo o esposo da impetrante se aposentado com proventos integrais e paridade em 19.4.1994, isto é, antes das EC 47/05, 43/01 e 20/98, também a impetrante adquiriu, no mesmo momento, direito à pensão por morte com proventos integrais e paridade (sendo absolutamente inaplicável a regra do art. 3º da EC 47/05, adotada como fundamento pela autoridade impetrada, e que só posteriormente entrou em vigência) – daí a injuridicidade do ato coator que deixou de reconhecer tal direito.

Requer a concessão da segurança para, proclamada a desvalia jurídica do ato coator, determinar à autoridade impetrada o pagamento de pensão por morte baseada em proventos integrais e em paridade com os ativos à impetrante.

A autoridade impetrada presta informações, sustentando que a impetrante não possui direito líquido e certo à percepção de sua pensão por morte com paridade aos magistrados da ativa e, tampouco, integralidade.

O Estado de Mato Grosso do Sul manifesta-se postulando a denegação da segurança, por ausência de direito líquido e certo e por inexistência de ato ilegal.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da segurança, na medida em que, consoante posicionamento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, este último em sede de repercussão geral, devem ser aplicadas à pensão por morte concedida para a Impetrante as regras taxativamente previstas pelas Emendas Constitucionais n. 41/2003 e 47/2005, as quais, *in casu*, não permitem a incidência dos institutos da integralidade e paridade ao benefício previdenciário percebido pela impetrante.

## **VOTO (EM 04.05.2016)**

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

R. T. L. P. impetra mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido, formulado em processo administrativo, de revisão de sua pensão mensal, a fim de que passe a ser paga com paridade e com base em proventos integrais, inclusive com efeitos retroativos à data do óbito de seu esposo.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a instituição de regime previdenciário rege-se pela máxima *tempus regit actum*, de sorte que deve ser aplicada à pensão por morte a legislação vigente ao tempo em que ocorreu o fato ensejador de sua concessão. O fato gerador da pensão é o falecimento

do servidor. Logo, o regime jurídico aplicável ao pensionamento é aquele que se encontrava em vigor na data do óbito. Confira-se:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. FISCAIS DE RENDA. PENSÃO POR MORTE. 1) A pensão por morte rege-se pela legislação em vigor na data do falecimento do segurado. Princípio da lei do tempo rege o ato (tempus regit actum). Precedentes. 2) Impossibilidade de análise de legislação local (Lei Complementar estadual n. 69/1990 e Lei estadual n. 3.189/1999). Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, ARE 763761 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, Acórdão Eletrônico, DJe-242 Divulg 09-12-2013 Public 10-12-2013. Destaquei.)”*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REGÊNCIA. LEGISLAÇÃO VIGENTE À DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. PRECEDENTES. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. LIMITE DE IDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. 1. A pensão por morte rege-se pela legislação em vigor na data do óbito do instituidor do benefício. Precedentes: ARE 749558-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 13/10/2014, e ARE 774.760-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 11/3/2014. 2. A pensão por morte, quando sub judice a controvérsia sobre a sua prorrogação em face do limite de idade, demanda a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Precedentes: ARE 740.855-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25/11/2013, e ARE 667.498-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 27/8/2013. 3. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional local, torna inadmissível o recurso extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO DE AGRAVO CONTRA TERMINATIVA EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO – APLICAÇÃO DA LEI Nº 7.551/77 – MANUTENÇÃO DA PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ATÉ 25 ANOS – TEMPUS REGIT ACTUM – SÚMULA 340 STJ – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.” 5. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF, ARE 833446 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, Processo eletrônico DJe-224 Divulg 13-11-2014 Public 14-11-2014. Destaquei.)”*

O Superior Tribunal de Justiça também adota o posicionamento, já sumulado, de que as normas regulamentadoras da pensão por morte são aquelas vigentes na época do falecimento do servidor, a saber:

*“Súmula 340. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.”*

Na espécie, consta nos autos que a aposentadoria do falecido esposo da impetrante, o juiz de entrância especial Dr. A. P., ocorreu em 19.9.1994, ao passo que o óbito deu-se posteriormente, aos 29.5.2015 (f. 14).

Por conseguinte, o direito da viúva à pensão por morte surgiu apenas no dia 29 de maio de 2015, e não na data de aposentadoria do magistrado, como ela dá a entender.

Ocorre que a autoridade impetrada deferiu-lhe a pensão por morte sem paridade e sem integralidade, e a viúva, inconformada, pretende receber o benefício previdenciário com paridade aos servidores da ativa e com integralidade.

A respeito da integralidade e da paridade na pensão por morte, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603580/RJ, proferiu a seguinte decisão em regime de repercussão geral:

*“O Tribunal, apreciando o tema 396 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto ora reajustado do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), fixando-se a tese nos seguintes termos: “Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC nº 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC nº 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC nº 47/2005. Não têm, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, inciso I).” Ausentes, neste julgamento, os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.05.2015.”*

No julgamento do RE 603580/RJ, o Min. Luiz Roberto Barroso explicou, acerca da extinção dos direitos à integralidade e à paridade, que:

*“II. A EXTINÇÃO DOS DIREITOS À INTEGRALIDADE E À PARIDADE PELA EC Nº 41/2003*

*11. De fato, o direito à integralidade, na redação anterior à EC 41/2003, encontrava-se contemplado no art. 40, §7º, CF, que estipulava que a pensão por morte seria igual ao valor dos proventos do servidor falecido.*

*12. O direito à paridade, por sua vez, encontrava-se previsto na redação do art. 40, § 8º, CF, segundo a qual as pensões seriam revistas na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.*

*13. A EC 41/2003 alterou a redação dos referidos dispositivos. No que respeita ao valor das pensões, previu que estas corresponderiam ao montante dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS), acrescido de 70% da importância excedente deste limite.[1] A nova regra adere à tendência de conceder pensão menor do que a remuneração percebida pelo falecido, ao fundamento de que as necessidades de manutenção da família diminuem com o falecimento de um membro.*

*14. No que respeita ao critério de reajuste das pensões, a EC nº 41/2003 previu que este deveria preservar, em caráter permanente, o seu valor real, conforme critérios estabelecidos em lei, afastando a revisão na mesma data e sem distinção de índices no que respeita aos servidores em atividade, que vigorara até então.*

*15. Confirma-se a nova redação dos dispositivos:*

*“Art. 40.*

*[...].*

*§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:*

*I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou*

*II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.*

*§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.”*

*16. Diante da modificação do texto constitucional, surgiram alguns cenários transitórios que receberam tratamento diferenciado.*

### *III. A REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NOS ARTS. 3º E 7º DA EC Nº 41/2003*

*17. Os arts. 3º e 7º da EC 41/2003 preservaram o direito à integralidade e à paridade daqueles que já se encontravam fruindo dos benefícios previdenciários, bem como daqueles que já haviam cumprido todos os requisitos para tanto na data da publicação da referida emenda (31/12/2003), resguardando, portanto, eventuais direitos já adquiridos. Confira-se o teor de tais dispositivos:*

*“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.*

*(...)*

*Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.” (Grifou-se)*

*18. Entretanto, o instituidor da pensão, no caso em exame, faleceu no ano de 2004, de modo que os recorridos passaram a fazer jus ao benefício da pensão por morte após a publicação da EC 41/2003. Assim, assiste razão aos recorrentes quando afirmam que o caso dos autos não se subsume às hipóteses dos arts. 3º e 7º da EC 41/2003.*

### *IV. A REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ART. 3º DA EC Nº 47/2005*

*19. Ocorre, todavia, que a EC nº 47/2005 alterou mais uma vez as normas que regem a previdência e trouxe nova regra de transição sobre a matéria, prevendo, no que interessa ao caso em exame, que a paridade subsistirá, ainda que o falecimento do instituidor da pensão se dê após o marco temporal de 31.12.2003, desde que sejam preenchidos pelo servidor os requisitos de: i) 35 anos de contribuição, ii) 25 anos de efetivo exercício no serviço público, iii) 15 anos de carreira e iv) 5 anos no cargo em que se deu a aposentadoria. De fato, o art. 3º da EC 47/2005 dispôs:*

*“Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito*

*Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:*

*I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;*

*III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.*

*Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.” (Grifou-se)*

*20. O art. 6º da EC 47/2005, por sua vez, conferiu à nova norma de transição efeitos retroativos à data da vigência da EC 41/2003. Veja-se:*

*“Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.” (Grifou-se)*

*21. Assim, de acordo com o parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, as pensões derivadas de aposentadorias que tenham atendido aos requisitos elencados no caput do mesmo artigo obedecem ao critério de revisão previsto no art. 7º da EC 41/2003. O art. 7º, por sua vez, trata exatamente da concessão de revisão para inativos e pensionistas com paridade de critérios no que respeita aos servidores em atividade.*

*22. Nesse sentido, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, em seu Manual de Direito Previdenciário, esclarecem:*

*“Ainda quanto à sistemática de revisão da pensão por morte há uma importante exceção prevista na Emenda Constitucional n. 47, de 2005, na hipótese das pensões decorrentes das aposentadorias integrais e com direito a paridade com base na regra de transição criada pelo art. 3º dessa Emenda, aplicável aos servidores que ingressaram no serviço público até a EC nº 20/98.*

*Nessa situação, será adotado o critério de paridade às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o mencionado artigo.” (fls. 870, grifou-se)*

*23. É relevante notar que o servidor instituidor da pensão, no presente caso, ingressou no serviço público (e se aposentou) anteriormente à EC 20/1998. O servidor atendeu, ainda, aos requisitos do art. 3º da EC 47/2005 (fl. 101), nos termos do disposto no art. 4º da EC 20/1998, segundo o qual: o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.*

*24. Assim, os recorridos têm efetivamente direito à paridade de critérios de reajuste com os servidores em atividade que ocupam o mesmo cargo em que se aposentou o servidor falecido, porque o caso se enquadra na nova regra de transição estipulada pelo art. 3º, par. único, EC nº 47/2005, à qual foram conferidos efeitos retroativos à data de vigência da EC nº 41/2003.*

25. *É importante notar, contudo, que a EC 47/2005 estendeu aos pensionistas apenas o direito à paridade. Não lhes concedeu o direito à integralidade. Previu que os pensionistas na situação dos recorridos teriam direito à revisão do valor de sua pensão nos termos do art. 7º da EC nº 41/2003. Mas não estabeleceu que perceberiam o mesmo valor dos proventos percebidos pelo servidor falecido.*

26. *Portanto, está correto o acórdão recorrido no que respeita ao direito dos recorridos à paridade. Merece reparo, contudo, na parte em que também lhes atribui direito à integralidade, ao qual não fazem jus, por não ter sido tal benefício contemplado pelo art. 3º, par. único, da EC nº 47/2005.”*

Fica evidenciado, desse modo, que, para o Supremo Tribunal Federal, o beneficiário da pensão por morte de servidor falecido após a publicação da EC 41/2003 tem direito à paridade de critérios de reajuste com os servidores em atividade que ocupam o mesmo cargo em que se aposentou o servidor falecido, quando o caso deste o caso se enquadra na nova regra de transição estipulada pelo art. 3º, parágrafo único, da EC n. 47/2005, à qual foram conferidos efeitos retroativos à data de vigência da EC n. 41/2003.

A referida tese já foi aplicada, posteriormente, pela Corte Suprema, no STA 775 AgR, a saber:

*“SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO QUE GARANTIU À PENSIONISTA O RESTABELECIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PENSÃO POR MORTE DE CÔNJUGE MAGISTRADO APOSENTADO. OBSERVÂNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS NÃO EVIDENCIADA. PERIGO DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não tem, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, I). II – Não há falar em inobservância ao teto salarial constitucional, visto que os documentos acostados demonstram que a agravada recebe pensão abaixo do limitador legal, aplicando-se ao caso a decisão proferida na ADI 3.854, que estabeleceu teto salarial único para a magistratura em âmbito nacional. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, STA 775 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2015, Processo eletrônico DJe-028 Divulg 15-02-2016 Public 16-02-2016)”*

No caso em análise, o esposo da impetrante veio a óbito posteriormente à EC 41/2003, razão pela qual fica descartada, de pronto, a pretensão à integralidade, pois contraria o entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral.

No tocante ao direito à paridade, é preciso aferir se o falecido estaria enquadrado na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005, a qual preceitua, *in verbis*:

*“Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:*

*I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;*

*III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.*

*Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.”*

*In casu*, conforme certificado pela Secretaria do Conselho Superior da Magistratura (f. 62), o falecido possuía apenas 31 anos 7 meses e 4 dias de tempo total de serviço prestado, e 11 anos 10 meses e 15 dias de tempo de serviço público, motivo pelo qual “o Dr. Ademar Pereira não preenche os requisitos do art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005” para usufruir o direito de paridade.

Depreende-se, portanto, não haver respaldo à pretensão mandamental, já que se aplicam para a impetrante as regras taxativamente previstas pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005, que obstam o reconhecimento do direito à integralidade e à paridade da pensão por morte atualmente percebida pela impetrante.

Assim, a impetrante carece de direito líquido e certo a ser protegido neste mandado de segurança.

Pelas razões expostas, com o parecer, denego a segurança.

Custas pela impetrante.

Sem honorários de advogado.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por R. T. L. P. contra ato perpetrado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou à impetrante o pedido de revisão de sua pensão mensal para que passe a receber com base em proventos integrais, inclusive com efeitos retroativos à data do óbito de seu cônjuge, A. P., magistrado de Entrância Especial.

Conforme se constata da inicial a impetrante argumenta que tem direito ao recebimento da pensão por morte de seu cônjuge em proventos integrais, visto que a aposentadoria de seu falecido esposo ocorreu em 19.04.1994, antes das Emendas Constitucionais nº 41/03 e 20/98. Assim a pensão mensal deve ser em proventos integrais e à paridade não está submetida ao art. 3º da EC 47/2005, por ter o aposentado preenchido todos os requisitos exigidos na normatização da época.

No caso, o E. Relator, Des. Wladimir Abreu da Silva externou os fundamentos do seu voto pela inexistência do direito adquirido da impetrante, sob o fundamento de que o direito da pensionista de magistrado falecido posteriormente à EC 41/2003 somente tem direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º) quando seu falecido esposo se enquadrava na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005, não tendo, assim, em qualquer caso, direito à integralidade (CF, art. 40 §7º,I).

Em que pesem os judiciosos fundamentos externados pelo E. Relator me posiciono para divergir, visto que no caso há peculiaridade do instituto do direito adquirido como regra de exceção exposta plenamente no artigo 3º da EC 41/2003, que deve ser observada.

Assim passo a expor meu posicionamento defendendo a tese pela concessão da segurança.

Como cediço, a aposentadoria do servidor público passou por grandes modificações desde a promulgação da Constituição Federal em 1988.

As Emendas Constitucionais nº 20, de 16/12/98, nº 41, de 31/12/2003 e nº 47, de 05/07/2005 alterou substancialmente as regras expressas no art. 40 da Carta Magna.

A Emenda Constitucional nº 41/03 introduziu quatro regimes normativos de aposentação, o regime geral de aposentadoria e três regimes estabelecendo regras de transição.

A regra geral de aposentadoria está prevista no art. 40 da CF, *in verbis*:

*“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”*

Enquanto que as regras de transição são as positivadas nos arts. 2º, 3º e 6º da EC nº 41/03:

*(...)*

*Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:*

*(...)*

*Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.*

*(...)*

*§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.*

*Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à*

*totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:*

*I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;*

*II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e*

*IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.”*

Portanto, de acordo com a nova sistemática, a EC nº 41 de 19 de dezembro de 2003, que retirou a paridade entre os servidores ativos e aposentados no tocante aos benefícios, instituindo nova regra de cálculo dos proventos, definida pela Lei nº 10.887/2004, levando em consideração as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor no Regime Próprio de Previdência Social e no Regime Geral de Previdência Social com a criação de novas regras de transição, também assegurou o instituto constitucional do direito adquirido ao regime jurídico anterior nos termos do art. 3º transcrito acima, tratando-se de exceção à regra, atendendo também à garantia constitucional emanada no artigo 5º, inciso XXXVI: “*Art. 5º- (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*”

Desse modo, a estrutura do sistema da seguridade social delineada pela Constituição Federal tem como ponto fundamental o respeito ao direito adquirido em que os efeitos de sistematização das regras de aposentadoria existem em dois grupos:

1- os servidores aposentados antes da EC 41/2003 consoante os artigos 3º e 7º da citada emenda;

2- os servidores aposentados após a edição da referida norma que subdividem de acordo com a data de ingresso do servidor no serviço público.

Ora, a Carta Política de 1988 no art. 1º, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Prevê, ainda, o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como já citado.

Tais fundamentos possuem a solidez pelo reconhecimento e garantias constitucionais, visto que uma sociedade política e juridicamente organizadas reclama grau de segurança e estabilidade nas relações jurídicas e sociais.

Sobre os princípios que norteiam as situações de aposentação também estão enquadrados os da igualdade e da legalidade por estar em consonância com a norma estatuída no art. 3º da citada emenda, em razão de conter explicitamente o respeito ao direito adquirido nas situações de cumprimento de todos os requisitos para obtenção dos benefícios.

Nesse norte, convém apresentar uma breve noção citada pelo doutrinador Sérgio Pinto Martins na obra intitulada Direito da Seguridade Social:

*“Direito adquirido é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou todas as condições para esse fim, podendo exercê-lo a qualquer momento. O direito adquirido integra o patrimônio jurídico e não o econômico da pessoa. Esta não conta com algo concreto, como um valor a mais em sua conta bancária. O direito já é da pessoa, em razão de que cumpriu todos os requisitos para adquiri-lo, por isso faz parte do seu patrimônio jurídico, ainda que não integre o seu patrimônio econômico, como na hipótese de a aposentadoria não ter sido requerida, apesar de a pessoa já ter implementado todas as condições para esse fim. (...) o que se pretende proteger no direito adquirido não é o passado, mas o futuro, de continuar a ser respeitada aquela situação já incorporada ao patrimônio jurídico da pessoa. No direito adquirido, a nova norma deve respeitar a situação anterior, já definitivamente constituída, afastando para esse caso a aplicação da lei nova.<sup>1</sup> (grifo nosso).”*

Ressalvo, que o direito adquirido no sistema previdenciário é de suma importância, por estatuir o regime das aposentadorias em que, com o surgimento das várias regras na história política do direito da seguridade social, o indivíduo não pode ficar à mercê de constantes prejuízos por proposições enunciadas pelo legislador.

Por tais razões, a interpretação mais correta e condizente do texto legal é a aplicação da norma mais favorável ao segurado e seus dependentes, seguindo também o princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com as regras e instituições que estabelecem um sistema de proteção social contra contingências que inibem os indivíduos de prover suas necessidades básicas e de suas famílias.

Dessarte, o que interessa na questão posta pela impetrante é que o magistrado, A. P. adquiriu seu direito à aposentação, conforme se constata do ato administrativo quando ele já havia completado 31 anos, 7 meses e 4 dias de tempo total de serviço prestado, e 11 anos, 10 meses e 15 dias de tempo de serviço público, sendo que tal lapso temporal ocorrido antes da modificação do preceito constitucional, ou seja, a legislação em vigor da época do ato de aposentação previa como requisito legal o tempo trabalhado de, no mínimo, 30 anos de serviço (art. 93, inciso VI da Constituição Federal), que preceituava:

*“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)*

*VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura;”*

Assim, o ato coator merece correção, eis que o direito da impetrante à pensão mensal por óbito de seu cônjuge deve ser com proventos integrais e à paridade não estando sujeita ao dispositivo legal do art. 3º da EC 47/2005, nem às anteriores modificações previdenciárias, pois como já esclarecido e comprovado nos autos o *de cujus* já havia aposentado com todos os requisitos legais praticados na época do ato administrativo.

Verifica-se na certidão expedida pela Secretaria do Conselho Superior da Magistratura que o Juiz de Entrância Especial (f. 23):

*“Informamos que o Dr. Ademar Pereira foi aprovado em concurso de provas e títulos, e nomeado para o cargo de Juiz Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme Decreto Governamental de 25/5/1982, publicado no Diário Oficial nº 839 de 26/5/1982. Aposentou-se voluntariamente em 19/4/1994, no cargo de Juiz de Direito da Comarca de Dourados - Entrância Especial, por tempo de serviço, com proventos*

<sup>1</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 31ª edição, Editora Atlas: 2011. p. 49-50.

*integrais, nos termos do artigo 238, segunda parte, do CODJ/MS: c/c os artigos 93, VI e 202, parágrafo 2º da Constituição Federal, atendendo decisão do egrégio Tribunal Pleno, em sessão ordinária realizada 7/4/94. Concedido conforme Portaria 79/94, publicada no Diário da Justiça 3770 de 19/4/1994”. (grifo nosso)*

Esclareço, ainda, que os requisitos para concessão do benefício de pensão por morte estão elencados no art. 248 da Lei Estadual nº 1.511/94, *in verbis*:

*“Art. 248. Falecendo o magistrado, ao cônjuge supérstite, com quem estava convivendo, ao companheiro ou companheira, com quem tenha convivido em união estável durante os últimos cinco anos, desde que devidamente declarado como seu dependente perante o Tribunal de Justiça, e aos filhos dependentes, será assegurada uma pensão igual ao subsídio ou proventos que ele percebia, sem prejuízo de outros a que tenha direito.”*

Desse modo, há de ser ressaltado que a intenção do legislador é de assegurar o direito adquirido também aos dependentes e beneficiários, a exemplo da pensão por morte.

Ora, a segurança jurídica e a boa-fé objetiva devem ser aplicadas como preceitos com a finalidade de não haver diminuição ou supressão de direitos previdenciários com as reformas constitucionais.

Seguindo tais preceitos, o legislador abriu exceção ao estabelecer no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 41/2003 a proteção do direito adquirido para os servidores e seus dependentes para aqueles que já atendiam os requisitos ao benefício à época, que é o caso dos autos, em que o falecido esposo da impetrante já tinha atingido todos os requisitos legais para aposentação.

Dessa forma, o valor da pensão por morte deve ser o mesmo valor do subsídio ou proventos do servidor falecido, não podendo haver restrição e nem diminuição.

Oportuno colacionar precedentes do Supremo Tribunal Federal que já sedimentou o entendimento do direito à integralidade da pensão aos pensionistas de servidor falecido, mesmo posteriormente à EC 41/03, se este já havia completado as condições exigíveis para aposentar antes da edição da referida emenda:

*“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Prequestionamento. Ausência. Servidor público. Pensão. Artigo 40, § 7º, da Constituição Federal. Autoaplicabilidade. Fundamento suficiente não impugnado pelo recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 283/STF. Precedentes.*

*1. Não se admite o recurso extraordinário se os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.*

*2. O Tribunal de origem adotou fundamento suficiente para a manutenção do acórdão recorrido, o qual não foi impugnado pelo recurso extraordinário. Incide a orientação da Súmula nº 283/STF.*

*3. O art. 40, § 5º (atual § 7º), da Constituição Federal é norma autoaplicável, garantindo aos pensionistas o direito ao benefício da pensão correspondente à integralidade do vencimento que o ex-servidor perceberia se vivo estivesse, orientação que se aplica, inclusive, aos benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.*

*4. Agravo regimental não provido. (ARE 898230 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, Processo eletrônico DJe-043 Divulg 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016).”*

*“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA – GDASS. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO RECEBIDA NO VALOR EQUIVALENTE A 80 PONTOS, MESMO APÓS O ESTABELECIMENTO DOS CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE AD AETERNUM DO BENEFÍCIO. ALEGAÇÃO DE POSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DE AFERIÇÃO DE ALEGAÇÃO HIPOTÉTICA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O recurso extraordinário não pode ter por objeto eventual futura ofensa à Constituição Federal. Precedentes: AI nº 794.817/ED, relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 25.03.2011; AI nº 794.347-AgR, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 03.08.2011; AI nº 795.707-AgR-ED, da relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 30.06.2011; RE nº 631.295, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24.10.2011; ARE nº 683.018, da Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, DJe de 11.06.2012. 2. In casu, o acórdão recorrido fundamentou: “No tocante ao preceito constitucional que assegura o direito à paridade adoto a fundamentação utilizada pela Juíza federal Ana Beatriz Vieira da Luz Palumbo no acórdão proferido nos autos 200770590024902 em sessão de 14/11/2008: ‘Em relação ao direito à paridade entre os servidores públicos ativos e inativos, o art. 40, § 4º, da Constituição Federal, originariamente, estabelecia que: § 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidas aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei. Não obstante a alteração dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, a norma prevista no § 4º, do art. 40, da Constituição, permaneceu existindo, consoante se verifica no § 8º, do artigo 40: § 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. Com o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, de 31/12/2003, o § 8º do artigo 40 da Constituição Federal passou a garantir apenas o reajustamento dos benefícios com fins de preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. **Contudo, a referida alteração não significou em absoluto o fim da paridade entre ativos e inativos no serviço público, pois aos aposentados e pensionistas que já estivessem em fruição dos respectivos benefícios, ou que já tivessem direito adquirido a eles, na data da publicação da Emenda Constitucional nº 41, foi resguardada aquela garantia.**’ (...) (RE 664292 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, Processo eletrônico DJe-242 DIVULG 10-12-2012 Public 11-12-2012) (grifo nosso).”*

Nesse sentido, já tive a oportunidade de votar pela concessão da ordem no Mandado de Segurança nº 1405229-24.2015.8.12.0000, cuja relatoria designada coube ao Des. Romero Osme Dias Lopes:

*“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADAS – MÉRITO – PENSÃO POR MORTE – DIREITO A APOSENTADORIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003 – PROVENTOS INTEGRAIS DEVIDOS À PENSIONISTA – SEGURANÇA CONCEDIDA.*

*A pensionista do servidor falecido posteriormente à EC 41/03 têm direito à paridade com servidores em atividade, inclusive, com percebimento integral de vencimentos, se o*

*servidor público falecido reunia as condições exigíveis para aposentar-se antes da EC 41/2003. Reconhecimento do direito adquirido. Precedentes desta Corte.”*

Outras decisões dessa Corte:

*“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSIONISTA DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL APOSENTADA ANTES DA EC 41/2003 – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MS AFASTADA – MÉRITO – PENSÃO POR MORTE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS À APOSENTADORIA – OBSERVAÇÃO À LEGISLAÇÃO EM VIGOR À ÉPOCA DA APOSENTAÇÃO – CRITÉRIOS NÃO ATENDIDOS PELO ESTADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

*I - O Estado de Mato Grosso do Sul é detentor de legitimidade passiva para responder à lide que busca revisão de pensão, cabendo à AGEPREV a administração e gestão dos valores repassados pelos Poderes do Estado e demais entes administrativos.*

*II - Àqueles servidores que à data da publicação da Emenda 41 (31/12/2003) já tivessem completado os requisitos para aposentação, de acordo com a legislação vigente, deveriam ter mantidos seus benefícios na conformidade daqueles requisitos e seus proventos continuariam sendo regidos pela legislação da época.*

*III - Embora a Emenda 41 tenha promovido mudanças na forma de cálculo do benefício da pensão por morte, ao mesmo tempo dispôs sobre regra de transição para aqueles que já tinham direitos aperfeiçoados de acordo com a sistemática anterior à sua vigência. (TJMS – Apelação nº 0036582-69.2012.8.12.0001 – Campo Grande. 3ª Câmara Cível. Des. Marco André Nogueira Hanson. J. 8/07/2014).”*

*“EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NEGA REVISÃO AO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE MAGISTRADO APOSENTADO OU QUE TENHA CUMPRIDO TODOS OS REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DA APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS ANTES DA VIGÊNCIA DA EC Nº 41/03 MORTE DO SEGURADO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC 41/03 DIREITO QUE SE TRANSMITE À PENSÃO DEVIDA AO CÔNJUGE EM DECORRÊNCIA DA PROJEÇÃO DOS EFEITOS DO ART. 3º DA EC 41/03 SEGURANÇA CONCEDIDA.*

*A interpretação sistemática das normas constitucionais com relação à aposentadoria de servidor público, assim como da pensão por morte respectiva, deve levar em consideração os artigos extravagantes contidos na EC nº 41/03, em especial o art. 3º, que estabelece ressalva específica para o servidor que na data de sua entrada em vigor já se encontrava aposentado ou havia preenchido todos os requisitos para receber o benefício integral.*

*Nos termos do art. 3º da EC nº 41/03, ao benefício de aposentadoria ou pensão por morte de magistrado que à época da entrada em vigor da referida emenda tenha cumprido todos os requisitos para obtenção do benefício integral não se aplica a regra geral, segundo a qual o fato gerador do direito é a morte e a lei aplicável é aquela em vigor quando de sua ocorrência (Súmula 340 do STJ).*

*O pensionista de servidor público falecido após a entrada em vigor da EC 41/03 tem direito de obter pensão vitalícia em valores iguais aos devidos ao titular; em razão da projeção do direito ao recebimento da pensão integral, conforme a ressalva prevista no art. 3º da referida Emenda. A pensão por morte recebida por viúva de magistrado está umbilicalmente ligada aos proventos por ele recebidos com base no subsídio integral*

*decorrente do preenchimento dos requisitos constitucionais antes da vigência da EC nº 41/03, por isso mesmo o benefício da pensão por morte deve corresponder aos proventos de aposentadoria consoante a ressalva contida no art. 3º da EC nº 41/03. (TJMS – Mandado de Segurança nº 2010.029570-3/0000-00- Capital - Órgão Especial – Des. João Maria Lós – J.21.03.2012)”*

Logo, a impetrante tem direito à pensão com proventos integrais e à paridade, ou seja, com revisão na mesma proporção e data de benefícios ou vantagens que forem concedidos aos servidores ativos, pois era assim a legislação vigente na época da aposentadoria de seu falecido esposo que havia a garantia constitucional, *in verbis*:

*“Art. 40 da CF/88:*

*(...) §4º - os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.*

*§5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado disposto no parágrafo anterior.”*

Portanto, considerando o instituto do direito adquirido no caso dos autos, a correspondência do artigo 248 da Lei Estadual nº 1.511/94 deve ser interpretada em conjunto com o artigo 3º e §2º da EC nº 41/2003 que se tratou da regra de transição, resguardando os proventos integrais, caso preenchidos os requisitos legais para concessão da aposentadoria anterior à vigência da referida emenda.

Diante do exposto, dirirjo do E. Relator para concessão da ordem.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 01.06.16, em face do pedido de vista do Des. Divoncir Schreiner Maran e em razão das férias do relator, após o relator e os Desembargadores Luiz Tadeu e Claudionor denegarem a ordem, enquanto que o Des. Fernando Mauro a concede. Os demais aguardam.

### **VOTO (EM 04.05.2016)**

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (5º Vogal)

R. T. L. P. impetrou mandado de segurança asseverando, em suma, que deveria perceber a pensão por morte em valor integral, visto que seu esposo, ora falecido, se aposentou antes da Emenda Constitucional n. 41/2003 e, portanto, faz jus ao provimento integral.

A Constituição Federal, em sua redação original, estabelecia:

*“Art.40 (...)*

*§ 4º - Os proventos de aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.*

*§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.”*

A Emenda Constitucional 20/98, introduziu o § 7º no referido artigo 40 com a seguinte redação:

*“Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.”*

O parágrafo supramencionado passou a disciplinar, com o advento da Emenda Constitucional 41/03, que:

*“§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:*

*I- ao valor da totalidade da remuneração dos proventos do servidor falecido até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social de que trata o art.201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado na data do óbito.”*

De acordo com o artigo 3º e §2º, da própria Emenda Constitucional nº 41/2003, que, embora não tenha sido incorporado ao texto da Constituição, coexiste como artigo extravagante:

*“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. (...)”*

*§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente”.*

Da referida norma, extrai-se que àqueles servidores que à data da publicação da Emenda 41 (31/12/2003) já tivessem completados os requisitos para aposentar, de acordo com a legislação vigente, deveriam ter mantidos seus benefícios, inclusive à pensão, na conformidade daqueles requisitos e seus proventos continuariam sendo regidos pela legislação da época.

Assim, em razão do esposo da impetrante ter adquirido o direito à aposentadoria com proventos integrais em 1994, anterior à EC n. 41/2003, por certo, a impetrante também possui direito à pensão na sua integralidade, em razão do direito adquirido, consoante o disposto citado.

Em outras palavras, o pensionista de servidor falecido após a EC n. 41/2003 tem direito de obter pensão em valores iguais ao do titular, nos termos da ressalva prevista no artigo 3º da EC n. 41/2003.

A propósito, a jurisprudência deste Sodalício tem dado solução uniforme no tocante à integralidade dos proventos e, por via de consequência, à pensão por morte, a saber:

*“MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADAS –MÉRITO – PENSÃO POR MORTE – DIREITO A APOSENTADORIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003 – PROVENTOS INTEGRAIS DEVIDOS À PENSIONISTA – SEGURANÇA CONCEDIDA. A pensionista do servidor falecido posteriormente à EC 41/03 têm direito à paridade com servidores em atividade, inclusive, com percebimento integral de vencimentos, se o servidor público falecido reunia as condições exigíveis para aposentar-se antes da EC 41/2003. Reconhecimento do direito adquirido. Precedentes desta Corte. (Relator(a): Des. Romero Osme Dias Lopes; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 30/09/2015; Data de registro: 15/01/2016)(g.n.)”*

*“MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NEGA REVISÃO AO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE - MAGISTRADO APOSENTADO OU QUE TENHA CUMPRIDO TODOS OS REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DA APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS ANTES DA VIGÊNCIA DA EC N° 41/03 - MORTE DO SEGURADO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC 41/03 - DIREITO QUE SE TRANSMITE À PENSÃO DEVIDA AO CÔNJUGE EM DECORRÊNCIA DA PROJEÇÃO DOS EFEITOS DO ART. 3º DA EC 41/03 - SEGURANÇA CONCEDIDA.’ A interpretação sistemática das normas constitucionais com relação à aposentadoria de servidor público, assim como da pensão por morte respectiva, deve levar em consideração os artigos extravagantes contidos na EC n° 41/03, em especial o art. 3º, que estabelece ressalva específica para o servidor que na data de sua entrada em vigor já se encontrava aposentado ou havia preenchido todos os requisitos para receber o benefício integral.*

*Nos termos do art. 3º da EC n° 41/03, ao benefício de aposentadoria ou pensão por morte de magistrado que à época da entrada em vigor da referida emenda tenha cumprido todos os requisitos para obtenção do benefício integral não se aplica a regra geral, segundo a qual o fato gerador do direito é a morte e a lei aplicável é aquela em vigor quando de sua ocorrência (Súmula 340 do STJ).*

*O pensionista de servidor público falecido após a entrada em vigor da EC 41/03 tem direito de obter pensão vitalícia em valores iguais aos devidos ao titular, em razão da projeção do direito ao recebimento da pensão integral, conforme a ressalva prevista no art. 3º da referida Emenda.*

*A pensão por morte recebida por viúva de magistrado está umbilicalmente ligada aos proventos por ele recebidos com base no subsídio integral decorrente do preenchimento dos requisitos constitucionais antes da vigência da EC n° 41/03, por isso mesmo o benefício da pensão por morte deve corresponder aos proventos de aposentadoria consoante a ressalva contida no art. 3º da EC n°41/03. (Relator(a): Des. João Maria Lós; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 21/03/2012; Data de registro: 26/03/2012)(g.n.)”*

*“MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO E DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO DO WRIT REJEITADAS - DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NEGA REVISÃO AO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE - MAGISTRADO APOSENTADO OU QUE TENHA CUMPRIDO TODOS OS REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DA APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS ANTES DA VIGÊNCIA DA EC N° 41/03 - MORTE DO SEGURADO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC 41/03 - DIREITO QUE SE TRANSMITE À PENSÃO DEVIDA AO CÔNJUGE EM DECORRÊNCIA DA PROJEÇÃO DOS EFEITOS DO ART. 3º DA EC 41/03 - SEGURANÇA*

*CONCEDIDA.* 'A interpretação sistemática das normas constitucionais com relação à aposentadoria de servidor público, assim como da pensão por morte respectiva, deve levar em consideração os artigos extravagantes contidos na EC nº 41/03, em especial o art. 3º, que estabelece ressalva específica para o servidor que na data de sua entrada em vigor já se encontrava aposentado ou havia preenchido todos os requisitos para receber o benefício integral.

*Nos termos do art. 3º da EC nº 41/03, ao benefício de aposentadoria ou pensão por morte de magistrado que à época da entrada em vigor da referida emenda tenha cumprido todos os requisitos para obtenção do benefício integral não se aplica a regra geral, segundo a qual o fato gerador do direito é a morte e a lei aplicável é aquela em vigor quando de sua ocorrência (Súmula 340 do STJ).*

***O pensionista de servidor público falecido após a entrada em vigor da EC 41/03 tem direito de obter pensão vitalícia em valores iguais aos devidos ao titular, em razão da projeção do direito ao recebimento da pensão integral, conforme a ressalva prevista no art. 3º da referida Emenda.***

*A pensão por morte recebida por viúva de magistrado está umbilicalmente ligada aos proventos por ele recebidos com base no subsídio integral decorrente do preenchimento dos requisitos constitucionais antes da vigência da EC nº 41/03, por isso mesmo o benefício da pensão por morte deve corresponder aos proventos de aposentadoria consoante a ressalva contida no art. 3º da EC nº 41/03.*" (Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 04/08/2010; Data de registro: 24/08/2010) (g.n.)

Sendo assim, contra o parecer, acompanho o voto divergente do Des. Fernando Mauro, a fim de conceder a ordem.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges. (6<sup>a</sup> Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (10<sup>o</sup> Vogal)

Acompanho o voto do 2<sup>o</sup> Vogal.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face de vista do Des. Romero Osme Dias Lopes, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Luiz Tadeu, Júlio, Claudionor e Tânia denegarem a ordem, enquanto que os Desembargadores Fernando Mauro, Divoncir e Sideni concedem a ordem. Os demais aguardam.

### **VOTO (EM 29.06.2016)**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (7<sup>o</sup> Vogal)

Pedi vista para melhor análise do caso.

R. T. L. P. impetrou mandado de segurança contra a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que indeferiu o pleito de revisão de sua pensão mensal a fim de que fosse paga com base em proventos integrais.

Fundamentou o indeferimento no fato de que embora a aposentadoria tenha sido concedida antes da EC 41/03, o óbito e, conseqüentemente, o direito ao benefício requerido – pensão por morte - ocorreram na vigência da mencionada emenda, sendo assim deveria ser observada a regra de transição do artigo 3º da EC 47/05.

Pois bem. Colhe-se que foi concedida a aposentadoria em 19.4.94, sendo integral e paritária, já que à época necessário era o preenchimento dos requisitos de 30 anos de serviço e 5 anos de exercício público, consoante artigo 93, VI<sup>2</sup>, da CF, sendo que o cônjuge da impetrante contava com 31 anos, 7 meses e 4 dias de tempo total de serviço e com 11 anos, 10 meses e 15 dias de tempo de serviço na magistratura, conforme f. 61-62.

Ademais, constava no texto original da Constituição Federal, então vigente à época da concessão do benefício da aposentadoria, em seu artigo 40, §§ 4<sup>a</sup> e 5<sup>o</sup>, a paridade e a integralidade de valores no caso de pensão por morte. Vejamos:

*“Art. 40.*

*§ 4º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.*

*§ 5º. O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.”*

Desta forma, em 19.4.94, o ato jurídico perfeito da aposentadoria do cônjuge da impetrante, permitiu ter direito adquirido aos benefícios previdenciários pelas regras vigentes à época, inclusive a pensão por morte de forma integral e paritária, já que havia previsão constitucional para tanto.

Consigne-se que restam inaplicáveis ao caso em análise as disposições das previsões das ECs 20/98, 41/03 e 47/05, posto que, conforme dito, a aposentadoria foi concedida em data anterior a vigência dos citados regramentos, sendo que, diante do ato jurídico perfeito e direito adquirido, devem os benefícios previdenciários serem regidos pelas disposições vigentes à época da concessão.

Assim, tem-se que a pensão por morte deve obedecer as mesmas regras da aposentadoria do *de cujus*, ou seja, recebimento integral dos proventos e paridade com servidores em atividade.

Pelo exposto, contra o parecer e o relator, concedo a presente ordem.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

<sup>2</sup> Art. 93, CF.

(...)

VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura;

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, Des. Carlos Eduardo Contar.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 29 de junho de 2016.

\*\*\*

**Órgão Especial****Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1402897-50.2016.8.12.0000 - Campo Grande  
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – DESCABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR – PRELIMINARES REJEITADAS – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Entidade de classe que possui atuação em âmbito nacional, bem como está legitimada à propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, possui legitimidade ativa em ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual, mormente quando existe pertinência temática entre seus objetivos estatutários e a pretensão exposta na ação.

A legitimidade das restrições impostas pela Lei n. 9.494/97 relativas ao não cabimento de antecipação de tutela contra o Poder Público limita-se às hipóteses que importem em: (i) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (ii) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (iii) outorga ou acréscimo de vencimentos; (iv) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (v) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. Fora dessas hipóteses, é admissível o deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto lei municipal arguida em face da Constituição Estadual.

A proibição de medida liminar que esgote o objeto da ação, conforme o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, refere-se à liminar satisfativa, isto é, à medida cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em caso de sua revogação.

Defere-se, em sede de medida cautelar, pedido de suspensão de eficácia da Lei n. 5.602, de 12.8.2015, do Município de Campo Grande, MS, porquanto aparenta estar em desconformidade com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, por inconstitucionalidade formal e violação aos princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica.

**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, afastar a preliminar e deferir a liminar pleiteada. Absteve-se de votar o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Ausente justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Associação Nacional de Restaurantes, devidamente qualificada, propõe ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar em face da Prefeitura do Município de Campo Grande e da Câmara Municipal de Campo Grande, tendo por objeto a Lei Municipal n. 5.602, de 12.8.2015, publicada no Diário Oficial do Município em 17.8.2015.

Alega, em síntese, que a mencionada Lei padece de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa (com ofensa ao art. 67, § 1º, II, “d”, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul) e por falta de competência legislativa (com ofensa ao art. 17, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul); e de inconstitucionalidade material, por falta de razoabilidade (art. 1º, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul).

Afirmado estarem presentes os requisitos *fumus boni iuris e periculum in mora*, requer a concessão da liminar a fim de suspender a eficácia da lei impugnada até o julgamento do mérito da ação.

Requer também a citação das requeridas para, caso queiram, responder à demanda, bem como a intimação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para que se manifeste a respeito do pedido formulado.

Atribui à causa para fins de alçada o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nos termos do art. 514, *caput* e § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias, com oitiva da Procuradoria-Geral de Justiça, a critério do relator, no prazo de três dias.

A Câmara Municipal de Campo Grande manifesta-se sobre o pedido liminar, suscitando a ilegitimidade ativa da autora, pois o art. 123, VI, da Constituição Estadual atribui legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade somente a entidades de classe estadual, o que não seria o caso da requerente. Quanto ao pedido liminar, afirma que inexistente o alegado vício de iniciativa, que é municipal a competência para legislar sobre o comércio local, que é razoável a matéria da Lei n. 5.602/2015 e que estão ausentes os requisitos para a concessão da liminar.

O Município de Campo Grande também se manifesta, arguindo o descabimento da concessão de liminar contra a Fazenda Pública, nos termos da Lei n. 9.494, de 10.9.1997, e de liminar que esgote o objeto da ação, conforme o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92. No tocante ao pedido liminar, afirma que estão ausentes os requisitos *fumus boni iuris e periculum in mora*.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, preliminarmente, pela extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC, e, se superada a questão da ilegitimidade ativa, manifesta-se pelo deferimento do pedido cautelar formulado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a fim de suspender os efeitos da Lei Municipal n. 5.602, de 17.8.2015, até manifestação definitiva.

É o relatório, em breve síntese.

Coloque-se em mesa.

Após a apreciação desta cautelar pelo Colegiado:

Notifique-se a Câmara Municipal de Campo Grande, na pessoa de seu Presidente, e o Prefeito do Município de Campo Grande, para que se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias úteis (RITJMS, art. 519, *caput*; Lei n. 9.868/99, art. 6º, *caput* e parágrafo único);

Cite-se o Procurador Jurídico do Município de Campo Grande para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, defender, no que couber, os preceitos legais impugnados (RITJMS, art. 520).

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Retrospectiva processual.

Associação Nacional de Restaurantes, devidamente qualificada, propõe ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar em face da Prefeitura do Município de Campo Grande e da Câmara Municipal de Campo Grande, tendo por objeto a Lei Municipal n. 5.602, de 12.8.2015, publicada no Diário Oficial do Município em 17.8.2015.

Alega, em síntese, que a mencionada Lei padece de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa (com ofensa ao art. 67, § 1º, II, “d”, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul) e por falta de competência legislativa (com ofensa ao art. 17, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul); e de inconstitucionalidade material, por falta de razoabilidade (art. 1º, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul).

Afirmado estarem presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, requer a concessão da liminar a fim de suspender a eficácia da lei impugnada até o julgamento do mérito da ação.

Questões preliminares.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

A Câmara Municipal de Campo Grande manifesta-se sobre o pedido liminar, suscitando a ilegitimidade ativa da autora, pois o art. 123, VI, da Constituição Estadual atribui legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade somente a entidades de classe estadual, o que não seria o caso da requerente.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar.

A preliminar não merece ser acolhida.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a Lei Municipal n. 5.602, publicada no Diário Oficial do Município de Campo Grande em 17.8.2015, sobre a qual a parte autora afirma que padece de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa (com ofensa ao art. 67, § 1º, II, “d”, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul) e por falta de competência legislativa (com ofensa ao art. 17, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul); e de inconstitucionalidade material, por falta de razoabilidade (art. 1º, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul).

Ora, o art. 123, VI, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul lista, em rol exauriente, os seguintes legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Estadual:

*“Art. 123. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestado em face desta Constituição:*

*I - Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa, se se tratar de lei ou ato normativo estadual;*

*II - Prefeito e a Mesa da respectiva Câmara Municipal, se se tratar de lei ou ato normativo municipal;*

*III - Procurador-Geral de Justiça;*

*IV - Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;*

*V - Os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa;*

*VI - As entidades de classe estaduais, desde que demonstrado o seu interesse jurídico no caso.”*

Ocorre que, no caso em mesa, a autora é uma entidade de cunho nacional, conforme se depreende de seu estatuto social, no qual se lê:

*“ESTATUTO SOCIAL DA ANR – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES*

#### *CAPÍTULO I*

*Da Denominação, Sede, Duração e Objeto:*

*Artigo 1º - A Associação Nacional de Restaurantes, que também usará a sigla ANR, é uma associação sem fins econômicos, que se regerá pelo presente Estatuto e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis.”*

Assim, a Associação Nacional de Restaurantes goza de atuação em âmbito nacional, bem como está legitimada à propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, de sorte que não seria plausível negar-lhe legitimidade em demanda constitucional estadual, mormente tendo-se em conta que existe pertinência temática entre seus objetivos estatutários e a pretensão exposta nesta ação.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 90, inc. V, possui norma semelhante à da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, *in litteris*:

*“Artigo 90 - São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:*

*(...)*

*V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;”*

Não obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconhece a entidades de classe nacionais a legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, como se pode inferir dos seguintes julgados:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 16.222, de 25 de junho de 2015. Proibição de produção e comercialização de foie gras no âmbito do Município de São Paulo. Pedido de habilitação como amicus curiae. Sociedade Vegetariana Brasileira.*

*Possibilidade. Artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. Deferimento. Particular interessado. Pleito de admissão em assemelhada condição. Impossibilidade. Representatividade unipessoal equívoca. Indeferimento. Preliminares. Ilegitimidade ativa [da Associação Nacional de Restaurantes – ANR]. Inocorrência. Representatividade de caráter nacional com derivação em todas as esferas. Ato normativo impugnado vinculado aos objetivos da autora. Impossibilidade do pedido. Descabimento. Competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de Lei Municipal (artigo 125, § 2º, da CF), ainda que a ofensa a dispositivos da Constituição Estadual revele estreita correlação com preceitos da Constituição Federal. Possibilidade de exame da ação com arrimo em aplicação ampla do artigo 144 da Carta Bandeirante. Preliminares rejeitadas.*

*Comercialização de artigos de couro. Legitimidade ativa e interesse processual. Ausência. Interesses da Associação desvinculados da produção e comercialização de artigos de vestuário confeccionados com couro animal, razão pela qual carece a autora tanto de legitimidade ativa para a defesa de tal matéria em juízo quando de interesse processual, na modalidade pertinência temática, por refugir sua linha de atuação. Aplicação dos artigos 3º, 6º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito.*

*Representação ajuizada pela Associação Nacional de Restaurantes – ANR, fundada na usurpação de competência. Falta de razoabilidade e ausência da fonte de custeio da despesa haurida da lei. afronta aos artigos 25, 111 e 144 da Constituição Estadual. Atribuição legislativa do município que se circunscreve aos assuntos de interesse local ou caráter supletivo da legislação federal e estadual, não podendo proibir, de forma ampla e geral, a comercialização de determinado produto, interferindo diretamente em sua produção e consumo. Matéria abordada que extrapola o mero interesse local. Ação julgada procedente. (TJSP, ADI n. 2137241-60.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Rui, julg. em 24.2.2016. Destaquei.)”*

*“A princípio, com a devida vênia, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa da FEBRABAN para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual por ofensa à Constituição do Estado não deve ser reconhecida. Tendo em vista que dispõe de competência para propositura de ações direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, não seria razoável negar-lhe legitimidade no âmbito estadual. Assim sendo, afasta-se a preliminar arguida. (TJSP, ADI 0318796-20.2010.8.26.0000, Rel. desig. Des. Roberto MacCracken, j. 29.2.2012.)”*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL Nº 15.428, DE 28 DE MAIO DE 2014 - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES - ILEGITIMIDADE ATIVA - NÃO CONFIGURAÇÃO - GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MERA IRREGULARIDADE, PASSIVEL DE SANEAMENTO POR SIMPLES CORREÇÃO, NA MEDIDA EM QUE O GOVERNADOR É O REPRESENTANTE LEGAL DO ESTADO - PRELIMINARES REJEITADAS.*

*LEI ESTADUAL Nº 15.428, DE 28 DE MAIO DE 2014, QUE “DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO USO DA EXPRESSÃO ‘SE BEBER, NÃO DIRIJA’ EM TODOS OS CARDÁPIOS E PROPAGANDAS DE BARES, RESTAURANTES E BOATES NO ESTADO DE SÃO PAULO” MATÉRIA QUE NÃO SE INSERE NA COMPETÊNCIA RESERVADA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO VIABILIDADE COMPETÊNCIA CONCORRENTE - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES QUESTÃO QUE NÃO ENVOLVE MATÉRIA ADMINISTRATIVA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 47 E INCISOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NÃO CONFIGURAÇÃO LEI COM VIÉS NITIDAMENTE PEDAGÓGICO COM INTUITO*

*DE INFORMAR E ALERTAR A POPULAÇÃO SOBRE O PERIGO DA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES POR CONDUTORES EMBRIGADOS (ART. 111 DA CE). PRELIMINARES REJEITADAS. AÇÃO IMPROCEDENTE. (TJSP, ADI n. 2022224-73.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Neves Amorim, julg. em 1º.7.2015. Destaquei.).”*

Também no Estado do Rio de Janeiro a legitimidade ativa é atribuída a entidade de classe de âmbito estadual para propor a representação de inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Estadual, *in verbis*:

*“Art. 162 - A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.”*

Ainda assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite que a entidade de âmbito nacional possui legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade, conforme se depreende do seguinte julgado:

*“I - **Legitimidade ativa.** Controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da legislação, em face da Constituição Estadual. Entidade de classe em âmbito estadual. Exegese do art. 162 da Constituição Estadual. Pertinência temática. Ensinamentos doutrinários acerca do tema conforme transcritos na fundamentação. Legislação ora impugnada estabelecendo obrigação para os empresários de diversos setores da economia e, portanto, alcançando a **representatividade da Parte Autora, ou seja, da Associação Nacional de Restaurantes.** (TJRJ, Órgão Especial, Representação de Inconstitucionalidade nº 0050920-85.2014.8.19.0000, ANR X Estado do RJ, Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, j. 30.11.2015. Destaquei.).”*

Depreende-se, por conseguinte, que a autora possui legitimidade ativa para a demanda, motivo por que rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*.

Preliminar de não cabimento da medida cautelar.

O Município de Campo Grande argui o descabimento da concessão de liminar contra a Fazenda Pública, nos termos da Lei n. 9.494, de 10.9.1997, e de liminar que esgote o objeto da ação, conforme o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92.

Os dispositivos mencionados preceituam que, *in verbis*:

*“Lei n. 9.494, de 10.9.1997:*

*Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.*

*Lei n. 8.437, de 30.6.1992:*

*Art. 1º (...)*

(...)

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.”

A Lei n. 12.016, de 7.8.2009, Lei do Mandado de Segurança, possui norma similar em seu art. 7º, § 2º, qual seja:

“§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”

De fato, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF (ADC 4) para confirmar, com efeito vinculante e eficácia geral e *ex tunc*, a inteira validade jurídico-constitucional do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10.9.1997, que “disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a fazenda pública”, a saber:

**“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA”. (STF, ADC 4, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014 Ement VOL-02754-01 PP-00001)”**

Não obstante, para a Corte Suprema, o reconhecimento da legitimidade das restrições impostas pela Lei n. 9.494/97 relativas ao não cabimento de antecipação de tutela contra o Poder Público limita-se às hipóteses que importem em: (i) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (ii) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (iii) outorga ou acréscimo de vencimentos; (iv) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (v) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. Para se

obstar a concessão de medida cautelar contra a fazenda pública, é imprescindível que se verifique estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma da ADC 4.

Em outras hipóteses, porém, não há óbice à concessão da medida cautelar. A decisão proferida pela Corte na ADC 4 não veda toda e qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mas somente as hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei n. 9.494/97. Quando a insurgência não estiver voltada contra a concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública nas hipóteses descritas, impõe-se reconhecer a ausência de estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma mencionado.

Em particular, o que ficou assentado na ADC 4/DF não alcança decisão cujo efeito patrimonial contra a Fazenda Pública é apenas secundário.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO QUE DECIDIDO NA ADC Nº 4. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. Ao julgamento da medida cautelar na ADC 4, este Supremo Tribunal Federal assentou a legitimidade das restrições impostas pela Lei nº 9.494/97 relativas ao não cabimento de antecipação de tutela contra o Poder Público nas hipóteses que importem em a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. Não se tratando de insurgência contra a concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública nas hipóteses descritas, impõe-se reconhecer a ausência de estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma invocado. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, Rcl 5476 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, Processo Eletrônico DJe-221 Divulg 05-11-2015 PUBLIC 06-11-2015)”*

*“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO DA AÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF SOMENTE NAS HIPÓTESES DE INTERESSE DA TOTALIDADE DA MAGISTRATURA. ADC 4. OFENSA. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, n, da Carta Magna, reclama a presença, cumulativamente, de dois requisitos: (i) a existência de interesse de toda a magistratura; (ii) que esse interesse seja exclusivo dos magistrados. 2. Não viola a liminar deferida nos autos da ADC 4 a decisão que deferiu a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nas hipóteses em que a verba possui natureza indenizatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STF, Rcl 21565 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/09/2015, Processo Eletrônico DJe-205 DIVULG 13-10-2015 Public 14-10-2015)”*

*“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA ADC Nº 4 MC. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No julgamento da medida cautelar na ADC 4, esta Corte assentou que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: reclassificação ou equiparação de servidores públicos; concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; outorga ou acréscimo de vencimentos; pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. 2. In casu, a antecipação dos efeitos da tutela foi deferida*

*em ação que versa sobre indenização decorrente de inundação de imóvel comercial, provocada pela inércia do Poder Público na realização de obras de drenagem. Não há identidade material, pois, entre a decisão que se alega desrespeitada e o ato reclamado.*  
3. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (STF, Rcl 16399 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 10-10-2014 Public 13-10-2014)”

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. EVENTUAL AFRONTA AO QUANTO DECIDIDO POR ESTA CORTE NOS AUTOS DA ADC 4-MC/DF. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 729/STF. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A decisão proferida por esta Corte na ADC 4-MC/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, não veda toda e qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mas somente as hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997. II – Ausência de identidade material entre o caso aludido e a decisão tida como afrontada. III – A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos de recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.* (STF, Rcl 8335 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, Acórdão eletrônico DJe-167 Divulg 28-08-2014 Public 29-08-2014)”

*“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA ADC Nº 4 MC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A decisão agravada assentou, verbis: “em recente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, esta Corte fixou o entendimento no sentido de que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, para os fins de nomeação e posse em cargo público, não ofende o decidido na ADC n. 4, vez que o pagamento de vencimentos consubstancia tão somente efeito secundário da investidura”. 2. Agravo regimental desprovido.* (STF, Rcl 6191 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/08/2014, Acórdão eletrônico DJe-162 Divulg 21-08-2014 Public 22-08-2014)”

*“FAZENDA PÚBLICA – TUTELA ANTECIPADA – PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 4/DF – RECLAMAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. O que assentado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4/DF não alcança decisão cujo efeito patrimonial contra a Fazenda Pública é apenas secundário.* (STF, Rcl 15844 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, Processo Eletrônico DJe-071 Divulg 09-04-2014 Public 10-04-2014)”

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. EVENTUAL AFRONTA AO QUANTO DECIDIDO POR ESTA CORTE NOS AUTOS DA ADC 4-MC/DF. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL. SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA. RECURSO IMPROVIDO. I - A decisão proferida pela Corte na ADC 4-MC/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, não veda toda e qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mas somente as hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997. II - Ausência de identidade material entre o caso aludido e a decisão tida como afrontada. III - A sentença de mérito prejudica a reclamação que se fundamenta na afronta à decisão da ADC 4-MC/DF. IV - A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos dos recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória. V - Agravo regimental improvido.* (STF, Rcl 5207 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2009, DJe-204 Divulg 28-10-2009 Public 29-10-2009 Ement VOL-02380-01 PP-00153 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 161-166)”

Idêntica orientação foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que devem ser interpretadas restritivamente as restrições impostas pelo art. 2º-B da Lei n. 9.494/97, que veda a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública nos casos nele previstos. Confira-se:

*“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 2º.-B DA LEI 9.494/97. SÚMULA 729/STF. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as vedações previstas no art. 2º.-B da Lei 9.494/97 devem ser interpretadas restritivamente. Dessa forma, preenchidos os requisitos autorizadores de sua concessão, é admissível a antecipação dos efeitos da tutela em desfavor da Fazenda Pública, desde que a situação não esteja inserida nas vedações da supramencionada norma. 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem determinou a imediata implantação do benefício (pensão por morte), não existindo vedação legal à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas causas de natureza previdenciária. Inteligência da Súmula 729/STF. 3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido. (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 240.513/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 06/03/2015)”*

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REINTEGRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REVISÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. SÚMULA 7/STJ. 1. Não se conhece da violação ao art. 535 do CPC quando as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros no acórdão proferido pela Corte a quo, como verificado no caso em apreço, o que atrai a incidência da Súmula nº 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. 2. Não merece amparo a alegação descabimento da concessão de antecipação de tutela, vez que o presente casu não se enquadra entre aqueles em que é vedada a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública pela Lei 9.494/1997, já que se trata de reintegração de servidor público (v.g: REsp 688.780/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ 14/03/2005). 3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que, analisar os requisitos necessários para a concessão de tutela antecipada - os quais foram reconhecidos pelas instâncias ordinárias -, com a consequente reversão do entendimento exposto pelo Tribunal de origem, exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ (v.g: AgRg no AREsp 140.076/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 22/11/2012). 4. Quanto à alegada violação ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/92, verifica-se que a parte recorrente não se pronuncia sobre o fundamento utilizado pelo acórdão recorrido da impossibilidade de impetração do mandado de segurança diante do transcurso do prazo decadencial. Assim, incide no ponto, o óbice da Súmula 283 do STF, por analogia. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1455954/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 28/10/2014)”*

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESTABELECIMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS AUTORIZADORES. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Controverte-se a respeito do acórdão que confirmou a antecipação de tutela, para que fosse restabelecido o pagamento mensal, à pensionista, do “Adicional por Tempo de Serviço”. 2. O disposto no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009 expressamente disciplina, no Mandado de Segurança, norma de semelhante conteúdo aplicável às demais ações, isto é, o art. 1º da Lei 9.494/1997. Em síntese, veda a concessão de liminar para “a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a*

*concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”. 3. Não há razão para deixar de aplicar, por analogia, o entendimento do STJ segundo o qual a lei deve ser interpretada restritivamente, de forma que inexistente vedação à antecipação dos efeitos da tutela, nas ações contra a Fazenda Pública, quando a questão litigiosa tem por objeto restabelecimento de vantagem pecuniária suprimida da folha de pagamento do servidor público. 4. A análise dos requisitos para a concessão da medida, previstos no art. 273 do CPC, implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória. Aplicação da Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1352935/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 25/09/2014)”*

*“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA INTEGRAL, POR MOTIVO DE DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.*

*1. Esta Corte Superior tem entendido que a antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública pode ser concedida, desde que a situação não esteja inserida nas hipóteses do art. 1º da Lei 9.494/1997, o qual estabelece que não será concedido o provimento liminar quando este importar em reclassificação, equiparação de servidor público, concessão de aumento de vencimento ou extensão de vantagens, o que não é o caso dos autos. (c.f.: AgRg no REsp 1138167/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 01/10/2012). 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1401730/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)”*

No tocante à proibição de medida liminar que esgote o objeto da ação, conforme o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, deve-se ter em conta que a norma se refere à liminar satisfativa, isto é, à medida cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em caso de sua revogação, conforme esclarece o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“Ao estabelecer que ‘não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação’, o § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92, está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação” (STJ-1ª T., REsp 664.224, Min. Teori Zavascki, j. 5.9.06, DJ 1.3.07).<sup>1</sup>*

Pelas razões expostas, fica rejeitada a preliminar de não cabimento da medida cautelar.

Pretensão cautelar.

A autora postula a concessão da medida cautelar a fim de suspender a eficácia da Lei Municipal n. 5.602/2015 até o julgamento do mérito da ação. A lei impugnada apresenta o seguinte teor:

*“Art. 1º Ficam os restaurantes e similares que servem refeições à “La Carte” e/ou “porções” obrigados a oferecerem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das mesmas e/ou servirem meia porção para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.*

*Art. 2º Ficam os restaurantes e similares que servem refeições a “rodízio” obrigados a concederem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das mesmas para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.*

<sup>1</sup> NEGRÃO, Theotônio, e outros. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 46. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 1867-8. Nota 3c ao art. 1º da Lei n. 8.437/92.

*Art. 3º Excetua-se do disposto desta Lei o consumo de quaisquer bebidas.*

*Art. 4º Para ter direito ao benefício de que trata a presente Lei o interessado deverá comprovar sua condição através da apresentação de laudo médico ou declaração de médico responsável devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.*

*Art. 5º A inobservância das disposições contidas nesta Lei acarretará ao infrator as sanções previstas no art. 56 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma de seus arts. 57 a 60.*

*Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que couber.*

*Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”*

A requerente argumenta que, em virtude de o projeto de lei deveria ter sido apresentado pelo Prefeito do Município, e não por Vereador, porque a lei trata de matéria administrativa e prevê a fiscalização e aplicação de penalidades pela Administração Pública, criando obrigações para o Poder Executivo. Por isso, a mencionada Lei padeceria de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, com ofensa ao art. 67, § 1º, II, “d”, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que preceitua, *in verbis*:

*“Art. 67 - A iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.*

*§ 1º - São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:*

*(...)*

*II - disponham sobre:*

*(...)*

*d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública;”*

A Câmara Municipal sustenta que a matéria aventada pela norma questionada não afronta o texto constitucional apontado, pois não faz qualquer ingerência do Poder Legislativo na organização administrativa do Poder Executivo. Aduz que tampouco se enquadra no rol de competência legislativa privativa do Chefe do Executivo Municipal, previsto no art. 36 da Lei Orgânica do Município de Campo Grande.

A Procuradoria-Geral do Município de Campo Grande afirma que a Lei n. 5.602/2015 não criou qualquer atribuição às secretarias municipais, pois já há determinação legal (Código Municipal Sanitário e Código de Postura) no sentido de que todos os estabelecimentos prestadores de serviços de fornecimento de refeições se ajustem às normas municipais relacionadas ao tratamento, disposição e forma de serviço destas refeições. Muito menos pretendeu criar outra estrutura que não a já existente representada pelo corpo de agentes fiscais sanitários e pelo corpo de agentes fiscais de renda.

A Procuradoria-Geral de Justiça, acompanhando a defesa, infere que não cabe razão à autora no tocante à suposta inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa e afronta ao rol do § 1º do art. 67 da Constituição Estadual. Assinala que a regra geral é que a iniciativa legislativa pertence ao Poder Legislativo, ao passo que a reserva de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo deve ser expressa e taxativa em atenção ao princípio da separação dos poderes e à regra da iniciativa comum ou concorrente.

De fato, a análise da questão litigiosa em juízo de cognição sumária permite inferir que não merece ser acolhido o argumento de inconstitucionalidade formal por violação ao art. 67, II, “d” da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do art. 13 da Carta Estadual, os quais preceituam, *in verbis*:

*“Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição. (Alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional n. 68, de 2015.)”*

*§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:*

*(...)*

*II - disponham sobre:*

*(...)*

*d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública.*

*Art. 13. Os municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição Federal, por esta Constituição e pelas respectivas Leis Orgânicas.”*

Destaque-se, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que “*as regras básicas do processo legislativo federal – sobretudo as que reservam ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de determinadas leis, como é o caso das que dispõem sobre a ‘criação, estruturação e atribuições dos (...) órgãos da administração pública’ (art. 61, § 1º, inc. II, alínea ‘e’, da CF) – , por estarem relacionadas ao princípio da independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da CF) – ligado, por sua vez, ao princípio constitucional sensível do regime democrático (art. 34, VII, ‘a’, da CF) – são de observância compulsória pelos demais entes que integram a Federação (cf, entre outros. ADI nº 97/RO, in RDJ 151/664, ADI nº 1.060, DJ 23/09/94)” (ADI 1391-2/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 9.5.2002).*

Ocorre que a antiga redação do art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal, que atribuía ao Presidente da República a iniciativa das leis que dispusessem sobre “*criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública*”, devidamente observada pelo art. 67, § 1º, II, “d”, que atribui ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul a iniciativa das leis que disponham sobre “*a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública*”, foi alterada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.2001, passando a fixar ao Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre “*criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI*”.

Desse modo, a EC 32/2001 excluiu da ordem privativa do Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre as atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública, atribuindo-lhe competência privativa apenas para dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, a saber:

*“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*

*(...)*

*VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001)*

*b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001)”*

Todavia, a Constituição Estadual não acompanhou a alteração da norma de observância compulsória, de sorte que o art. 67, § 1º, II, “d”, da Carta Estadual está em desacordo com a redação vigente do art. 61, § 2º, I, “e”, da Constituição Federal.

Além disso, são muito pertinentes as assertivas do parecer ministerial, lavrado pelo Procurador-Geral de Justiça Paulo Cezar dos Passos, nos seguintes termos, que adoto para este voto:

*“No tocante à suposta inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa do Poder Legislativo, não resta razão à Requerente.*

*Como é cediço, a reserva de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo deve ser expressa e taxativa em atenção ao princípio da separação dos poderes e à regra da iniciativa comum ou concorrente. Não se pode perder de vista, destarte, que a regra geral é que a iniciativa legislativa pertence ao Poder Legislativo, sendo a exceção a atribuição de reserva em relação a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume, devendo as limitações estar expressamente elencadas na Constituição.*

*Há que se fazer uma interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, uma vez que tais reservas, ao transferirem a iniciativa do processo legislativo, operam reduções a funções típicas do Parlamento e de seus membros. Neste sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:*

*A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca (STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27-04-2001). (f. 101)”*

Tendo-se em conta que a lei impugnada não tratou de nenhuma matéria elencada no rol do § 1º do art. 67 da Constituição Estadual, que inscreve iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, não cabe acolher o argumento de inconstitucionalidade formal por violação ao art. 67, II, “d” da Constituição Estadual.

O parecer ministerial salienta, no entanto, que a Lei Municipal n. 5.643/16 apresenta vícios de inconstitucionalidade formal e material, por afronta aos arts. 22, I, 24, V, e 170, inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal, aos arts. 1º, II, IV, V e 13º da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como aos arts. 1º e 5º da Lei Orgânica Municipal, razão pela qual está presente o *fumus boni iuris*.

Nestes pontos, o parecer ministerial sintetiza com precisão o caso, ficando assim justificada seu acolhimento neste voto, nos seguintes termos:

*“A lei invectivada garante a obrigatoriedade de concessão de desconto e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgias bariátricas ou qualquer outra gastroplastia em restaurantes. Ao impor tal obrigação aos estabelecimentos comerciais, a lei impugnada ofendeu a repartição constitucional de competências.*

*Como é cediço, compete **privativamente** à União legislar sobre direito civil e comercial, nos termos do que dispõe o art. 22 da Constituição Federal:*

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*I – direito civil, comercial (...)*

*Por tal razão, ao legislar impondo obrigação aos restaurantes e similares de conceder descontos ou meia porção às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica, o Município acabou por violar o princípio federativo, que, na edificação da autonomia, estabelece a devida repartição de competência de cada ente.*

*Isso porque a lei impugnada está concedendo o benefício não só para as pessoas de dentro do município, como também para qualquer pessoa residente ou não no Brasil, que esteja em trânsito na cidade de Campo Grande, já que esse tipo de cirurgia ocorre em todo território nacional e estrangeiro, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local, nos termos do que preleciona o art. 30, I, da Constituição Federal.<sup>2</sup>*

*O art. 1º da Lei Orgânica do município de Campo Grande dispõe que o Município de Campo Grande faz parte da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil e integra o território do Estado de Mato Grosso do Sul, (...) nos termos das Constituições Federal e Estadual, e, ainda, preleciona, em seu art. 5º, que o Município de Campo Grande, unidade territorial, Capital do estado de Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por esta Lei Orgânica, **atendidos os princípios e preceitos estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.***

*A Constituição Estadual, por sua vez, em simetria a Constituição Federal, em seu art. 1º determina:*

*Art. 1.º **O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:***

*I – a preservação da sua autonomia como unidade federativa;*

*II – o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal*

*III – a dignidade da pessoa humana*

*IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*

*V – a garantia da autonomia municipal dentro dos princípios estabelecidos nesta Constituição em consonância com a Constituição Federal.*

*Em seu art. 13, a Carta Estadual novamente dispõe que **a autonomia dos Municípios é garantida nos termos assegurados pela Constituição Federal, por esta Constituição e pelas respectivas Leis Orgânicas.***

*Destarte, ao aprovar e sancionar a Lei Municipal nº 5.643/16, a Câmara e o Chefe do Executivo Municipal, respectivamente, acabaram por invadir a competência da União de legislar sobre direito civil e comercial, bem como, ainda que se considere tratar-se de matéria de consumo, de interesse de toda a sociedade, onde a competência é concorrente da União, Estados e DF, ainda assim, cabe a União estabelecer normas gerais, consoante o disposto no art. 24, V, e §1º da CF.*

*Do mesmo modo, além da citada inconstitucionalidade formal, há que se destacar que a lei municipal acaba por violar o princípio da livre iniciativa e o livre exercício*

<sup>2</sup> Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local;

da atividade econômica a pretexto de se promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica, porquanto concede um benefício que será suportado pelos proprietários dos estabelecimentos comerciais e não pelo ente federativo instituidor da obrigação.

*Em sendo assim, não se afigura razoável que, a pretexto de favorecer determinada categoria de pessoas, imponha-se às empresas privadas restrições ao seu comércio, passando-se, inadvertidamente, a ingerir no domínio econômico, comprometendo o livre exercício da atividade. Nesse passo, ao impor a obrigação aos restaurantes e similares de conceder descontos ou meia porção às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica, a lei municipal rechaçada acaba por restringir o direito de propriedade dos donos dos estabelecimentos comerciais, a quem incumbe deliberar acerca da sua gestão. Acerca da competência para intervir na propriedade, Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup> leciona:*

*A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se distribui igualmente entre as entidades estatais. A legislação sobre direito de propriedade e intervenção no domínio econômico é privativa da União (CF, arts. 22, II e III, e 173). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais. A intervenção no domínio econômico pelos Estados e Municípios só poderá ser feita por delegação do Governo Federal, que é o detentor de todo o poder nesse setor.*

*Acerca da inconstitucionalidade de leis municipais que instituíram obrigações a restaurantes e similares em casos análogos aos dos autos, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:*

*ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 14.524, de 05 de dezembro de 2012, do Município de Campinas, que “dispõe sobre a obrigatoriedade dos Restaurantes e Similares em conceder descontos e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirúrgica bariátrica ou qualquer outra gastroplastia na forma que especifica e dá outras providências”. OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO. Reconhecimento. A lei impugnada usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (art. 22, inciso I) e sobre relação de consumo (art. 24, inciso V, ambos da Constituição Federal), neste último caso concorrentemente com o Estado, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma por ofensa ao princípio federativo. É importante ressaltar, sob esse aspecto, que a lei em questão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto ter abrangência nacional ou regional, já que “a competência constitucional dos municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados” (RT 851/128). VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. Reconhecimento. Ao impor aos estabelecimentos comerciais a obrigação de conceder desconto de 50% em relação ao preço original ou a fornecer meia porção (gratuitamente ou paga), a lei impugnada - a pretexto de promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa, uma vez que concede benefício a um grupo determinado de pessoas, à custa do empresariado e em situação em que não se exige essa intervenção, e ainda sem qualquer contrapartida, ou seja, na verdade, o Estado não está promovendo uma ação social, mas impondo ao particular a obrigação de promovê-la, o que justifica, aqui, o uso da expressão popular de que não se deve fazer “cortesia com chapéu alheio”*

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 559.

*para, em poucas palavras, reconhecer e debelar esse sentido obscuro da norma. “Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimar práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento” (“A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS”, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio, junho e julho/2008, Salvador/BA). Por fim, é importante considerar que a lei impugnada, além dos vícios apontados, também ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários, considerando que, para o período pós-operatório, em casos de cirurgia bariátrica, a literatura médica recomenda aos pacientes a reeducação alimentar, vale dizer, prioriza principalmente a qualidade e não só a quantidade de alimentos (porção inteira ou meia porção). Ademais, a norma não tem por objetivo assegurar o exercício de garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à ciência (art. 23, inciso V, da Constituição Federal), de forma a justificar a intervenção estatal, tal como nos casos de concessão de meia entrada aos estudantes para ingresso em cinemas e teatros, mas, simplesmente, procura conferir maior conforto e atenção aos pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica, cuja providência, entretanto, mesmo que fosse exigível e necessária do ponto de vista constitucional, deveria ser promovida pelo Estado, e não às custas da iniciativa privada, e ainda mais por meio coercitivo. INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (TJ-SP - ADI: 00056048820138260000 SP 0005604-88.2013.8.26.0000, Relator: Ferreira Rodrigues, Data de Julgamento: 03/12/2014, Órgão Especial, Data de Publicação: 17/12/2014)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.511, de 12 de agosto de 2013, do Município de Sumaré, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos Restaurantes e Similares em conceder descontos ou meia porção para pessoas que passaram por intervenção cirúrgica de redução de estômago, na forma que especifica e dá outras providências’.*

(...)

*É importante ressaltar, sob esse aspecto, que a lei em questão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto ter abrangência nacional ou regional, já que ‘a competência constitucional dos municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados’ (RT 851/128). (Processo nº 2038277-66.2014.8.26.0000, Relator(a): Ferreira Rodrigues; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 03/12/2014; Data de registro: 05/12/2014) (g.n.)*

*Como se vê, o fumus boni juris está fartamente demonstrado pela ponderabilidade do direito alegado.”*

Por fim, encontra-se configurado também o requisito *periculum in mora*, pois a lei impugnada está em vigor, impondo inúmeras proibições e restrições às empresas representadas pela requerente, afrontando, em tese, a repartição constitucional de competências e os princípios da livre-concorrência e do livre exercício da atividade econômica.

Conclusão.

Ante o exposto, em parte com o parecer, rejeitadas as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* e de não cabimento da medida cautelar, defiro o pedido cautelar, com efeito *erga omnes* e *ex tunc*, para suspender a eficácia da Lei n. 5.602, de 12.8.2015, do Município de Campo Grande, MS, até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deferiram a liminar pleiteada. Absteve-se de votar o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Ausente justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Apelação nº 0004314-98.2008.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO – MORTE DE RECÉM-NASCIDO – ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEVER DE INDENIZAR – CONJUNTO PROBATÓRIO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Segundo interpretação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do hospital é objetiva pelos danos causados ao paciente quando comprovada a culpa do médico que exerceu atendimento no estabelecimento.

Evidencia-se a culpa exclusiva dos prepostos do hospital que, agindo com negligência no período de gravidez da paciente, contribuíram para o evento morte de recém-nascido.

Os danos morais em situações desse jaez são presumidos, porquanto indubitável o significativo abalo experimentado pelos pais da vítima, diante da perda de seu filho recém-nascido, com os desdobramentos inerentes, inclusive emocionais e psicológicos. A indenização, nesse cenário, não tem a finalidade de reparar a dor, mas de amenizá-la de alguma forma, minorando os sofrimentos do beneficiário. Não terá, evidentemente, a pretensão de reparar o sofrimento, até porque nada haverá que substitua a perda irreparável.

A quantia arbitrada a título de danos morais no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), para cada um dos pais, apresenta-se razoável e proporcional, inserindo-se dentro dos parâmetros adotados pelos Tribunais Superiores deste país, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de indenização por dano moral decorrente da morte de parente ligado à vítima, vem fixando quantia inclusive acima da arbitrada no presente.

Os honorários advocatícios fixados em R\$ 12.000,00, nos moldes dos §§ 3º e 4º do CP/73, remunera de forma condigna o causídico.

Recurso 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.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Município de Campo Grande interpõe apelação (f. 473/478) contra a sentença (f. 452/466) prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização por danos materiais e morais proposta por João Fremiot Júnior e Lucineide dos Santos Pereira.

Aduz que há erro material na sentença, uma vez que em sua fundamentação consta como valor de indenização o montante de R\$ 60.000,00 para cada um dos autores, no entanto, em sua parte dispositiva, o juízo singular elevou a quantia para R\$ 120.000,00, razão pela qual pugnou pela correção do *decisum*.

Adiante, pugnou pela redução do valor da indenização e dos honorários advocatícios fixados na sentença, sob o fundamento de serem excessivos.

Em contrarrazões de fls. 482-491, requesta pela manutenção da sentença hostilizada.

## VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Campo Grande (fls. 473/478) em face da sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande (f. 452/466), que, na ação de indenização por danos materiais e morais proposta por João Fremiot Júnior e Maria Auxiliadora Diniz Laburu, condenou-o ao pagamento da quantia de R\$ 120.000,00, em razão da ocorrência de óbito de recém-nascido.

Do Mérito.

Mister se faz analisar, primeiramente, a tese de ter havido contradição na sentença, pois o apelante aduz que acerca do valor dos danos morais o juízo singular lançou na fundamentação R\$ 60.000,00 e na parte dispositiva a quantia de R\$ 120.000,00.

Observa-se, contudo, que o juízo primevo acolheu os embargos de declaração manejados por João Fremiot Júnior e Maria Auxiliadora Diniz Laburu para corrigir o erro material, indicando como valor correto de indenização o montante fixado na parte dispositiva da sentença, qual seja, R\$ 120.000,00 para cada um dos autores.

A decisão dos embargos de declaração foi publicada em 30/07/2015 sem que as partes dela apresentassem emenda à apelação, o que implica dizer que não há erro material a ser sanado nesta fase recursal.

De outra face, saliente-se que o apelo do Município de Campo Grande ataca apenas parte da sentença, sob o fundamento de que os valores fixados a título de indenização por danos morais e os honorários advocatícios são abusivos e devem ser reduzidos, todavia, por força do disposto no inciso I do art. 496 do CPC<sup>1</sup>, faz-se necessário o reexame da parte da sentença não combatida – responsabilidade civil do apelante, o que faço de ofício.

<sup>1</sup> “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;”

Exsurge da proemial que a apelada realizou acompanhamento de sua gravidez pelo SUS. Em sua última consulta com o médico ginecologista, este lhe pediu para retornar no dia 22/02/2006. Ao comparecer à consulta na data marcada, obteve informação de que se o parto não ocorresse até o dia 24/02/2006, seria encaminhada à maternidade para se submeter à cesariana.

Munida do documento de encaminhamento, dirigiu-se ao Hospital Municipal da Mulher “Vó Honória Martins Pereira”, situado no bairro Moreninhas III, nesta Capital, quando então foi orientada a retornar na manhã seguinte, pois a equipe médica estava reduzida naquele momento.

Na manhã do dia seguinte, recebeu medicação para que fosse iniciada sua dilatação. Retornou ao hospital às 14 horas, foi novamente medicada, sendo recomendado seu retorno às 18 horas daquela mesma data.

Retornou às 18 horas e após às 23 horas, sentindo fortes dores, foi informada pelo médico de que não havia dilatação e que as dores eram normais. Na madrugada do dia 26 seguinte, retornou ao hospital e foi alojada em um quarto, onde permaneceu aguardando das 4 horas até as 7h30, momento em que foi encaminhada para a sala do parto.

O bebê nasceu com vida, mas morreu uma hora depois do parto.

Há prova nos autos de que a autora realizou as consultas pré-natais e, de outro lado, não há indício de que sua gravidez se afigurasse de risco ou mesmo que apresentasse problemas de saúde.

O apelante também não contestou a alegação da autora de que aguardou por quase três horas para a realização do parto, o que ocorreu logo após a troca de plantão.

Como se vê, consta dos autos que o parto não poderia ultrapassar a data de 24/02/2006 e que deveria ser submetida à cesárea, no entanto, em que pese ter se dirigido por diversas vezes ao hospital, o procedimento só ocorreu na manhã do dia 26/02/2006.

Nesse sentido, o ilustre magistrado apontou que *“a segunda autora ficou horas em trabalho de parto, largada à própria sorte, sem qualquer atendimento, após recomendação anterior que deveria ser submetida à cesárea. Além disso, a literatura médica indica que 12 horas aguarda-se a evolução do parto quando a gestante está em seu primeiro parto, e isso também não foi observado”* (fl. 458).

Os acontecimentos que circundaram os dias finais de gravidez da apelante, portanto, não deixam dúvidas de que houve negligência médica.

A propósito, consta da sentença que *“os fatos foram parar na imprensa (76, 1298); abriu-se inquérito policial, cujo resultado não foi juntado aos autos e o atendimento foi investigado pelo CRM, que abriu sindicância e julgou os médicos, concluindo ser culpados (342-389). O exame necroscópico (110-111) apurou como causa da morte asfixia por broncoaspiração de mecônio, e foi omissa ao responder se havia indícios de retardamento do parto”* (f. 456).

De outro vértice, os danos causados à apelada e seu marido foram imputados ao Município de Campo Grande, em razão da atuação de seus prepostos que, volta-se a mencionar, deixaram de tomar as medidas necessárias para evitar o evento fatídico.

De consequência, por força do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>2</sup>, a responsabilidade *in casu* é objetiva.

<sup>2</sup> “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.”

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Areópago. Veja-se:

*APELAÇÕES CÍVEIS – INDENIZATÓRIA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E DO MÉDICO – ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO CARACTERIZADA – DEVER DE INDENIZAR – VALOR DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS MANTIDO – EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS DESPESAS E HONORÁRIOS SUSPENSÃO – INTELIGÊNCIA ART. 12 DA LEI 1.060/50.*

*01. Conforme art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do hospital é objetiva pelos danos causados ao paciente quando comprovada a culpa do médico que exerceu atendimento no estabelecimento.*

*02. Responsabilidade do médico caracterizada pela comprovação da negligência no atendimento, conduzindo ao dever de indenizar.*

*02. O valor da compensação por danos morais é mantido por estar de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

*03. Fica suspensa a exigência de pagamento das despesas e honorários do sucumbente beneficiado pela assistência judiciária. Inteligência do art. 12 da Lei 1.060/50.*

*Recurso da ré Associação Aquidauanense de Assistência Hospitalar conhecido e provido em parte.*

*Recurso da ré Solange Arima Pellegrino conhecido e não provido.*

*Recurso dos autores conhecido e não provido. (Relator(a): Des. Vilson Bertelli; Comarca: Aquidauana; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/04/2016; Data de registro: 06/04/2016).*

*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO – RECURSO INTERPOSTO EM DUPLICIDADE POR GIOVANI LAGHI – SEGUNDO RECURSO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRIMEIRO RECURSO INTERPOSTO QUE VIOLA PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CONHECIDO. RECURSO DA AUTORA – MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS – IMPROVIDO, AMBOS NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. RECURSO DA FUNDAÇÃO EDUCACIONAL E DE SAÚDE DE SONORA-FUNESS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA. ARGUIÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A ATIVIDADE DO NOSOCÔMIO. NÃO CONHECIDA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL NA GUARDA E CONSERVAÇÃO DE DOCUMENTOS E, AINDA, RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUANTO A SEUS TRABALHADORES – APELO QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Relator(a): Des. Nélcio Stábile; Comarca: Sonora; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 10/03/2016).*

Nesse contexto, emerge comprovado o dano - morte do filho dos autores, que decorreu da conduta negligente adotada pelos médicos do hospital, tanto é que foram considerados culpados em procedimento administrativo instaurado pelo Conselho Regional de Medicina, resultando daí, como corolário, o nexo de causalidade necessário à configuração da responsabilidade do ente público municipal.

Ressalte-se que o Município, ao manejar o apelo, sequer alegou excludente de ilicitude por parte de seu servidor, no intuito de atribuir à vítima a responsabilidade pela ocorrência do sinistro. Em suas razões, o

Município apenas pugna pela minoração do valor fixado a título de danos morais e a redução dos honorários advocatícios.

Assim, ante a inexistência da excludente da culpa exclusiva da vítima, remanesce a responsabilidade do ente municipal pela reparação dos danos ocasionados, devendo ser mantida a sentença neste ponto.

#### Da Indenização por Danos Morais.

Destaque-se que o dano moral, no caso de morte de um ente familiar, é presumido, consubstanciando-se em causa suficiente para gerar o direito à indenização correspondente.

Discorrendo sobre a matéria, Antônio Jeová Santos giza: “...é raro o pedido de ressarcimento por dano decorrente do evento morte, que não venha acompanhado de pedido de indenização por dano moral. Isso é assim, porque além daquelas possibilidades perdidas, a morte do ser humano diminui, menoscaba as afeições íntimas dos parentes. É fonte de angústia (...). A jurisprudência brasileira, ao considerar que prejuízo material sofrido pelos parentes advém somente do fato morte, adere à doutrina que entende ter a vida conteúdo econômico. A vida, em si mesma considerada, é um valor imponderável e a existência do prejuízo é presumida. Por isso não é necessária prova exaustiva do prejuízo. Ao desconsiderar a existência de prova do prejuízo que a morte acarreta aos familiares, acolhe a posição do valor intrínseco que a vida possui”<sup>3</sup>

Os danos morais em situações desse jaez são presumidos, porquanto indubitável o significativo abalo experimentado pelos pais diante da perda de seu filho, com os desdobramentos inerentes, inclusive emocionais e psicológicos. A indenização, nesse cenário, não tem a finalidade de reparar a dor, mas de amenizá-la de alguma forma, minorando os sofrimentos do beneficiário. Não terá, evidentemente, a pretensão de reparar o sofrimento, até porque nada haverá que substitua a perda irreparável. A dor, sabidamente, não tem preço. Tampouco possibilita seja mensurada. O dinheiro, sob essa ótica, servirá apenas de lenitivo. Não apagará a dor, mas tentará mitigá-la.

#### Do *Quantum*

No tocante ao *quantum*, é cediço que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para a sua especificação, razão pela qual deve-se lançar mão de critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, de forma a fixá-lo com moderação para que não seja tão elevado a ponto de ensejar enriquecimento sem causa da vítima, tampouco reduzido que não se revista de caráter preventivo e pedagógico para o causador do dano.

Enfocando o assunto, ressalta Rui Stoco que “*Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apeguada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido*”. (Tratado de Responsabilidade Civil. Rui Stoco. Revista dos Tribunais. 7ª Edição. 2007. p. 128)

A doutrina, por sua vez, traça alguns fatores que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

“a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;

<sup>3</sup> **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Lejuz, 1999. p. 233.

- b) a intensidade de seu sofrimento;
- c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;
- d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;
- e) a gravidade e a repercussão da ofensa;
- f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva”<sup>4</sup>

De tal sorte, o dano moral deve ser fixado de maneira equitativa e em conformidade com a extensão do prejuízo, a teor do que dispõe o artigo 944 da Lei Substantiva Civil, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, tampouco exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

O valor da indenização, portanto, representa quantia proporcional à ofensa e contempla o caráter compensatório e pedagógico da sanção, como também evita-se a perspectiva de enriquecimento ilícito do beneficiário, tendo em conta os critérios relativos à natureza e à extensão dos prejuízos e à condição pessoal das partes.

Nesse panorama, a quantia arbitrada pelo juízo singular a título de danos morais, ou seja R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) para cada um dos autores, se afigura razoável e insere-se dentro dos parâmetros adotados pelos Tribunais Superiores deste país.

Aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de indenização por dano moral decorrente da morte de recém-nascido no parto, por erro médico, vem fixando quantia inclusive superior à mencionada na sentença ora atacada. Veja-se:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PARTO. NASCIMENTO COM TRAUMAS. SEQUELAS. ÓBITO. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA Nº 284/STF.*

*1. O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisório ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que arbitrado em 300 (trezentos) salários mínimos.*

*2. Considera-se deficiente de fundamentação o recurso especial que não indica os dispositivos legais supostamente violados pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência, por analogia, do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.*

*3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1315235/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 18/02/2015).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PARTO. MORTE DE RECÉM-NASCIDO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA Nº 326/STJ. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.*

<sup>4</sup> Arnaldo Rizzardo *apud* Carlos Roberto Gonçalves. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese.

2. Inviável, em sede de recurso especial, modificar o acórdão recorrido que entendeu caracterizada a falha na prestação do serviço e a consequente responsabilidade do hospital pela morte do recém-nascido, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

3. O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisório ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que arbitrado em R\$ 163.500,00 (cento e sessenta e três mil e quinhentos reais). Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 180.480/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 28/02/2014).

Destarte, o valor arbitrado pelo juízo de primeiro grau, bem longe de se revelar excessivo, deve ser mantido sem retoque.

#### Dos honorários advocatícios

Os honorários advocatícios foram fixados em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73. O apelante alega que a quantia é excessiva e pugna pela sua redução.

Acerca da fixação dos honorários advocatícios, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

*“São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pela quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária.” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 13ª Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 313-314).*

Insta ressaltar que o valor não é excessivo; ao contrário, é benévolo ao recorrente, notadamente considerando que, em se tratando de sentença de cunho condenatório, como é o caso, à luz do § 3º do art. 20 do CPC/73<sup>5</sup> se chegaria a patamar inclusive mais elevado.

Nesse passo, ainda que fosse aplicado o percentual mínimo de 10% sobre o total da condenação, que alcançou R\$ 120.000,00 para cada um dos autores, portanto, R\$ 240.000,00, chegar-se-ia ao dobro do montante fixado na sentença a título de honorários advocatícios.

Por outro prisma, à evidência, o valor de R\$ 12.000,00 não é excessivo e remunera de forma condigna o causídico. Assim, considerando o proveito econômico obtido, o grau de zelo, o trabalho e o tempo exigido

<sup>5</sup> “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos (...)”

do profissional para atuação na causa cuja natureza não é de um todo complexa, os honorários devem ser mantidos da forma como fixado na sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença hostilizada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 12 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Cível**  
**Agravo de Instrumento nº 1410336-49.2015.8.12.0000 - Caarapó**  
**Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA – PARALISAÇÃO DO DESCARTE DE ESGOTO EM CÓRREGO – PRAZO DE 120 DIAS – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS – MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO – PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA AUMENTO DO PRAZO PARA 2 ANOS – ACOLHIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Mantém-se a decisão agravada que concedeu tutela antecipada se o recorrente não demonstra o desacerto da decisão e a ausência dos requisitos que serviram de suporte para o provimento antecipatório, máxime, ainda, em razão de o meio ambiente, típico direito constitucional de terceira geração, merecer proteção integral por parte do Estado e da coletividade.

Acolhimento do pedido subsidiário de reforma para aumento do prazo para cumprimento da determinação judicial, porquanto, ao invés de beneficiar os usuários do sistema de coleta de esgoto, a decisão que concedeu prazo de 120 dias culminará em efetivo prejuízo a toda população, sobretudo ao se considerar que não há, de imediato, uma alternativa paliativa para despejo de efluentes do sistema de tratamento de esgoto.

## 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, contra o parecer.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A - SANESUL interpõe agravo de instrumento contra a decisão (fls.19/24) proferida pelo Juízo da da 1ª Vara da Comarca de Caarapó, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da agravante e do Município de Juti/MS.

O recorrente se insurge contra a parte do *decisum* que concedeu antecipação de tutela para que as rés cessem, no prazo de 120 dias, o despejo de esgoto no Córrego Barracão, sem prejuízo ao atendimento da população que se beneficia do sistema sanitário.

Defende a ausência dos requisitos inerentes à medida de urgência postulada pelo *Parquet*, máxime no prazo concedido.

Destaca que o único meio hábil de se cumprir a antecipação de tutela no prazo assinalado seria interrompendo a coleta de esgoto de toda a cidade, notificando-se os usuários do serviço para que providenciem fossas sépticas em suas residências.

Assevera que a estação de tratamento de esgoto do Município de Juti opera desde 2000, mas que, com o crescimento populacional, o funcionamento está além da capacidade normal, de modo que a “*ETE não é mais capaz de tratar de forma eficiente o esgoto coletado*” (fl.04).

Argumenta, assim, que a Sanesul implantará uma nova estação de tratamento, cujos efluentes serão lançados na margem esquerda do Rio Taquarussu, desativando, por consequência, a estação existente, que utiliza o Córrego Barracão para descarte do esgoto tratado.

Enfatiza que a obra para construção da nova estação de tratamento demandará tempo, mormente por se utilizar de aporte de verbas provenientes do Governo Federal, sendo impossível precisar a data de início, mas o término ocorrerá no prazo de 2 anos.

Pede, ao final, o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão no ponto em que determinou não fosse lançado esgoto no Córrego Barracão ou, subsidiariamente, para que se estenda o prazo para 2 anos, tempo necessário para término da nova estação de tratamento.

O agravo foi recebido com a suspensão dos efeitos da decisão que concedeu o prazo de 120 dias para que o agravante paralizasse o despejo de efluentes do sistema de tratamento de esgoto do Município de Juti no Córrego Barracão (fls.337/341).

Informações do Juízo às fls.346/347.

Em contrarrazões, o Ministério Público atuante em primeira instância pugna pela manutenção da decisão combatida (fls.349/359).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do agravo (fls.406/418).

## VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

O agravo de instrumento desafia decisão que deferiu antecipação de tutela nos seguintes termos:

*Posto isso, defiro, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que os requeridos, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, cessem o despejo de esgoto no curso d'água do Córrego Barracão, sem prejuízo no atendimento das pessoas que se beneficiam por tal sistema de esgoto sanitário, bem como para que, no prazo e 60 (sessenta) dias, protocolizem o projeto de recuperação de área degradada (PRADE) junto ao IMASUL - Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, que deverá conter medidas para a recuperação dos processos erosivos existentes na propriedade rural “Estância Rancho Branco”, bem como para despoluir as águas do Córrego Barracão, com cronograma de execução não superior a 1 (um) ano, elaborado por profissional com ART - Anotação de Responsabilidade Técnica e, posteriormente, executá-lo para recuperar os danos causados ao meio ambiente, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em favor do FUNLES.*

A Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A - SANESUL insurge-se apenas quanto à determinação para que, no prazo de 120 dias, cesse o despejo de esgoto no córrego em questão.

Postula, assim, a reforma da decisão para que seja afastada a proibição de despejo do esgoto no Córrego Barracão ou, subsidiariamente, para que se elasteça o prazo de 120 dias para 2 anos, quando, então, restará concluída a obra de estação de tratamento de esgoto.

A controvérsia reside em definir se estão presentes ou não os requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, concedida em primeiro grau.

Portanto, ressalto desde já que, em atenção ao princípio da devolutividade, a análise do recurso ficará circunscrita à verificação dos pressupostos inerentes à tutela antecipada, sob pena de incorrer em supressão de instância.

E, de fato, consoante concluiu o magistrado primevo, despontam do caderno processual elementos que fazem emergir os pressupostos inerentes à medida de urgência concedida.

Até porque, segundo lições de Teori Albino Zavaski: *“o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade, demonstrando sua relevância jurídica”*<sup>1</sup>.

Verifica-se do caso enfocado que a medida antecipatória visa a preservação do meio ambiente, em razão de ação poluidora perpetrada pela agravante e pela corré na lide.

Aliás, o simples fato de o equilíbrio ecológico do meio ambiente, típico direito constitucional de terceira geração, merecer proteção integral por parte do Estado e da coletividade, é motivo suficiente à concessão da tutela antecipatória.

A propósito, sobre o tema já se manifestou a Excelsa Corte:

*“Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A Atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado*

<sup>1</sup> *Antecipação da Tutela*. Ed. Saraiva, 1997, p.76.

*este em seu aspecto físico ou natural.” (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 Ement Vol-02219-03 PP-00528).*

Por outro lado, quanto ao *periculum in mora*, registrou o julgador da origem: “*Ademais, indiscutível o perigo de dano irreparável, pois este se corrobora mediante o surgimento de erosões e de contaminação do Córrego Barracão, continuamente e sem controle, na propriedade rural em questão. Se não cessado tal comportamento, os danos incidirão diretamente em bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que é o meio ambiente*”.

Logo, não se desincumbiu o agravante de demonstrar que não estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, de modo que deve prevalecer a eficácia do *decisum* combatido.

Contudo, assiste razão ao recorrente quanto ao pedido sucessivo para que se prolongue o prazo de 120 dias anotado na decisão, para, assim, tornar viável o cumprimento do pronunciamento judicial.

Sem imiscuir no mérito da demanda, acerca dos motivos e da longa data que perdura a negligência da agravante e da corré quanto ao desrespeito com o meio ambiente, sobretudo porque, neste momento, não se trata de provimento definitivo, certo é que o prazo imposto para atendimento da medida de urgência em testilha mostra-se relativamente exíguo.

Dessarte, ao invés de beneficiar os usuários do sistema de coleta de esgoto, a decisão que concedeu prazo de 120 dias culminará em efetivo prejuízo a toda população, máxime ao se considerar que não há, de imediato, uma alternativa paliativa para descarte do esgoto que atualmente é lançado no Córrego Barracão.

Com efeito, se cessado o despejo de efluentes no Córrego Barracão, a coletividade, em especial a municipalidade de Juti, suportará danos maiores do que se mantido o atual cenário que, indene de dúvidas é prejudicial ao meio ambiente.

Ademais, é cediço que a cogitada hipótese de os usuários utilizarem-se de fossas sépticas, acaso se mantiver a determinação com o prazo de 120 dias, é, de todo modo, altamente nociva ao meio ambiente.

Deve-se considerar que a coleta e tratamento de esgoto é essencial à população, o que impede a sua paralisação ante a premente necessidade de continuidade da prestação do serviço público, ainda que, por enquanto, de forma precária.

À evidência, eventual paralisação da atual forma de descarte do esgoto redundará prejuízo aos mais de 1.100 usuários do sistema de tratamento que possui aproximadamente 404 ligações (*vide* dados estampados à fl.267), bem assim à saúde da população que necessita do serviço de saneamento básico.

Outrossim, é de se notar que a agravante só procede ao descarte dos efluentes no Córrego Barracão após tratamento (ainda que não totalmente eficiente), conduta que a empresa concessionária de serviço público não se nega a continuar adotando.

Sobre tal ponto, anotei no despacho de recebimento do agravo que “*poderá o Órgão Ministerial autor da ação civil pública, enquanto não julgado o mérito da demanda, requerer ao Juízo a quo medidas - a exemplo de estudo periódico para aferir o grau de eficiência do tratamento realizado pela agravante no esgoto da municipalidade de Juti - com a finalidade de fiscalizar se realmente a concessionária mantém um padrão razoável e constante no que tange ao tratamento dos efluentes lançados no Córrego Barracão*”.

Portanto, o pedido subsidiário de reforma para que, ao invés de 120 dias, se conceda 2 anos para solução do problema relacionado ao descarte do esgoto deve ser acolhido.

Inconteste que a solução definitiva para o caso enfocado é a realização de obra no sentido de ampliar a capacidade de tratamento do esgoto do Município de Juti/MS, o que viabilizará o descarte adequado dos efluentes, sem danos ao meio ambiente e à coletividade.

A própria agravante, no arrazoadado recursal, afirma que tal obra é objeto de termo de compromisso assinado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a Fundação Nacional de Meio Ambiente para repasse de verba destinada à construção da nova estação elevatória de esgoto, a qual possibilitará o cessamento da utilização do atual sistema que se vale do Córrego Barracão para despejo, situação, aliás, corroborada pelo Relatório Técnico estampado às fls. 262/268.

Além do mais, a decisão agravada foi proferida em agosto de 2015 e, considerando que o agravante postulou subsidiariamente em seu recurso a dilação dos 120 dias para 2 anos, tendo, desde então, transcorrido quase 1 ano completo, falta pouco mais de 1 ano para conclusão da referida obra.

Deste modo, atento à razoabilidade e à proporcionalidade que devem ser levadas em conta no caso versando, uma vez que o atual sistema de esgoto do Município de Juti é utilizado desde o ano de 2000, é de se relevar que o aguardo por mais 1 ano não repercutirá mais prejudicialidade do que a já constatada no cenário ambiental vislumbrado atualmente, notadamente se se sopesar a imprescindibilidade da continuidade do serviço público de caráter essencial frente aos possíveis danos ao ambiente que já perduram de longa data.

Por fim, é cediço que o benefício da antecipação de tutela “*é atribuído em caráter provisório e em cognição superficial, pois o julgamento definitivo e exauriente só se fará no momento oportuno*”<sup>2</sup>, de modo que, se verificado pelo magistrado *a quo* panorama fático que deva ser considerado para solução do litígio, ainda que relativamente ao prazo para que o agravante se abstenha de lançar esgoto no curso d’água do Córrego Barracão, nada impede que se adote as medidas necessárias para implementação do provimento judicial.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, acolhendo pedido de reforma subsidiário, conceder o prazo de 2 anos, contados da ciência da decisão ora combatida, para que a agravante cesse definitivamente o descarte de efluentes no Córrego Barracão.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Wilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Wilson Bertelli.

Campo Grande, 20 de julho de 2016.

\*\*\*

<sup>2</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 6ª ed., Saraiva, 2009, p. 297.

**2ª Câmara Cível**  
**Conflito de Competência nº 1600990-56.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL – VARAS CÍVEIS DE COMPETÊNCIA ESPECIAL – ARTIGO 2º, “d-A”, DA RESOLUÇÃO 221/94, DO TJMS.

A competência para processar e julgar o cumprimento de sentença proferida em ações envolvendo contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, concerne às Varas Cíveis de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, consoante artigo 2º d-A, da Resolução nº 221/94-TJMS.

Sociedades de créditos imobiliários são instituições financeiras criadas pela Lei nº 4.380/64 para atuar no financiamento habitacional e estão subordinadas ao Banco Central, tal como emerge do próprio diploma legal correspondente.

## 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, declarar competente a 18ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de agosto de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Juíza de Direito da 18ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 15ª Vara da Comarca de Campo Grandes/MS, concernente ao Cumprimento de Sentença que Regina Ferreira Miranda move em desfavor de Haspa Habitação São Paulo S/A e Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A.

Consta que o Titular da 15ª Vara Cível declinou da competência, consignando o seguinte:

*“Considerando a publicação do Provimento CSM nº 201, de 05 de maio de 2010, que estabelece as regras para a divisão física dos cartórios das varas cíveis residuais da Comarca de Campo Grande e o remanejamento dos processos referentes aos contratos bancários, determino a remessa do autos ao Cartório Distribuidor para a livre distribuição entre as varas de competência cível especial desta Comarca”.*

Por sua vez, a Magistrada Titular da 18ª Vara Cível de Competência Especial, ao receber os autos por força de redistribuição, entendeu por bem suscitar o conflito, consoante posicionamento estampado às fls. 03/05.

Pois bem. Nada obstante o respeito devido aos posicionamentos destacados pelos juízos suscitante e suscitado, bem como à excelência das razões apontadas, tenho que a pretensão deduzida pelo primeiro não comporta guarida.

Como cediço, o artigo 2º, alínea “d-A”, da Resolução nº 221/94-TJMS, alterada pelas Resoluções 525/2007 e 09/2008, assim dispõe:

*Art. 2º. Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*

*d-A) aos das varas cíveis de competência especial a competência privativa para as tutelas jurisdicionais de conhecimento e cautelares, relativas a contratos bancários, contratos com alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei nº 911/1969), contratos de arrendamento mercantil e, de modo geral, contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central (arts. 17 e 18 da Lei Federal nº 4.595/1964), excluídas as empresas de fatorização e companhias de seguro. Ficam excluídas as tutelas jurisdicionais de conhecimento que tenham por base títulos cambiais, bem como as causas relativas a tutelas jurisdicionais de natureza executiva, fundadas em títulos executivos extrajudiciais e os embargos a elas conexos.*

Por sua vez, o artigo 2º do Provimento CSM nº 201, estampa:

*Art. 2º As ações em andamento nas varas cíveis residuais que se enquadram no inciso “d-A” da Resolução 221, de 01 de setembro de 1994, deverão ser redistribuídas às varas cíveis de competência especial, equitativamente, para trâmite no modo convencional.*

Por corolário, apesar de a ação de conhecimento ter tramitado no Juízo da 15ª Vara Cível, a competência para processar e apreciar o cumprimento de sentença alusivo a demandas envolvendo contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, concerne às Varas Cíveis de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, consoante artigo 2º d-A da Resolução nº 221/94.

Nesse diapasão, aliás, a construção emanada desta Corte de Justiça:

*EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ART. 2º, ALÍNEA “D-A”, DA RESOLUÇÃO N. 221/1994, DO TJMS – COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS DE COMPETÊNCIA ESPECIAL PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DAS AÇÕES RELATIVAS A CONTRATOS BANCÁRIOS – APLICAÇÃO DA REGRA AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, PORQUANTO ESTE SE TRATA APENAS DE UMA FASE DO PROCESSO – IRRELEVÂNCIA DO FATOS DE A CAUSA TER TRAMITADO EM OUTRO JUÍZO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA – CONFLITO PROCEDENTE. A partir das alterações de competência em razão da matéria, as Varas Cíveis residuais deixaram de ser competentes para processar e julgar ações relacionadas a contratos bancários, como no presente caso, mesmo em se tratando de cumprimento de sentença, porquanto trata-se apenas de uma fase do processo, que, por força da última reforma processual, passou a ser sincrético. A aplicação do art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil, deve ser aplicada no presente, entendendo-se que, havendo alteração da competência em razão da matéria, como in casu, deve ser aplicada a regra contida no art. 87 do mesmo Diploma Legal. Deve ser aplicada à hipótese versada a exceção prevista no art. 87 do CPC, porquanto há de*

*ser afastada a regra de que o cumprimento de sentença deve ser efetuado no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição, haja vista a alteração da competência em razão da matéria, hipótese de competência absoluta, que deve ser respeitada”. Conflito procedente. (Conflito de Competência - N. 2011.029644- 1600009-51.2013.8.12.0000 7/0000-00 - Campo Grande; Relator - Exmo. Sr. Des. João Maria Lós; 1ª Câmara Cível; j. 11.01.2012).*

No mesmo tom o posicionamento adotado pela Segunda Câmara Cível deste Sodalício:

*EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS VARAS CÍVEIS DE COMPETÊNCIA ESPECIAL . ART. 2º, “d-A”, DA RESOLUÇÃO 221/94, DO TJMS. 1. A competência para processar e julgar o cumprimento de sentença proferida em ações envolvendo contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central é dos juizes das Varas Cíveis de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, na forma do artigo 2º d-A, da Resolução nº 221/94, do TJMS. 2. Sociedades de créditos imobiliários são instituições financeiras criadas pela Lei nº 4.380/64, para atuar no financiamento habitacional. (Conflito de Competência - Nº 1600009-51.2013.8.12.0000 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli Suscitante, j. 30 de abril de 2013, 2ª Câmara Cível)*

De outro vértice, não há como dar acolhida ao entendimento de que não estaria comprovada a natureza jurídica das instituições financeiras Haspa – Habitação São Paulo S/A e Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A., tampouco se seriam efetivamente subordinadas à fiscalização do Banco Central, máxime considerando que figuram como sociedades de crédito imobiliário, enfim, instituições financeiras criadas pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, para atuar no financiamento habitacional, subordinadas ao Banco Central, conforme realçado no referido diploma legal. Gize-se:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...)

*IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;*

*X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:*

*a) funcionar no País;*

*b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;*

*c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;*

*d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;*

*e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;*

*f) alterar seus estatutos.*

*g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.*

*XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos*

*de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; (...).*

Ante o exposto, declaro competente o juízo suscitante, Juízo da 18ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, para o processamento dos autos de cumprimento de sentença nº 0818593-75.2016.8.12.0001.

## VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Juíza de Direito da 18ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 15ª Vara da Comarca de Campo Grandes/MS, concernente ao Cumprimento de Sentença que Regina Ferreira Miranda move em desfavor de Haspa Habitação São Paulo S/A e Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A.

Consta que o Titular da 15ª Vara Cível declinou da competência, consignando o seguinte:

*“Considerando a publicação do Provimento CSM nº 201, de 05 de maio de 2010, que estabelece as regras para a divisão física dos cartórios das varas cíveis residuais da Comarca de Campo Grande e o remanejamento dos processos referentes aos contratos bancários, determino a remessa do autos ao Cartório Distribuidor para a livre distribuição entre as varas de competência cível especial desta Comarca”.*

Por sua vez, a Magistrada Titular da 18ª Vara Cível de Competência Especial, ao receber os autos por força de redistribuição, entendeu por bem suscitar o conflito, consoante posicionamento estampado às fls. 03/05.

Pois bem. Nada obstante o respeito devido aos posicionamentos destacados pelos juízos suscitante e suscitado, bem como à excelência das razões apontadas, tenho que a pretensão deduzida pelo primeiro não comporta guarida.

Como cediço, o artigo 2º, alínea “d-A”, da Resolução nº 221/94-TJMS, alterada pelas Resoluções 525/2007 e 09/2008, assim dispõe:

*Art. 2º. Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*

*d-A) aos das varas cíveis de competência especial a competência privativa para as tutelas jurisdicionais de conhecimento e cautelares, relativas a contratos bancários, contratos com alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei nº 911/1969), contratos de arrendamento mercantil e, de modo geral, contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central (arts. 17 e 18 da Lei Federal nº 4.595/1964), excluídas as empresas de fatorização e companhias de seguro. Ficam excluídas as tutelas jurisdicionais de conhecimento que tenham por base títulos cambiais, bem como as causas relativas a tutelas jurisdicionais de natureza executiva, fundadas em títulos executivos extrajudiciais e os embargos a elas conexos.*

Por sua vez, o artigo 2º do Provimento CSM nº 201, estampa:

*Art. 2º As ações em andamento nas varas cíveis residuais que se enquadram no inciso “d-A” da Resolução 221, de 01 de setembro de 1994, deverão ser redistribuídas às varas cíveis de competência especial, equitativamente, para trâmite no modo convencional.*

Por corolário, apesar de a ação de conhecimento ter tramitado no Juízo da 15ª Vara Cível, a competência para processar e apreciar o cumprimento de sentença alusivo a demandas envolvendo contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, concerne às Varas Cíveis de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, consoante artigo 2º d-A da Resolução nº 221/94.

Nesse diapasão, aliás, a construção emanada desta Corte de Justiça:

*EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ART. 2º, ALÍNEA “D-A”, DA RESOLUÇÃO N. 221/1994, DO TJMS – COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS DE COMPETÊNCIA ESPECIAL PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DAS AÇÕES RELATIVAS A CONTRATOS BANCÁRIOS – APLICAÇÃO DA REGRA AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, PORQUANTO ESTE SE TRATA APENAS DE UMA FASE DO PROCESSO – IRRELEVÂNCIA DO FATO DE A CAUSA TER TRAMITADO EM OUTRO JUÍZO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA – CONFLITO PROCEDENTE. A partir das alterações de competência em razão da matéria, as Varas Cíveis residuais deixaram de ser competentes para processar e julgar ações relacionadas a contratos bancários, como no presente caso, mesmo em se tratando de cumprimento de sentença, porquanto trata-se apenas de uma fase do processo, que, por força da última reforma processual, passou a ser sincrético. A aplicação do art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil, deve ser aplicada no presente, entendendo-se que, havendo alteração da competência em razão da matéria, como in casu, deve ser aplicada a regra contida no art. 87 do mesmo Diploma Legal. Deve ser aplicada à hipótese versada a exceção prevista no art. 87 do CPC, porquanto há de ser afastada a regra de que o cumprimento de sentença deve ser efetuado no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição, haja vista a alteração da competência em razão da matéria, hipótese de competência absoluta, que deve ser respeitada”. Conflito procedente. (Conflito de Competência - N. 2011.029644- 1600009-51.2013.8.12.0000 7/0000-00 - Campo Grande; Relator - Exmo. Sr. Des. João Maria Lós; 1ª Câmara Cível; j. 11.01.2012).*

No mesmo tom o posicionamento adotado pela Segunda Câmara Cível deste Sodalício:

*EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS VARAS CÍVEIS DE COMPETÊNCIA ESPECIAL. ART. 2º, “d-A”, DA RESOLUÇÃO 221/94, DO TJMS. 1. A competência para processar e julgar o cumprimento de sentença proferida em ações envolvendo contratos celebrados com instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central é dos juizes das Varas Cíveis de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, na forma do artigo 2º d-A, da Resolução nº 221/94, do TJMS. 2. Sociedades de créditos imobiliários são instituições financeiras criadas pela Lei nº 4.380/64, para atuar no financiamento habitacional. (Conflito de Competência - Nº 1600009-51.2013.8.12.0000 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli Suscitante, j. 30 de abril de 2013, 2ª Câmara Cível)*

De outro vértice, não há como dar acolhida ao entendimento de que não estaria comprovada a natureza jurídica das instituições financeiras Haspa – Habitação São Paulo S/A e Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A., tampouco se seriam efetivamente subordinadas à fiscalização do Banco Central, máxime considerando que figuram como sociedades de crédito imobiliário, enfim, instituições financeiras

criadas pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, para atuar no financiamento habitacional, subordinadas ao Banco Central, conforme realçado no referido diploma legal. Gize-se:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...)

*IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;*

*X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:*

*a) funcionar no País;*

*b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;*

*c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;*

*d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;*

*e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;*

*f) alterar seus estatutos.*

*g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.*

*XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; (...).*

Ante o exposto, declaro competente o Juízo Suscitante, Juízo da 18ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, para o processamento dos autos de cumprimento de sentença nº 0818593-75.2016.8.12.0001.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, declararam competente a 18ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 31 de agosto de 2016.

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



**Órgão Especial**  
***Habeas Corpus* nº 1414429-55.2015.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

*HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRIVILÉGIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO – RECONHECIMENTO – PACIENTES QUE, APESAR DE QUALIFICADOS COMO TESTEMUNHAS SERÃO TRATADOS COMO INVESTIGADOS – GARANTIAS RECONHECIDAS – NULIDADE DE INTIMAÇÕES – COMUNICAÇÕES DE ATOS OFICIAIS QUE DEVEM OBEDECER ÀS REGRAS PROCESSUAIS PENAIIS – CONCESSÃO.

Deve ser reconhecido o direito a não auto-incriminação e todas as garantias decorrentes do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, aos pacientes que, embora qualificados como testemunhas por Comissão Parlamentar de Inquérito, serão ouvidos como investigados.

As comunicações de atos oficiais referentes à Comissão Parlamentar de Inquérito devem obedecer, ao menos minimamente, às regras processuais penais, não sendo reconhecida a possibilidade de intimação dos pacientes por *e-mail*.

*Habeas corpus* a que se concede para o fim de reconhecer a nulidade das comunicações dos atos oficiais efetuadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito, bem como garantir aos pacientes os direitos e garantias inerentes a qualquer investigado.

## 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 ordem, nos termos do voto do Relator. Absteve-se, por estar em férias no início do julgamento, o Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

Campo Grande, 27 de abril de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A advogada Walesca de Araújo Cassundé ingressa com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Nereu Schneider e Aquiles Paulus, sob a alegação de que poderão sofrer constrangimento ilegal por parte do Presidente da Comissão de Inquérito Parlamentar da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul.

Aduz que os pacientes exerceram atividade junto ao Conselho Indigenista Missionário do Estado de Mato Grosso do Sul entre os anos de 1987 a 2002, tendo se dedicado à advocacia particular após tal período.

Relata que recentemente os pacientes encontravam-se no município de Antônio João, palco de conflitos indígenas e proprietários rurais, e em razão dos serviços anteriormente prestados junto ao Conselho Indigenista Missionário, foram apontados como um dos responsáveis pelas últimas ações indígenas da região.

Em vista disso, a autoridade apontada como coatora instaurou a Comissão Parlamentar de Inquérito da CIMI, tendo os pacientes sido convocados para depor na condição de testemunhas, quando, na verdade, vislumbra-se a clara intenção daquele órgão de impingir-lhes a condição de investigados, mormente quando se verifica o desrespeito às normas procedimentais e legais.

Assim, pugnou pela concessão de liminar, a fim de que fosse garantido aos pacientes o respeito ao direito constitucional ao silêncio, bem como a assistência de advogado, sem que disso decorram sanções penais.

Outrossim, pugnou pela declaração de nulidade das convocações encaminhadas aos pacientes, pois realizadas em desconformidade aos preceitos legais.

Às f. 437/438, esta relatoria determinou a intimação dos pacientes, para que esclarecessem pontos obscuros do *writ* e seu interesse no prosseguimento do mesmo, o que foi devidamente efetuado, conforme f. 440.

A tutela de urgência foi deferida parcialmente, para o fim de garantir aos pacientes a presença de advogado ao seu lado para a devida assistência, e a possibilidade de exercer o direito ao silêncio caso suas declarações pudessem configurar produção de prova contra si mesmos ou auto-incriminação, sem que tal silêncio enseje qualquer consequência de ordem penal.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo (f. 732/733).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão (f. 753/763).

### **VOTO (EM 06/04/2016)**

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

A advogada Walesca de Araújo Cassundé ingressa com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Nereu Schneider e Aquiles Paulus, sob a alegação de que poderão sofrer constrangimento ilegal por parte do Presidente da Comissão de Inquérito Parlamentar da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul.

Extraí-se que os pacientes exerceram atividade junto ao Conselho Indigenista Missionário do Estado de Mato Grosso do Sul entre os anos de 1987 a 2002, tendo se dedicado à advocacia particular após tal período.

Haja vista a presença dos pacientes no município de Antônio João, palco de conflitos indígenas e proprietários rurais, e em razão dos serviços anteriormente prestados junto ao Conselho Indigenista Missionário, Nereu e Aquiles foram apontados como um dos responsáveis pelas últimas ações indígenas da região.

Assim, a autoridade apontada como coatora instaurou a Comissão Parlamentar de Inquérito da CIMI, tendo os pacientes sido convocados para depor na condição de testemunhas, quando, na verdade,

segundo a defesa, vislumbra-se a clara intenção daquele órgão de impingir-lhes a condição de investigados, mormente quando se verifica o desrespeito às normas procedimentais e legais.

Ao prestar as informações, a autoridade apontada como coatora assim discorreu (f. 732/733):

*“Trata-se de Comissão Parlamentar de Inquérito visando a apuração de fato determinado relevante para a vida pública e a ordem constitucional do país, consubstanciado na apuração da responsabilidade do CIMI – Conselho Indigenista Missionário na incitação e financiamento de invasões de propriedades particulares por indígenas em Mato Grosso do Sul (documentos em anexo).*

*Ambos os pacientes forma, pelo menos a princípio, coordenadores do Conselho Indigenista Missionário do Mato Grosso do Sul, sendo figuras habituais nos cenários das supostas invasões efetuadas pelos índios.*

*Outrossim, na qualidade de coordenadores, cada um à sua época, devem ter participado de vários projetos, provavelmente com captação de recursos externos para alocação indígena.*

*Ora, por óbvio, seus depoimentos são importantes para apuração da verdade real dos fatos, podendo trazer à luz importantes elementos de convicção para esta Comissão, inclusive provas que abonem a conduta do referido conselho.*

*Os nomes dos pacientes são frequentemente citados por várias testemunhas. Desta forma, a Comissão acredita que os depoimentos servirão para espantar qualquer dúvida a respeito da conduta do CMI.*

*Por outro lado, não há prejuízo na intimação via e-mail, haja vista a dificuldade em localizar seus endereços. Ademais, com os avanços da tecnologia (internet), fronteiras físicas são encurtadas, sem mencionar a economia nas despesas desta CPI. Logo, deve o Poder Público enveredar todos os esforços para tanto.*

*Por estas razões é que seja desejada a tomadas os referidos depoimentos.”*

O simples exame das informações permite constatar que, apesar de haverem sido convocados como testemunhas, os pacientes serão tratados como investigados, justamente porque fizeram parte dos quadros da referida instituição, além de haver notícia veiculada pela imprensa local da participação dos mesmos como incitadores dos movimentos indígenas.

Aliás, a justificativa que acompanha o requerimento complementar de instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito da CIMI corrobora tal entendimento (f. 741/742):

*“Considerando as inúmeras e constantes denúncias sobre a participação do CIMI (Conselho Indigenista Missionário) em invasões de propriedades particulares no Estado de Mato Grosso do Sul, com forte indícios de incitação e financiamento dessas invasões por membros do Conselho, desde o ano de 1998, requeiro à Mesa Diretora, ouvindo o Colendo Plenário, nos termos que dispõe o artigo 64, parágrafo 3º da Constituição Estadual, e artigos 50 e 52 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, que seja instituída uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), composta por 05 (cinco) membros titulares e 05 (cinco) membros suplentes, com o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a sua conclusão, tendo como objetivo apurar a responsabilidade do CIMI e seus representantes nos crimes acima citados.*

*Alguns integrantes do CIMI foram denunciados em diversos episódios como potenciais incitadores e financiadores de invasões de propriedades particulares em Mato*

*Grosso do Sul, estando inclusive infiltrados dentro das aldeias indígenas coordenando essas ações. O princípio objetivo do CIMI, nesse caso, é promover a “retomada” de áreas consideradas, pelo Conselho, como tradicionalmente indígenas. No entanto, essas propriedades foram adquiridas dentro da legalidade, vigente à época, através de compra entre os proprietários e o Estado, configurando assim invasão de propriedade, e não retomada.*

*Apresento aqui o nome de alguns membros do CIMI que tem sido constantemente denunciados por envolvimento em ações de incitação e financiamento das invasões. São eles: Nereu Schneider, Paulus Aquiles, Maucir Paulette, Flávio Vicente Machado, Rubem Thomas de Almeida, Indígena Otoniel Ricardo Guarani, Orlando Lopes, Daniel Lopes, Indígena Elizeu e/ou Elizeu Lopes, Luiz Henrique Eloy, Egon Heck e Rogério Batalha, os quais, com suas condutas supostamente ilícitas, poderão ser enquadrados em crimes previstos no Código Penal Brasileiro, Lei 4729/65, principalmente no que diz respeito à prática de atos vedados na Constituição Federal.*

*A atuação desses membros do CIMI se dá principalmente nas invasões de terras ocorridas nos municípios de Dois Irmãos do Buriti, Sidrolândia, Porto Murtinho, Aquidauana, Miranda, Corumbá, Iguatemi, Japorã, Paranhos, Antônio João, Amambaí, Coronel Sapucaia, Aral Moreira, Caarapó, Dourados, Rio Brilhante, Douradina e Bonito, assim como em áreas no entorno ou contíguas, conforme documentos anexos que comprovam tais ações a partir de 1998, quando houve o registro das primeiras denúncias da articulação e financiamento do CIMI.*

*A Comissão Parlamentar de Inquérito aqui proposta tem por objetivo investigar justamente o suposto envolvimento dos membros do CIMI nesses conflitos, que estão se agravando a cada ano independentemente de quais membros do órgão estejam participando desse processo.*

*O fato é que o Conselho Indigenista Missionário está presente em todos os relatos de conflitos entre produtores rurais e indígenas, causados pela invasão de propriedades particulares nos municípios acima citados, o que tem piorado a crise no campo e colocado em risco as vidas dos índios e de produtores.”*

Logo, aos pacientes devem ser garantidos os direitos inerentes a qualquer investigado, dentre os quais, a assistência de advogado de sua livre escolha e o direito constitucional ao silêncio, sem que sejam penalizados por tanto.

Acerca do tema, confira-se a jurisprudência:

*“HABEAS CORPUS. Impetração buscando garantir o direito à assistência de advogado e a faculdade de permanecer em silêncio durante depoimento em CPI. Possível condição de investigado, apesar da convocação como testemunha. Necessidade de se assegurar todos os direitos decorrentes de tal condição. Ordem concedida.”*<sup>1</sup>

*“HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – DEPOIMENTO EM COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO COMO TESTEMUNHA – AUTOACUSAÇÃO – DIREITO AO SILÊNCIO – DESOBRIGAÇÃO DA ASSINATURA DO TERMO DE COMPROMISSO – ORDEM CONCEDIDA RATIFICANDO A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA – UNANIMIDADE.*

*É assegurado ao investigado o direito ao silêncio, evitando a possibilidade de auto-incriminação, bem como de ser acompanhado por seu advogado.”*<sup>2</sup>

1 TJSP, HC 2131623-37.2015.8.26.0000, 9ª Câm. de Direito Crim., rel. Des. Souza Nery, j. 20/08/2015. DJ 1º/09/2015.

2 TJMA, Rec 0003058-70.2014.8.10.0000, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, j. 30/06/2014, DJ 04/07/2014.

*“PENAL – PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS PREVENTIVO – Comissão Parlamentar de Inquérito. O paciente, na condição de investigado, tem o direito de não firmar termo de compromisso, de exercer o direito ao silêncio, bem como de ser assistido por advogado. Princípio da não auto-incriminação. Ordem concedida. Decisão unânime.”<sup>3</sup>*

No mesmo diapasão, o entendimento do Pretório Excelso:

*“DEPOIMENTO – TERMO DE COMPROMISSO – INVESTIGADO – CPI – POLIVALÊNCIA DO TERMO – IMPROPRIEDADE.*

*A circunstância de o convocado para depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito ser alvo da própria investigação desobriga-o da assinatura do termo de compromisso, não subsistindo, ante a contrariedade à ordem natural das coisas, de força insuplantável, a ressalva de que não estará compelido a manifestar-se a ponto de incriminar-se.”<sup>4</sup>*

*“Comissão Parlamentar de Inquérito – PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO – DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO.*

*O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”<sup>5</sup>*

Finalmente, no tocante à suposta nulidade da convocação dos pacientes para o comparecimento aos atos oficiais, bem pontuou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 761/762):

*“Por oportuno, ressalta que o ato de intimação deverá ser revestido das formalidades exigidas pelo Código de Processo Penal, tendo em vista que o Regimento Interno da Assembleia Legislativa (Resolução de nº 65/08) deixa expresso em seu artigo 51 que:*

*Art. 51. A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá, observada a legislação específica:*

3 TJPE, Proc 0008896-04.2011.8.17.0000, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Antônio Carlos Alves da Silva, j. 07/12/2011, DJ 06/01/2012, p. 266.

4 HC 83703, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/12/2003.

5 HC 79812, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 08/11/2000.

(...)

*Parágrafo único. As Comissões Parlamentares de Inquérito valer-se-ão, subsidiariamente, das normas contidas no Código Penal e de Processo Penal.”*

*(Destaques originais)*

Nesta toada, é certo que a comunicação dos atos oficiais deverá obedecer o quanto disposto nos artigos 370 a 372, do Código de Processo Penal, devendo os pacientes serem intimados pela imprensa oficial, mandado, via postal ou qualquer outro meio idôneo, não valendo a alegação de que a intimação por *e-mail* se justificou pela dificuldade em localizar seus endereços.

Isso porque, o próprio art. 51, II, da Resolução n.º 65/08, é claro no seguinte sentido:

*“Art. 51. A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá, observada a legislação específica:*

*(...)*

*II – determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de órgãos e entidades da administração pública, informações e documentos, requerer a audiência de Parlamentares e Secretários de Estado, tomar depoimentos de autoridades, e requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais;”*

Logo, a Comissão Parlamentar de Inquérito tem a disposição poderes para requisitar aos órgãos públicos quaisquer informações de interesse para a investigação, inclusive o endereço atualizados dos pacientes.

Ante o exposto, concedo a ordem pleiteada em favor de Nereu Schneider e Aquiles Paulus para ratificar a liminar anteriormente concedida e, assim, garantir-lhes o respeito a todos os direitos inerentes a qualquer investigado, bem como reconhecer a nulidade das intimações procedidas, ante a não conformidade com as regras legais vigentes.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (3º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Claudionor Miguel Abss Duarte (7º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (11º Vogal)

Acompanho o Relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Sérgio, Pavan, Claudionor e Manoel concederem a ordem. Os demais aguardam.

**VOTO (EM 27/04/2016)**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Pedi vista destes autos por não me considerar apto ao julgamento naquele momento, tendo em vista a necessidade de mais elementos acerca dos termos e condições da lide.

A impetração preventiva versa sobre o asseguramento do direito dos impetrantes a não produzir prova contra si mesmos, reservando-lhes o direito de permanecer em silêncio durante sua oitiva, sem consequências penais, bem como o de ser assistidos por advogados. Isso porque, embora tenham sido convocados para depor, na condição de testemunhas, acreditam figurarem, na verdade, como investigados.

O ilustre Relator e demais pares que o seguiram votaram pela concessão da ordem.

Bem examinados e delimitados os contornos da lide, é possível concluir que a Comissão Parlamentar de Inquérito da CIMI foi instaurada junto à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul para apurar a responsabilidade do Conselho Indigenista Missionário no Estado de Mato Grosso do Sul pela incitação e financiamento de invasões de propriedades particulares por indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul.

Os pacientes exerceram atividades junto à referida entidade, havendo suspeita de participação em recentes conflitos ocorridos no município de Antônio João, o que indicaria a condição de investigados, não testemunhas.

Foi concedida a tutela de urgência, *“para o fim de garantir no depoimento a ser prestado na referida Comissão Parlamentar de Inquérito, a presença de advogado ao seu lado para a devida assistência, e a possibilidade de exercer o direito ao silêncio caso suas declarações possam configurar produção de prova contra si mesmos ou auto-incriminação, sem que tal silêncio enseje qualquer consequência de ordem penal”*, ora ratificada.

A orientação adotada pelo eminente Relator, Des. Carlos Eduardo Contar encontra respaldo em remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que peço *venia* para transcrever, apenas a títulos de ilustração, *in verbis*:

*“PENAL – PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI – DIREITO AO SILÊNCIO – TESTEMUNHA – AUTO-ACUSAÇÃO – LIMINAR DEFERIDA PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE. I - É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II - Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso. III - A realização da oitiva, garantidos os direitos da paciente, implica a prejudicialidade do feito. IV - HC conhecido e julgado prejudicado.”* (STF - HC: 89269 DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 21/11/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2006).

Respalda-se, assim, garantia a direito fundamental ao silêncio e à não auto incriminação, positivado no art. 5º, LXII, da Constituição Federal *“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”*, e no art. 8º, inciso 2, letra *“g”*, da Convenção Americana de Direitos Humanos *“direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”*.

É importante ressaltar que a observância desses direitos não interferem no curso das investigações, que deverão prosseguir regularmente.

Dessarte, a solução adotada pelo eminente Relator merece ratificação, razão pela qual não tenho dúvidas em acompanhar os votos já proferidos pelos nobres pares, nesse sentido.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (4º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (5º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (6º Vogal)

Acompanho o Relator.

A Sr. Des. Tânia Garcia de Freitas Borges (9º Vogal )

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (10º Vogal )

Acompanho o Relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do relator. Absteve-se, por estar em férias no início do julgamento, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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. Claudionor Miguel Absz Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 27 de abril de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Agravo de Execução Penal nº 0002348-90.2014.8.12.0001 - Coxim**  
**Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – EVASÃO – JUSTIFICATIVA INSUBSISTENTE – REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO E PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS – PARCIALMENTE PROVIDO.

O cometimento de falta grave, nos termos do art. 118, I, da Lei de Execução Penal, implica na transferência para regime mais rigoroso e pode ocasionar a perda dos dias remidos de até 1/3, conforme art. 127 da referida Lei. No caso, a agravante deixou de cumprir as condições do regime semiaberto, sem comprovar a justificativa alegada, devendo ser regredida ao regime fechado. Todavia, o *quantum* da perda dos dias remidos deve ser aferido de forma gradual, observando a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, nos exatos termos do artigo 57, da LEP, limitada à fração máxima de 1/3 (um terço). O magistrado, portanto, deve fundamentar sua decisão, em obediência ao art. 93, IX da Constituição Federal. Neste ponto é anulada a decisão, devendo os autos serem devolvidos à instância singela para que outra seja proferida em seu lugar.

Em parte o parecer. Recurso 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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de julho de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de agravo em execução, interposto por Juliana da Silva, contra decisão que determinou a regressão de regime, bem como decretou a perda de 1/3 dos dias remidos.

A agravante requer a reforma da decisão, para que seja acolhida a justificativa apresentada, com a manutenção do regime semiaberto e a alteração do *quantum* na detração dos dias remidos.

Contrarrazões do Ministério Público pelo desprovimento do agravo.

Em juízo de retratação, a decisão agravada foi mantida.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso.

**VOTO**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo em execução, interposto por Juliana da Silva, contra decisão que determinou a regressão de regime, bem como decretou a perda de 1/3 dos dias remidos.

A agravante requer a reforma da decisão, para que seja acolhida a justificativa apresentada, com a manutenção do regime semiaberto e a alteração do *quantum* na detração dos dias remidos.

Passo a analisar.

A decisão invectivada está assim fundamentada:

“(…)

*Em audiência de justificação, argumentou a sentenciada que sua evasão se deu porque seus filhos, menores de idade, estavam passando por dificuldades (f.149).*

*A alegação da sentenciada carece de plausabilidade, na medida em que não vem corroborada por nenhum documento idôneo.*

*Aliás, nesse ponto tenho por importante destacar que, inobstante as alegações da Defensoria a respeito da não juntada de documentos (f. 155-7), observo do termo de audiência que foi a própria Defensoria Pública quem solicitou o prazo para juntada dos documentos (f. 149).*

*Ademais disso, além de inexistir comprovação idônea capaz de corroborar o alegado pela sentenciada, observo que sua evasão se deu em pouco mais de 2 (dois) meses após o ingresso no regime semiaberto (f. 102 e 121), a demonstrar sua inaptidão no cumprimento de pena em regime mais brando.*

*Não fosse isso, é dos autos que a sentenciado somente retomou o cumprimento da pena após sua recaptura, o que revela seu firme propósito em frustrar a fiel execução da pena. Contrário fosse, certamente teria procurado se reapresentar, o que não o fez.*

*Nesse contexto, ainda que seja a primeira falta grave da sentenciada, tenho que a regressão do regime prisional se revela imperiosa, sob pena de afronta ao caráter punitivo. Entender de forma diversa implicaria em falsa sensação de impunidade e estímulo para prática de novas faltas, o que não pode ser admitido.*

*Nesses termos, com fundamento no artigo 50 da LEP, comprovada a falta grave por evasão (inciso II do artigo de lei em referência), nos termos do artigo 118, I da LEP, regrido o regime de pena imposto ao sentenciado para o regime mais rigoroso, qual seja, fechado.*

*No ensejo, considerando a gravidade da falta disciplinar perpetrada pela condenada evasão na medida em que frustra o regular cumprimento da pena, decreto a perda de 1/3 dos dias remidos<sup>1</sup>, o que faço com fulcro no artigo 127 da LEP.*

*Como consequência lógica da regressão, deverá o lapso temporal para novos benefícios ser reiniciado, começando novo período a partir da recaptura.” – fls. 179-180*

Segundo se extrai da decisão agravada, o não acolhimento da justificativa da reeducanda para a evasão de que seria para cuidar de seus filhos menores, deu-se em razão de não haver juntado os documentos

a que se comprometeu a defesa em audiência (fl. 170), sendo que posteriormente, as fls. 176-178, alegou a impossibilidade ante a falta de estrutura e recursos materiais e humanos.

Apesar de sensível à alegação da sentenciada, que cometeu a primeira falta grave, o fato é que realmente não juntou qualquer documento que comprove sequer que possui filhos, o que poderia ser feito com a simples juntada da certidão de nascimento das crianças e atestado da enfermidade que teria sua genitora (avó dos menores), providência esta que poderia ser comunicada pela defesa logo após a audiência de justificação, sendo certo que poderia contatar qualquer familiar para tanto.

Por óbvio, seria incabível a intimação da ré pessoalmente para entrega, pois está reclusa, e segundo consta, as crianças estariam sob os cuidados da avó na cidade de Coxim/MS.

Diante dos fatos constata-se correta a decisão do magistrado singular que reconheceu a falta grave, determinou a regressão prisional e a perda dos dias remidos à agravante, pois deixou de cumprir as condições do regime semiaberto, permanecendo evadida de 12.07.2013 até 12.09.2013, quando foi recapturada em razão de mandado de prisão expedido (fl. 160).

Acertadamente sua justificativa não foi acolhida pelo juízo da execução penal, tendo em vista a ausência de comprovação de suas alegações.

Dispõe a Lei de Execução Penal:

*“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
II - fugir;”.*

*“Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.”*

A execução da pena está sujeita à regressão de regime prisional com a prática de fato definido como falta grave, como no caso a evasão.

No mesmo sentido, trata a doutrina:

*“A regressão (transferência do condenado de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso) será determinada pelo juiz quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação, por delito anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.”* (MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 105)

*“Dá-se a regressão de regime quando o condenado retorna ao regime prisional em que estava cumprindo a pena anteriormente, seja porque cometeu um fato descrito como crime doloso, seja porque praticou falta disciplinar grave ou, ainda, se vier a ser condenado, em outro processo criminal, a uma nova pena que impôs regime prisional mais rigoroso.”* (NUNES, Adeildo. Da Execução Penal. ed. Forense, Rio de Janeiro: 2009, p. 149.)

Nesse trilha:

*“Segundo a jurisprudência pacificada desta Corte de Justiça, a prática de falta grave no curso da execução (fuga do estabelecimento prisional) autoriza a transferência do reeducando para quaisquer dos regimes prisionais mais rigorosos.”* (AgRg no REsp 1379261/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 13/05/2015)

Insubsistente a justificativa da apenada de que não retornou ao cumprimento da reprimenda por senso próprio de necessidade de cuidar dos filhos, sem comprovar sua alegação, demonstrando seu total despreparo para o cumprimento da reprimenda em regime mais brando.

Aceitar a justificativa apresentada estaria mais a agraciar a conduta faltosa do que desmotivar o desrespeito à ordem jurídica e social.

Noutro norte, merece acolhimento a pretensão de reforma da decisão, quanto à falta de fundamentação para graduação da fração de perda dos dias remidos.

Com a inovação legislativa trazida pela Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou o art. 127 da Lei de Execução Penal<sup>1</sup>, para definir a revogação até 1/3 dos dias remidos, como consta no citado artigo, o magistrado deve levar em conta o artigo 57 da LEP, que dispõe o seguinte:

*“Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. “*

Desse modo, a fração da perda dos dias remidos deve ser aferido de forma gradual, observando-se a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, nos exatos termos do artigo acima exposto. No entendimento de Nucci, *“é uma reprodução minorada do art. 59 do Código Penal”*.<sup>2</sup>

O magistrado aplicou a fração de 1/3 para a perda dos dias remidos sem a devida fundamentação. A decisão, portanto, deve ser anulada nessa parte, a fim de que outra seja proferida nesse ponto, com a necessária fundamentação, na forma do art. 93, IX da Constituição Federal. Trata-se de medida de salvaguarda da garantia ao devido processo legal, em especial, suas vertentes do contraditório e ampla defesa.

Assim, os autos devem ser devolvidos à primeira instância para cumprimento, em obediência ao princípio do juiz natural, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

Nesse sentido, colaciono o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“O art. 127 da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal - LEP, com a nova redação dada pela Lei n. 12.433/11, determina que a perda dos dias remidos deve respeitar o limite de 1/3, cabendo ao Juízo da Execução fundamentar a fração a ser aplicada em cada caso, com base na natureza, nos motivos, nas circunstâncias e nas consequências do fato, bem como na pessoa do faltoso e em seu tempo de prisão (art. 57 da LEP), o que não ocorreu na hipótese dos autos. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Execução fundamente, de maneira concreta, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, respeitando o limite de 1/3.” (HC 300.530/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016)*

*“(…) No caso, é manifestamente ilegal a decretação da perda de 1/3 dos dias remidos, de forma automática, como resultado do simples reconhecimento da falta grave pelo paciente. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais fixe, de maneira fundamentada, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, observado o limite de 1/3 (um terço).” (HC 302.703/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016).*

1 “Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.” (NR)

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. SP: ed. RT. 2010. P. 506.

A matéria prequestionada foi devidamente analisada, ainda que não mencionada diretamente.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para decretar a nulidade parcial da r. decisão, na parte em que determinou a perda de 1/3 dos dias remidos, a fim de que outra seja proferida nesse ponto, com a necessária fundamentação.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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, 07 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal****Apelação nº 0005938-54.2014.8.12.0008 - Corumbá****Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DOIS APELANTES – CRIMES DE ROUBO MAJORADO EM CONCURSO FORMAL – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – FALSA IDENTIDADE – TIPICIDADE DA CONDUTA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – IMPOSSIBILIDADE - NÃO PROVIDOS.

Roubo - A condenação pela prática do crime de roubo deve ser preservada, vez que o conjunto probatório demonstra claramente a autoria delitiva, em face da confissão extrajudicial do apelante, reconhecimento das vítimas e depoimentos dos policiais. A confissão extrajudicial do apelante se mostra harmônica com os demais elementos sensíveis dos autos. O depoimento de policial é considerado idôneo, capaz de embasar a condenação, quando em consonância com o conjunto probatório.

Crime de falsa identidade - O princípio constitucional da autodefesa (artigo 5.º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui a si falsa identidade perante autoridade policial com a finalidade de eximir-se de responsabilidade. O cidadão possui o direito de defender sua liberdade, desde que para tanto não lesione ou ofenda terceiros. Precedentes dos Tribunais Superiores. Condenação mantida.

A pena não pode ficar aquém do mínimo legal na fase intermediária da dosimetria, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal. Nesta senda, a pretensão encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ.

Com o parecer – recursos não providos.

**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, com o parecer, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 7 de julho de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal, interposta por Evandilson Souza de Oliveira e Juliano Gonçalves Baroni, contra a sentença de fls. 116-124, que os condenou pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II c/c art. 70, ambos do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão 15 dias-multa, em regime semiaberto. O apelante Juliano Gonçalves Baroni também foi condenado à pena de 03 (três) meses de detenção pelo cometimento do delito descrito no art. 307 do Código Penal.

Narra a denúncia:

*“Prova o respectivo procedimento investigatório que no dia dos fatos as vítimas estavam em um ponto de ônibus quando os denunciados se aproximaram e anunciaram o assalto. O denunciado Evandilson segurava uma faca que usava para ameaçar as vítimas, dizendo que se não passassem os celulares, os denunciados evadiriam-se do local. A Polícia Militar foi acionada e em diligência encontram os denunciados ainda com a faca e com a res furtiva.*

*Consta do Caderno de Pesquisa Policial que nessa ocasião, o denunciado Juliano se identificou como Cleiton Taceo Gonçalves da Silva, mas na Delegacia de Polícia, em virtude dos registros no Sistema Policial, verificou-se que a informação era falsa.*

*Inquiridos, confessaram o delito. Assim sendo, os denunciados Evandilson Souza de Oliveira e Juliano Gonçalves Baroni, armados e em concurso, subtraíram para eles, mediante violência ou grave ameaça, coisas alheias móveis das vítimas Isabelly Grazieli Correa Tavares e Adriana Leite Martins. Outrossim, o denunciado Juliano Gonçalves Baroni atribui-se falsa identidade para obter vantagem em proveito próprio.”*

Nas razões de apelação de fls. 126-140, o apelante Evandilson Souza de Oliveira, requer a redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da confissão espontânea. O recorrente Juliano Gonçalves Baroni, pretende a absolvição do crime de roubo majorado. Alternativamente, pugna pela redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em face da atenuante da menoridade relativa, além da absolvição quanto ao crime de falsa identidade, por atipicidade de conduta. Prequestionam violação ao art. 65, *caput* do Código Penal e arts. 156, 41 e 395, II do Código de Processo Penal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões as fls. 152-168, pelo não provimento dos apelos.

No mesmo sentido é o parecer da PGJ as fls. 173-182.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal, interposta por Evandilson Souza de Oliveira e Juliano Gonçalves Baroni, contra a sentença de fls. 116-124, que os condenou pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II c/c art. 70, ambos do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão 15 dias-multa, em regime semiaberto. O apelante Juliano Gonçalves Baroni também foi condenado à pena de 03 (três) meses de detenção pelo cometimento do delito descrito no art. 307 do Código Penal.

Narra a denúncia:

*“Prova o respectivo procedimento investigatório que no dia dos fatos as vítimas estavam em um ponto de ônibus quando os denunciados se aproximaram e anunciaram o assalto. O denunciado Evandilson segurava uma faca que usava para ameaçar as vítimas, dizendo que se não passassem os celulares, os denunciados evadiriam-se do local. A Polícia Militar foi acionada e em diligência encontram os denunciados ainda com a faca e com a res furtiva.*

*Consta do Caderno de Pesquisa Policial que nessa ocasião, o denunciado Juliano se identificou como Cleiton Taceo Gonçalves da Silva, mas na Delegacia de Polícia, em virtude dos registros no Sistema Policial, verificou-se que a informação era falsa.*

*Inquiridos, confessaram o delito. Assim sendo, os denunciados Evandilson Souza de Oliveira e Juliano Gonçalves Baroni, armados e em concurso, subtraíram para eles, mediante violência ou grave ameaça, coisas alheias móveis das vítimas Isabelly Grazieli Correa Tavares e Adriana Leite Martins. Outrossim, o denunciado Juliano Gonçalves Baroni atribui-se falsa identidade para obter vantagem em proveito próprio.”*

Nas razões de apelação de fls. 126-140, o apelante Evandilson Souza de Oliveira, requer a redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da confissão espontânea.

O recorrente Juliano Gonçalves Baroni, pretende a absolvição do crime de roubo majorado. Alternativamente, pugna pela redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em face da atenuante da menoridade relativa, além da absolvição quanto ao crime de falsa identidade, por atipicidade de conduta.

Recurso de Juliano Gonçalves Baroni

Autoria do crime de roubo

O apelante requer a absolvição afirmando que não há provas suficientes para manter a condenação.

Não assiste razão à defesa.

Embora tenha negado a autoria em juízo, na fase policial o apelante confessou de forma detalhada o desenrolar dos fatos, descrevendo minuciosamente a empreitada criminosa. *In verbis*:

*“(...) Ao ser interrogado pela autoridade policial, às perguntas responder: Perguntado se é verdadeira a acusação que lhe é feita, respondeu que sim, é verdadeira a imputação que ora lhe é atribuída; Que agiu em concurso com o também conduzido Evandilson Souza de Oliveira, vulgo Pantera; Que na prática dos fatos ora apurados, foi Evandilson quem ameaçou as vítimas para entregarem os celulares; Que ambas as vítimas, duas mulheres desconhecidas, entregaram seus celulares e, de posse dos mesmos, juntamente com Evandilson deixou o local e se dirigiam para o bairro Cervejaria, onde pretendiam vender os celulares para compra de “comida e droga”; (...)” (fls. 15-16)*

Na fase judicial (fl. 124 – arquivo de áudio), a vítima Adriana Leite Martins, confirma sem sombra de dúvidas que reconheceu o apelante e correu como autores do delito de roubo, ratificando suas declarações extrajudiciais (fl. 12).

No mesmo sentido é o depoimento policial (fl. 11) da ofendida Isabelly Grazieli Correa Tavares, que também reconheceu os acusados.

Em juízo (fl. 124 – arquivo de áudio), os policiais militares José Carlos Pereira Leite e Evaldo Pereira Aguilar, foram uníssonos ao reconhecerem os recorrentes como sendo as pessoas abordadas nos dias dos fatos e reconhecidas pelas duas ofendidas como autores do crime de roubo, relatando, inclusive, que o apelante apresentou nome falso e que arma (faca) foi apreendida na posse dos réus.

Cabe ressaltar que o depoimento de policial é considerado idôneo, capaz de embasar uma condenação, quando em consonância com o conjunto probatório.

A respeito oportuna a lição de Guilherme de Souza Nucci:

*“(...) preceitua o art. 202 do CPP que ‘toda pessoa pode ser testemunha’, logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho.”<sup>1</sup>*

Não se deve olvidar, ainda, que o policial é o agente do Estado incumbido da segurança pública, o qual foi legalmente investido no cargo e possui a seu favor a presunção de legalidade e legitimidade nos atos perpetrados, o que, longe de desqualificá-lo, torna-o idôneo.

Nessa linha de pensamento, temos os seguintes julgados:

*“É válido o depoimento de agentes policiais ou de quaisquer outras testemunhas, ainda que colhidas na fase inquisitorial, desde que estejam em conformidade com o conjunto probatório produzido nos autos.”<sup>2</sup>*

*“O depoimento de policiais é elemento idôneo à formação da convicção do magistrado quando em conformidade com as demais provas dos autos.”<sup>3</sup>*

Em que pese o réu se retratado em juízo, sua versão encontra-se isolada nos autos.

Aquele que confessa, ao se retratar, tem o dever de demonstrar que a prova foi obtida de forma ilícita ou espúria, ou demonstrar sua correspondente imprestabilidade para fins axiológicos de fundar o convencimento, por sérios elementos de convicção.

Assinala Nucci que *“admitida a possibilidade de o réu retratar-se, não quer isso dizer seja o magistrado obrigado a crer na sua nova versão. O livre convencimento do juiz deve ser preservado e fundado no exame global das provas colhidas durante a instrução.”<sup>4</sup>*

Verifica-se que a confissão extrajudicial do apelante se mostra harmônica com os demais elementos sensíveis dos autos, estando corroborada pelo depoimento dos policiais e reconhecimento das vítimas, bem como em face da apreensão da *res furtiva* e da arma utilizada no delito (faca) na posse dos réus.

Suficientes são as provas coligidas nos autos, corroboradas pelos indícios objetivos, concatenados e precisos, nos moldes do artigo 239 do Código de Processo Penal: *“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”*

Assim, comprovada a autoria delitiva no crime de roubo, mantenho a condenação de Juliano Gonçalves Baroni.

1 NUCCI, Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

2 (AgRg no AREsp 486.621/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 10/12/2014)

3 (AgRg no AREsp 262.655/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 14/06/2013)

4 Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal. 9. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

## Crime de falsa identidade

Pretende a defesa a absolvição do réu, sob o argumento de que a conduta é atípica, tendo em vista a autodefesa.

O pedido não prospera.

Ressalto que alterei meu posicionamento acerca da questão, para seguir o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (artigo 5.º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui a si falsa identidade perante autoridade policial com a finalidade de eximir-se de responsabilidade:

*DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, E ART. 307, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) FALSA IDENTIDADE PARA EXIMIR-SE DE RESPONSABILIDADE. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um indevido sucedâneo recursal.*

*2. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido ou eximir-se de responsabilidade, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa. No caso, conforme depreende-se da imputação, no momento de sua prisão, o paciente atribuiu-se falsa identidade para eximir-se de responsabilidade penal, estando, portanto, caracterizada a tipicidade da conduta. (...)”. (HC 256.224/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 18/02/2014)*

*“Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Crime de Falsa Identidade para ocultar maus antecedentes. Tipicidade da conduta. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE RE 640.139-RG, Rel. Min. Dias Toffoli), ao reconhecer a repercussão geral do tema discutido neste processo, reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que “o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”. 2. Habeas Corpus extinto, sem resolução de mérito, por inadequação da via processual.” (STF - HC 112846, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, Processo Eletrônico DJe-191 Divulg 30-09-2014 Public 01-10-2014)*

O tipo penal em questão prevê:

*“Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”*

O cidadão possui o direito de defender sua liberdade, desde que para tanto não lesione ou ofenda terceiros.

A lei exige para tipificar o delito do art. 307 do CP, que a falsa identidade que o agente atribua a si ou a outrem vise a obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou tenha por intuito causar dano a outrem”, como na hipótese.

Consta dos autos que, no momento da prisão em flagrante pelo delito de furto, o acusado, identificou-se como Cleiton Taceo Gonçalves da Silva, a fim de eximir-se da responsabilidade penal e evitar de ser preso, o que foi constatado na delegacia de polícia.

Mantenho a condenação.

Passo à análise dos pedidos alternativos.

Pedido de redução da pena aquém do mínimo legal

Ambos os apelantes pugnam pela redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em razão das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa.

Comungo do entendimento de que a pena não possa ficar aquém do mínimo legal na fase intermediária da dosimetria, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal.

Nesta senda a pretensão encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ, *verbis*:

*“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.*

É certo que o princípio da individualização da pena, previsto art. 5º, XLVI da Constituição Federal, é uma das mais importantes garantias asseguradas ao réu, de ter uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido, mas há também que obedecer ao princípio da reserva legal como fonte de segurança jurídica.

Sobre o assunto, valiosa a lição de Guilherme de Souza Nucci<sup>5</sup>, o qual ensina que:

*“as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir a orientação do legislador”.*

Deste modo, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea ao apelante Evandilson; e da menoridade relativa ao recorrente Juliano, estas não aproveitarão aos réus no cálculo das penas porque na segunda fase de dosimetria há o limite do mínimo *in abstrato* estipulado na norma penal tipificadora do delito.

Quanto ao prequestionamento ventilado, inexistente violação ou negativa de vigência.

Com o parecer, nego provimento aos recursos.

<sup>5</sup> Código Penal Comentado, 5ª ed., Editora RT, p. 354.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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, 07 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0010215-37.2014.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS – NÃO ACOLHIDO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A TRAFICÂNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V DA LEI ANTIDROGAS – CONFIGURADA – PENA-BASE – CULPABILIDADE, ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS VALORADOS DE FORMA IDÔNEA – MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – REINCIDÊNCIA COMPROVADA – PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO SOBRE A REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – ATENUANTE E AGRAVANTE IGUALMENTE PREPONDERANTES – INAPLICABILIDADE DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 – RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES – REGIME INALTERADO – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO – RESTITUIÇÃO DE BEM – INCABÍVEL – RECURSO DESPROVIDO.

O conjunto probatório presente nos autos é robusto e suficiente para manter a condenação do réu, pois foi surpreendido pela equipe policial transportando 18,754 kg (dezoito quilos e setecentos e cinquenta e quatro gramas) de maconha, sendo esta apreendida no interior de uma mala acondicionada no bagageiro de transporte público. Confissão extrajudicial do réu aliada aos depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante que confirmaram que ele comprou o entorpecente em Coronel Sapucaia/MS e iria transportá-lo para o Estado de Mato Grosso. Sobre a validade dos depoimentos dos policiais, é entendimento doutrinário e jurisprudencial que o testemunho destes, prestados em juízo, quando aliados com as demais provas, têm eficácia probatória, merecendo crédito como de qualquer outra testemunha, o que ocorreu na hipótese.

Para incidir a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente que haja evidência de que a droga tinha como destino qualquer ponto fora do Estado, o que se verifica no caso.

Pena-base mantida acima do mínimo legal em razão da elevada reprovabilidade da conduta praticada (culpabilidade), grande quantidade de droga apreendida (circunstâncias), além da existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores (antecedentes). Assim, o *quantum* fixado para valoração da pena-base é proporcional ao caso em concreto, devendo esta ser mantida acima do mínimo legal.

Para a comprovação da reincidência, não há necessidade de uma certidão específica de objeto e pé, bastando a existência de uma certidão de antecedentes criminais, elaborada pelo Poder Judiciário, indicando a existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.154.752/RS, fixou o entendimento de que a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, devendo, pois, ser compensadas entre si. A decisão unifica a posição da Corte Superior sobre o tema. Portanto, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma.

A incidência da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado está adstrita ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais estampados no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. O fato de o réu ser reincidente e portador de maus antecedentes impõe óbice ao reconhecimento da diminuta em epígrafe.

Embora tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma que previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados pelo STF (HC 111.840/ES, em 27.6.2012), a fixação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção no presente caso é o fechado, tendo em vista a reincidência do réu, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade de reprimenda fixada e as gravosas circunstâncias do caso concreto, observando-se os critérios do art. 33, § 2º e 3º do Código Penal.

Incabível a restituição de bem apreendido em posse do réu, posto que comprovada sua utilização no crime de tráfico de drogas.

**APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA CONSISTENTE NO TRANSPORTE DE DROGAS EM ÔNIBUS COLETIVO – NECESSIDADE DE DISSEMINAÇÃO NO INTERIOR – NÃO PROVIDO.**

Apesar de meu entendimento pessoal acerca de o tráfico de drogas em transporte público ser suficiente para acarretar a causa de aumento da pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, rendo-me à corrente jurisprudencial consolidada nos tribunais superiores em observância ao princípio da segurança jurídica. Estando o posicionamento sedimentado no STJ e no STF no sentido de que somente configura a causa de aumento do tráfico em transporte público se houver disseminação no interior do ônibus, passo a filiar-me a tal entendimento e, no caso, deve ser mantido o afastamento da majorante do inciso III, do art. 40 da Lei de Droga.

Em parte com o parecer nego provimento aos recursos ministerial defensivo, mantendo-se a pena definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, a ser cumprida em regime prisional fechado.

## **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, em parte com o parecer, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 7 de julho de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelações criminais interpostas por Fábio Silva Paes e pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença condenatória de fls. 145-161.

Fábio Silva Paes foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33, *caput* c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06 à pena definitiva de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

Segundo a denúncia:

*“No dia 07 de setembro de 2013, por volta das 15h, no ônibus da empresa Expresso Queiroz, prefixo n. 621, que saiu de Coronel Sapucaia/MS e estava no Terminal Rodoviário desta Capital, localizado na Av. Gury Marques, o denunciado foi surpreendido transportando, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comércio, 21 (vinte e um) tabletes, totalizando 18.754 (dezoito mil setecentos e cinquenta e quatro gramas) de maconha, que tinham como destino a cidade de Cáceres/MT (...)”.* (fls. 01-03).

Nas razões do apelo, o Ministério Público requer o reconhecimento da causa de aumento relativa ao transporte público, prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 (fls. 164-172).

O apelante Fábio em suas razões recursais sustenta que o conjunto probatório é insuficiente para a condenação, pois não teriam sido produzidos elementos capazes de demonstrar a prática da conduta delituosa, razão pela qual requer a absolvição. Alternativamente, pretende o afastamento da causa de aumento da interestadualidade (art. 40, V, da Lei nº 11.343/06); a redução da pena-base para o mínimo legal; a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços); o afastamento da agravante da reincidência; a preponderância da atenuante da confissão sobre a agravante da reincidência; a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto ou semiaberto e a restituição dos bens apreendidos (fls. 173-186).

As partes contrarrazoaram os recursos (Defesa fls. 189-197 e *parquet* fls. 209-235), requerendo o seu não provimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e não provimento do recurso defensivo (fls. 244-278).

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelações criminais interpostas por Fábio Silva Paes e pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença condenatória de fls. 145-161.

Fábio Silva Paes foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33, *caput* c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06 à pena definitiva de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

Segundo a denúncia:

*“No dia 07 de setembro de 2013, por volta das 15h, no ônibus da empresa Expresso Queiroz, prefixo n. 621, que saiu de Coronel Sapucaia/MS e estava no Terminal Rodoviário desta Capital, localizado na Av. Gury Marques, o denunciado foi surpreendido transportando, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comércio, 21 (vinte e um) tabletes, totalizando 18.754 (dezoito mil setecentos e cinquenta e quatro gramas) de maconha, que tinham como destino a cidade de Cáceres/MT (...)”.* (fls. 01-03).

Nas razões do apelo, o Ministério Público requer o reconhecimento da causa de aumento relativa ao transporte público, prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 (fls. 164-172).

O apelante Fábio em suas razões recursais sustenta que o conjunto probatório é insuficiente para a condenação, pois não teriam sido produzidos elementos capazes de demonstrar a prática da conduta delituosa, razão pela qual requer a absolvição. Alternativamente, pretende o afastamento da causa de aumento da interestadualidade (art. 40, V, da Lei nº 11.343/06); a redução da pena-base para o mínimo legal; a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços); o afastamento da agravante da reincidência; a preponderância da atenuante da confissão sobre a agravante da reincidência; a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto ou semiaberto e a restituição dos bens apreendidos (fls. 173-186).

Passo à análise dos recursos.

Do recurso defensivo

Absolvição do delito de tráfico de drogas

A materialidade resta demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 05-14); boletim de ocorrência (fls. 24-25 e 31-32); auto de exibição e apreensão (fls. 26-27); pelo laudo de exame preliminar de substância entorpecente (fls. 29-30); *ticket* de viagem acostado a fl. 34 e laudo de exame toxicológico (fls. 44-47), cujo resultado foi positivo para maconha.

A autoria, da mesma forma, está devidamente comprovada pelo conjunto probatório.

Conforme se depreende dos autos, na data dos fatos, os policiais militares foram acionados pela agência central de inteligência, recebendo denúncia anônima, através do dique-denúncia 181, cujo conteúdo informava que uma pessoa oriunda da cidade de Coronel Sapucaia-MS havia embarcado em um ônibus da empresa Expresso Queiroz (prefixo nº 621) transportando determinada quantidade de entorpecente, com destino a Campo Grande-MS.

Ao iniciarem a averiguação dos fatos relatados, os milicianos encaminharam-se até a rodoviária de Campo Grande, localizada na Avenida Gury Marques e localizaram no interior do bagageiro do referido ônibus uma mala de cor preta com 21 (vinte e um) tabletes de substância análoga à maconha. A equipe policial, após verificar o número do ticket da bagagem, adentraram no ônibus e confirmaram a correspondência entre o *ticket* da mala e o canhoto do bilhete de viagem do apelante.

Ao ser indagado acerca do entorpecente contido no interior da mala, o apelante confirmou a propriedade, relatando que adquiriu o referido psicotrópico na cidade de Coronel Sapucaia de uma pessoa conhecida como Júnior e transportaria o entorpecente para a cidade de Cáceres-MT, na qual reside, com o fito de comercializar por R\$ 70,00 (setenta reais) o quilo.

Na fase policial confessou integralmente como se deu a empreitada delituosa:

*“(...) Que o interrogando aduz que reside na cidade de Cáceres-MT e achou por bem vir a Coronel Sapucaia/MS buscar maconha para revender, eis que naquela localidade é pouco encontrada; Que, assim saiu de Cáceres/MT na última segunda-feira rumo a Coronel Sapucaia/MS, local onde se hospedou num quarto de um bar e procurou informações acerca de onde poderia encontrar a maconha; Que na última quinta-feira encontrou um rapaz conhecido por ‘Júnior, o qual lhe vendeu dezoito quilos de maconha, cobrando R\$ 800,00 (oitocentos reais); Que o interrogando acondicionou numa mala os tabletes e nesta data, por volta das 06h00min, saiu de Coronel Sapucaia/MS rumo a Campo Grande/MS, local onde compraria a passagem de retorno a Cáceres/MT; Que,*

*quando o ônibus em que estava adentrava na cidade e foi abordado por Policiais Milirae que encontraram no interior do bagageiro a droga citada. (...)”* (fls. 12-13) (grifo nosso).

Em juízo, o apelante também confessou a propriedade da substância entorpecente, esclarecendo que receberia cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo transporte da droga da cidade de Coronel Sapucaia/MS até o terminal rodoviário de Campo Grande/MS, na qual entregaria a encomenda para um terceiro. Entretanto, o réu modifica parcialmente a versão dos fatos oferecida na fase inquisitorial, afirmando que a droga encontrada na mala de sua propriedade não seria transportada para outro Estado (Cáceres/MT) (fl. 93 - arquivo audiovisual).

Todavia, a retratação judicial parcial do réu resta isolada dos demais elementos probatórios colhidos no decorrer da instrução criminal, os quais são uníssonos e harmônicos em apontar a prática da traficância pelo réu, bem como sua intenção em transportar entorpecente para outro Estado da Federação.

Nesse sentido, importante transcrever o depoimento prestado pelo policial militar Jesus David dos Santos, o qual, na fase policial, afirmou que o apelante na data dos fatos realmente confessou que havia comprado o entorpecente na cidade de Coronel Sapucaia/MT por R\$ 50,00 (cinquenta reais) o quilo, sendo que o revenderia a terceiros no município de Cáceres/MT pelo valor de R\$ 70,00 (setenta reais) o quilo, senão vejamos:

*“(...) foi constatada a existência em seu interior de 21 (vinte e um) tabletes de substância análoga a maconha; Que verificado o ticket de bagagem de número 237054, bem como o canhoto do bilhete de viagem nº 191115, estava constando o nome de Fabio Silva Paes, que se encontrava no assento de número 31; **Que a guarnição adentrou no ônibus e indagou o passageiro supra, o qual confirmou a propriedade, bem como informou que adquiriu a droga ora encontrada na cidade de Coronel Sapucaia-MS de uma pessoa conhecida como JUNIOR, pagando pela droga a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por quilo e levaria para a cidade de Cáceres/MT, onde comercializaria o entorpecente pela quantia de R\$ 70,00 (setenta reais) por quilo.**(...)”* (fls. 07-08) (grifo nosso).

Em juízo, o policial militar Jesus ratifica integralmente seu depoimento prestado na fase extrajudicial (fl. 93 - arquivo audiovisual).

No mesmo norte, há o depoimento prestado pelo policial militar Luis William Rodrigues de Almeida, que também participou das diligências e prisão em flagrante do réu. Tanto na fase policial (fls. 10-11), quanto judicial (fl. 93 - arquivo audiovisual), o miliciano confirma que o réu lhe confessou a propriedade do entorpecente encontrado no transporte coletivo, alegando que o havia adquirido na cidade de Coronel Sapucaia/MS e objetivava transportá-lo para sua cidade de origem, Cáceres, localizada no Estado de Mato Grosso.

Importante consignar, por oportuno, que não há como desconstituir testemunhos dos policiais sobre fatos observados no cumprimento da função pública, vez que estão revestidas de presunção de legitimidade e credibilidade, devendo dar respaldo ao édito condenatório, mormente quando coerentes entre si e calcados pelas demais provas existentes nos autos, como é o caso vertente.

Acerca da validade dos depoimentos prestados por policiais, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci explicita o seguinte:

*“(...) preceitua o art. 202 do CPP que ‘toda pessoa pode ser testemunha’, logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho.”<sup>1</sup> Nessa esteira de pensamento, temos os seguintes julgados: “[...] O testemunho de policiais militares, prestados em juízo, quando aliados com o restante das*

*provas coligidas, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, merecendo crédito como de qualquer outra testemunha”<sup>2</sup>. “[...] Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório”<sup>1</sup>.*

Nessa esteira de pensamento, temos os seguintes julgados:

*“(...) Palavra dos policiais. Validade. O depoimento de policial tem o mesmo valor dos testemunhos em geral, uma vez isento de suspeição e harmônico com os demais elementos de prova dos autos, de modo que é hábil a embasar um Decreto condenatório.”<sup>2</sup>.*

*“(...) Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório”<sup>3</sup>.*

Segundo o artigo 155, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial. Isto significa dizer que os elementos de prova produzidos no inquérito policial possuem validade relativa, e para assumirem condições de auxiliar na busca da verdade real devem ser confirmados em juízo.

Por oportuno, veja-se os seguintes julgados:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – VIOLAÇÃO – INEXISTÊNCIA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA POR ELEMENTOS IDÔNEOS COLHIDOS NA FASE INSTRUTÓRIA. – DEPOIMENTOS POLICIAIS – POSSIBILIDADE – CONSONÂNCIA COM DEMAIS PROVAS – INOVAÇÃO PROCESSUAL – INVIABILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 4. A jurisprudência desta Corte entende que os depoimentos de policiais constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos, como ocorre in casu. 5. Não é possível, em agravo regimental, analisar questões somente arguidas nas suas razões, por caracterizar inovação de fundamentos. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ - AgRg no REsp: 1312089 AC 2012/0063849-8, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 22/10/2013, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/10/2013).*

*“DIREITO PENAL – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CORRUPÇÃO ATIVA – OFERTA DE VANTAGEM INDEVIDA A POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS – FLAGRANTE PREPARADO – NÃO COMPROVAÇÃO – PRESUNÇÃO DE AUTORIA – DEPOIMENTOS DOS AGENTES – VERACIDADE E FÉ PÚBLICA – CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) Não se demonstrou qualquer razão para os agentes incriminarem deliberadamente o acusado. Seus relatos, por serem agentes públicos, gozam de fé pública, não havendo motivos para desacreditar as informações, não havendo falar em flagrante preparado.” (TRF-4 - ACR: 50146149620124047002 PR 5014614-96.2012.404.7002, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 17/09/2013, Sétima Turma, Data de Publicação: D.E. 18/09/2013).*

1 NUCCI, Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

2 TJRS; ACr 7325-65.2013.8.21.7000; Porto Alegre; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas; Julg. 29/05/2013; DJERS 27/08/2013.

3 STJ - HC 115516/SP; Relatora Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; Julgado em 03/02/2009 e Publicado no DJe em 09/03/2009.

Portanto, os elementos probatórios produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, aliados as informações e circunstâncias do flagrante, comprovam satisfatoriamente que o apelante transportava, ciente da ilicitude de sua conduta, certa quantidade de entorpecente para fins de comercialização a terceiros, de modo que, diante do forte e robusto conjunto probatório, torna-se incabível o acolhimento da tese de absolvição do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, sendo impositiva a manutenção do édito condenatório.

Da interestadualidade (art. 40, V, da Lei nº 11.343/06)

Para a configuração da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei Antidrogas, basta que esteja devidamente comprovado, não havendo dúvidas, que o agente iniciou a consumação da conduta de levar a droga para outro Estado da Federação, o que se verifica no caso.

Conforme confissão extrajudicial do réu (fls. 12-13) e depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pela abordagem do réu em flagrante delito (fls. 07-08 e 10-11 e fl. 93 - arquivo audiovisual), tem-se que o entorpecente apreendido (21 tabletes de maconha, totalizando 18, 754 Kg) estava sendo transportado da cidade de Coronel Sapucaia-MS para o Estado de Mato Grosso, no município de Cáceres, sendo o recorrente preso em flagrante na cidade de Campo Grande-MS.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que, para incidir a referida causa de aumento, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente que haja evidência de que a droga tinha como destino qualquer ponto fora do Estado.

Nesse diapasão:

*“4. Este Tribunal tem entendido que, para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, “é irrelevante que haja a efetiva transposição da divisa interestadual pelo agente, sendo suficiente, para comprovação de que a substância tinha como destino localidade em outro Estado a configuração da interestadualidade do delito, que haja a da Federação” (AgRg no REsp 1343897/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015). 5. Justificada o quantum de acréscimo na fração máxima de 2/3 pela aplicação da majorante do tráfico interestadual, a partir da constatação de que a carga de entorpecente transportada (452,6kg de maconha) chegou ao seu destino final depois de atravessar a fronteira de quatro Estados da Federação (Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal). 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, ex officio, para reduzir a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 10 anos de reclusão e 1.000 dias-multa. (HC 186.341/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 18/09/2015) (grifo nosso).*

Desse modo, mantenho a causa de aumento prevista no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/06.

Da pena-base

No que se refere à pena-base, requer a defesa a sua diminuição para o *quantum* mínimo, ao argumento de que as circunstâncias judiciais, quando da dosimetria, foram mal sopesadas.

Razão não lhe assiste.

Ao fixar a pena-base do réu, o magistrado singular consignou:

*“(…) A culpabilidade, como grau de censura da ação ou omissão do agente, é desfavorável ao réu, vez que se envolveu nesta nova conduta quatro meses após receber*

*benefício de pena em autos de execução penal; o réu registra antecedentes criminais (autos 008.03.008369-6, com sentença transitada em julgado em 29/8/2008); não há elementos aptos para aferir a conduta social e a personalidade do agente; os motivos do crime foram normais à espécie (busca de lucro fácil); as circunstâncias lhe são desfavoráveis, haja vista que transportava grande quantidade de maconha em transporte público; as consequências do crime também foram comuns ao tipo; o comportamento da vítima, in casu, a sociedade, não influenciou para a prática do delito. (...)” (fl. 157).*

Vê-se que o magistrado *a quo* fixou a pena-base em 01 (um) ano e 100 (cem) dias-multa acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis as moduladoras relativas à culpabilidade, antecedentes criminais e circunstâncias do crime.

A culpabilidade diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta, sendo que o magistrado, ao considerá-la desfavorável sob a fundamentação de que o apelante praticou o delito sob análise apenas quatro meses depois de ter recebido benefício pela prática de outra conduta delituosa, agiu acertadamente, posto que o fato de o réu praticar delito após ter sido recém agraciado com benesse no âmbito da execução penal é aspecto que transcende as circunstâncias normais aos crimes desta estirpe, elevando sobremaneira a censurabilidade da conduta praticada, além de indicar a necessidade de apenamento mais rigoroso diante da incapacidade do réu de reiterar na prática de ilícitos.

A valoração da circunstância judicial relativa aos antecedentes é de ordem objetiva e que dispensa maior fundamentação, bastando haver nos autos certidão contendo o histórico delitivo do agente.

Nas certidões de antecedentes criminais juntadas as fls. 114-115 e 120-123, verifica-se a existência de mais uma condenação criminal irrecorrível pela prática de fato anterior ao analisado nestes autos, sendo plenamente possível utilizar uma delas para valoração negativa dos antecedentes (autos nº 008.03.008369-6, trânsito em julgado: 29/08/2008) e a outra (autos nº 513-89.2009, trânsito em julgado: 18/01/2010) a título de reincidência.

Portanto, deve ser mantida em desfavor do réu a prejudicialidade dos antecedentes criminais.

No tocante à moduladora das circunstâncias do crime, Ricardo Augusto Schmitt (*in* Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 104), bem as define como sendo:

*“(...) 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”.*

Tem-se, assim, que as circunstâncias do crime dizem respeito aos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime.

Nesta seara, bem justificado o aumento da reprimenda pela negatização das circunstâncias do crime, considerando-se a significativa porção do entorpecente apreendido 18,754 kg (dezoito quilos e setecentos e cinquenta e quatro gramas) de maconha, volume este que permite a reprodução de milhares de porções menores, são aspectos que agravam o modo de execução do delito de tráfico de drogas.

Sabe-se que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

Nas palavras de NUCCI:

*“A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato (...) o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude de sua utilização”.* (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 391/392) (g.n )

Assim, não há reparo a ser feito na pena-base do recorrente, razão pela qual mantenho no patamar fixado pelo juízo *a quo*, isto é, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Da agravante da reincidência

A defesa pugna, ainda, pelo afastamento da agravante da reincidência, aduzindo que não foi juntada certidão de objeto e pé apta a comprová-la e não consta se o trânsito em julgado foi para a acusação ou para a defesa.

Em que pese os argumentos do apelante, nenhuma razão lhe assiste, pois há no processo certidão cartorária indicando a existência de sentença penal condenatória definitiva em seu desfavor, circunstância que é suficiente para o reconhecimento da reincidência.

Tratam-se das certidões de antecedentes criminais de fls. 114 e 120-123, nas quais há clara indicação da existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Segundo SCHMITT, a reincidência deve ser *“comprovada por meio de certidão cartorária que noticie a existência do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória anterior”*<sup>4</sup>.

Portanto, não há necessidade de uma certidão específica de objeto e pé, bastando a existência de certidão de antecedentes criminais, elaborada pelo Poder Judiciário, indicando a existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, motivo pelo qual deve ser mantida a agravante da reincidência.

Da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência:

Segundo entendimento pacificado do STJ em julgamento da EResp 1.154.752/RS, a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, *in verbis*:

*“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes. 2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. 3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (STJ; Eresp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção. Julgado em 23/5/12) (grifo nosso).*

<sup>4</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória - Teoria e Prática*. 7ª Edição. Ed. JusPodivm. Pág. 205.

Portanto, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma, pois segundo entendimento consolidado, são igualmente valoradas, devendo, assim, ser compensadas, extatamente como feito pelo magistrado de primeira instância.

Da causa especial de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06

Sob alegação de preencher todos os requisitos legais necessários, o apelante afirma que deve ser beneficiado com a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Sem razão, entretanto.

Para a consideração do benefício encartado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível que estejam presentes, cumulativamente, todos os requisitos previstos no dispositivo, quais sejam, ser primário o agente, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Neste sentido são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

*“(...) aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput, ou § 1.º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas nem integrando organização criminosas, pode valer-se de pena mais branda. Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4.º, para que possa aplicar a diminuição de pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes.*

*Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e de bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando (...)”<sup>5</sup>.*

O apelante não faz jus ao benefício, pois conforme se verifica das certidões de antecedentes acostadas às fls. 114 e 121-123, possui duas condenações criminais transitadas em julgado, sendo, pois, além de portador de maus antecedentes, além de reincidente específico.

Desta feita, não preenchidos os requisitos preceituados pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não há que se cogitar a aplicação da referida minorante ao caso em epígrafe.

Regime

No caso concreto, tendo em vista a reincidência do réu, a quantidade de reprimenda fixada, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as circunstâncias gravosas da presente hipótese (18,754 Kg de maconha que seriam transportados para o Estado de Mato Grosso), a fixação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção no presente caso é o fechado, em observância aos critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5 NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4 ed. São Paulo: RT, 2009, pág. 361.

### Da restituição dos bens apreendidos

O apelante pugna pela restituição dos objetos descritos as fls. 50-51 (mala e aparelho celular), alegando que inexistente ligação entre eles e a prática do delito de tráfico.

Verifica-se da sentença (fls. 159-160) que o magistrado já concedeu a restituição do aparelho celular apreendido. Entretanto, decretou o perdimento da mala utilizada para escamotear o entorpecente, considerando que tal bem foi utilizado na prática do crime relativo à Lei de Drogas.

A Lei de Drogas dispõe regras sobre a apreensão, arrecadação e destinação dos bens apreendidos ligados ao tráfico. O art. 63, da mencionada legislação, refere-se ao perdimento de bens apreendidos em decorrência de crime, como explica NUCCI:

*“Se as coisas não forem de uso ilícito, é preciso aguardar pronunciamento do juiz, determinando – ou não – o seu confisco ou sequestro para indenização da vítima, pagamento das custas ou outro fim.”*<sup>6</sup>

Além disso, o art. 62, da referida legislação, refere-se à apreensão de instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados na prática dos crimes relativos à Lei de Drogas, não exigindo a demonstração da ilicitude do objeto, bastando que se demonstre sua conexão com a prática do crime.

Assim, vê-se uma maior abrangência da Lei de Tóxicos para o recolhimento de bens ligados a seus crimes, visando a um maior aproveitamento destes. No caso, comprovada a conexão do bem apreendido com a prática do crime, pois conforme exposto na análise da autoria, a mala foi utilizada para alojar o entorpecente que seria transportado para a cidade de Cáceres/MT.

Assim, tanto pela comprovação da utilização do bem no crime de tráfico de drogas, bem como, por não haver provas plenas do direito de terceiros de boa-fé, descabido o desfazimento do perdimento do bem por meio do recurso do réu. Aplicável o artigo 243, p. único da Constituição Federal, que dispõe:

*“Parágrafo único - Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no e tratamento custeio e de atividades recuperação de de fiscalização de viciados controle e no aparelhamento prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”*

Mantenho o perdimento do bem, conforme consta da decisão de fls. 145-161.

### Do recurso ministerial

### Do transporte público (art. 40, III, da Lei nº 11.343/06)

No que tange ao pleito de reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06 (transporte público), sem razão o *parquet*.

Apesar de meu entendimento pessoal acerca de o tráfico de drogas em transporte público ser suficiente para acarretar a causa de aumento da pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, rendi-me à corrente jurisprudencial consolidada nos tribunais superiores em observância ao princípio da segurança jurídica, como fez constar o Ministro Sebastião Reis Júnior em voto divergente vencedor, no julgamento do AgRg no Resp n. 1.460.543-PR, pela Sexta Turma, julgado em 04.09.2014, cujo trecho transcrevo:

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4 ed. São Paulo: RT, 2009

“Até recentemente, a jurisprudência desta Corte estava consolidada no sentido de que o simples ato de transportar droga em transporte público dava causa à incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no REsp n. 1.444.666/MT, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/8/2014). A propósito, destaco: AgRg no REsp n. 1.378.796/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 25/6/2014; e AgRg no AREsp n. 225.357/SP, Ministro Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, DJe 27/3/2014. Sucede que, no julgamento do REsp n. 1.345.827/SC (DJe 27/3/2014), da relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, a Quinta Turma passou a adotar entendimento diverso acerca do tema, no sentido de que **o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior**. Eis a ementa: (...) Assinalou, ainda, que o entendimento encontra ressonância na jurisprudência: (...) Destaco, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal já começou a rever o entendimento antes dominante, com decisões recentes de ambas as Turmas daquela Corte considerando que “a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006” (HC 119.782, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 31/1/2014). [...] De fato, em consulta à jurisprudência da Suprema Corte, verifiquei que o novo entendimento passou a ser adotado por ambas as Turmas daquele Tribunal, conforme noticiam precedentes recentes: **HABEAS CORPUS . PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS (TRANSPORTE PÚBLICO) NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O entendimento de ambas as Turmas do STF é no sentido de que a causa de aumento de pena para o delito de tráfico de droga cometido em transporte público (art. 40, III, da Lei 11.343/2006) somente incidirá quando demonstrada a intenção de o agente praticar a mercancia do entorpecente em seu interior. Fica afastada, portanto, na hipótese em que o veículo público é utilizado unicamente para transportar a droga. Precedentes. (...). 4. Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006. (HC n. 119.811/MS, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 1º/7/2014 grifo nosso) [...] 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, entre outros. 2. A aplicação da majorante do inciso III exige a comercialização da droga no próprio transporte público, sendo insuficiente a mera utilização do transporte para o carregamento do entorpecente. Precedentes: HC 119.782, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 03.02.14 e HC 109.538, Primeira Turma, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 26.10.12. 3. In casu, a Corte Estadual, em sede de apelação, afirmou que “no caso em apreço, verifica-se que a recorrida não se utilizou do transporte coletivo para disseminar entorpecentes, mas tão somente para levar a droga escondida em suas partes íntimas até o destino final. Ou seja, não tinha a intenção aproveitando-se do fato de estar no interior do veículo público”. (HC n. 118.676/MS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28/3/2014).**

Sendo assim, diante da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pedindo vênia à eminente Relatora, entendo que não há motivo para insistir na manutenção de tese contrária.” (Grifo nosso).

Tal como exposto, estando o posicionamento sedimentado no STJ e no STF no sentido de que somente configura a causa de aumento do tráfico em transporte público se houver disseminação no interior do ônibus, passei a filiar-me a tal entendimento e, no caso, deixo de reconhecer a majorante do inciso III, do art. 40 da Lei de Drogas.

#### Dispositivo

Em parte com o parecer nego provimento aos recursos ministerial e defensivo, mantendo-se a pena definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, a ser cumprida em regime prisional fechado.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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, 07 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0000663-56.2009.8.12.0055 - Sonora**  
**Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – SUBMETER ADOLESCENTE À EXPLORAÇÃO SEXUAL – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA E ERRO DE TIPO – NÃO ACOLHIDA – DESNECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – CERTIDÃO DE NASCIMENTO APRESENTADA AOS APELANTES – PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 228 DO CÓDIGO PENAL – REJEITADO – VÍTIMA COM 17 ANOS DE IDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta, uma vez que restou demonstrado nos autos que a vítima foi submetida à exploração sexual. Ademais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o consentimento da vítima é irrelevante, desde que haja a submissão provocada por outrem.

Outrossim, não há que se falar que os apelantes desconheciam que a vítima era menor de idade, pois a certidão de nascimento desta foi apresentada aos mesmos, e estes, ainda sim, realizaram a exploração sexual, restando caracterizado o delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90.

O art. 244-A da Lei n. 8.069/90 censura penalmente a conduta daquele que submete criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. O verbo nuclear submeter é algo além da simples exposição e está ainda aquém do constranger – que, para o legislador, compreende violência, grave ameaça ou outro meio de redução da capacidade de resistência –, sendo suficiente que o agente tenha algum poder de fato sobre a vítima. Explorar sexualmente uma criança ou adolescente foi compreendido como tirar proveito, obter vantagem ou lucro material de qualquer atividade de conotação sexual dessas pessoas, merecedoras de especial proteção. Já o art. 228 do Código Penal prevê “*induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone*”, ou seja, o sujeito passivo desse crime pode ser “qualquer pessoa”, desde com idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos e dotada de discernimento para a prática do ato, bem como a coletividade. *In casu*, a adolescente possuía 17 (dezessete) anos, portanto, não pode a conduta ser desclassificada para o do art. 228 do Código Penal.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de julho de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta por Nair Pedroso da Silva e Edilson Matos Felix, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito Substituta da Comarca de Sonora-MS (fls. 252 – 260), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e os condenou como incurso nas penas do art. 244-A da Lei n. 8.069/90, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Dos autos consta que no dia 25/04/2009, por volta das 04h30min, na Avenida Trindade, precisamente na “Boate Azul”, no município de Sonora-MS, os apelantes submeteram a adolescente A. S. A. de M. à exploração sexual.

Em razões recursais (fls. 285 – 297), Nair Pedroso da Silva e Edilson Matos Felix alegam que não restou comprovado que os apelantes teriam submetido a adolescente à exploração sexual e que foi esta quem aderiu voluntariamente à prostituição, assim como, não restou comprovado nos autos que os apelantes sabiam a idade da adolescente, razão pela qual, pleiteiam a absolvição por atipicidade da conduta ou que seja reconhecido o erro de tipo. Subsidiariamente, requerem a desclassificação para a conduta prevista no art. 228 do Código Penal. Ao final, prequestionam o art. 244-A da Lei n. 8.069/90, arts. 20 e 228, ambos do Código Penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 299 – 307), requer o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 320 – 325), opina pelo conhecimento e não provimento do recurso defensivo.

## VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Nair Pedroso da Silva e Edilson Matos Felix, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito Substituta da Comarca de Sonora-MS (fls. 252 – 260), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e os condenou como incurso nas penas do art. 244-A da Lei n. 8.069/90, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Dos autos consta que no dia 25/04/2009, por volta das 04h30min, na Avenida Trindade, precisamente na “Boate Azul”, no município de Sonora-MS, os apelantes submeteram a adolescente A. S. A. de M. à exploração sexual.

Em razões recursais (fls. 285 – 297), Nair Pedroso da Silva e Edilson Matos Felix alegam que não restou comprovado que os apelantes teriam submetido a adolescente à exploração sexual e que foi esta quem aderiu voluntariamente à prostituição, assim como, não restou comprovado nos autos que os apelantes sabiam a idade da adolescente, razão pela qual, pleiteiam a absolvição por atipicidade da conduta ou que seja reconhecido o erro de tipo. Subsidiariamente, requerem a desclassificação para a conduta prevista no art. 228 do Código Penal. Ao final, prequestionam o art. 244-A da Lei n. 8.069/90, arts. 20 e 228, ambos do Código Penal.

Passo à análise do recurso.

Os apelantes pleiteiam a absolvição por atipicidade da conduta, eis que não restou comprovado nos autos que eles teriam submetido a adolescente à exploração sexual e sim que esta aderiu voluntariamente à prostituição, assim como não sabiam que ela tinha dezessete anos de idade.

Pois bem.

O art. 244-A do ECA prevê a seguinte redação:

*“Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual”.*

Uma pessoa é explorada sexualmente quando vem a ser enganada para manter relação sexual, ou então nas situações que permite a obtenção de vantagem econômica por terceira pessoa, em consequência da sua atividade sexual.

Ademais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o consentimento da vítima é irrelevante, desde que haja a submissão provocada por outrem.

Nesse sentido:

*“Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, basta a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, sendo irrelevante o seu consentimento”.* (Resp 1104802-RS, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 16.06.2009)

Importante ressaltar, igualmente, que o bem juridicamente tutelado é a formação moral da criança ou do adolescente, para proteger a peculiar condição da pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido:

*“RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUBMETTER ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO EM CASA DE MERETRÍCIO. PROSTÍBULO PERTENCENTE AO RECORRIDO. DELITO QUE NÃO EXIGE ATOS DE COERÇÃO CONTRA A VÍTIMA OU O SEU CONSENTIMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. O crime previsto no art. 244-A da Lei n.º 8.069/90, relativo à ‘submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2.º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual’, visa tutelar a formação moral desse indivíduo, tendo em vista a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. 2. No caso, apurou-se que o Recorrido mantinha prostíbulo no qual laborava a vítima, então com 15 (quinze) anos de idade. 3. Para configurar esse delito, não se exige que o sujeito ativo afronte a vítima com a possível utilização da força, tampouco é relevante o seu consentimento, uma vez que a ofendida não tem capacidade para assentir. 4. Recurso provido para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória.”* (REsp 1.286.947/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 29/03/2012; sem grifos no original.)

*In casu*, restou comprovado nos autos que os apelantes, proprietária e administrador da Boate Azul respectivamente, permitiram que a adolescente mantivesse relações sexuais com seus clientes, assim como não se preocuparam em apurar a verdadeira idade da vítima. Vejamos:

Perante a Autoridade Policial, a vítima afirmou:

*“(…) Que reside na cidade de Rondonópolis/MT e chegou nesta cidade na quarta-feira, dia 22.04.2009, sendo que procurou a Boate Azul, da Sra. Nair e foi contratada pela mesma para se prostituir em seu estabelecimento comercial. Que ficou*

*combinado que Nair cobraria R\$ 10,00 do quarto a casa “programa” e lhe daria R\$ 2,00 a cada dose de whisky consumida pelos clientes. Que em troca residia no quarto e tinha alimentação gratuita. Que possui dezessete anos e em nenhum momento Nair perguntou sua idade ou solicitou seus documentos. Que possui uma filha de oito meses de idade e resolveu começar a se prostituir para sustentá-la. Que não é viciada em droga. Que desde quarta-feira está na boate de Nair, atendendo a clientes, mas não chegou a fazer nenhum programa porque estava cobrando R\$ 50,00 (cinquenta reais) e os homens queria pagar apenas R\$ 30,00 (trinta reais). Que também não ingeriu bebida alcoólica durante estes três dias. (...)” (fl. 07)*

Em juízo, a vítima não foi ouvida, tendo o representante ministerial desistido de sua oitiva.

Perante a Autoridade Policial, Nair afirmou:

*“(...) Que possui um estabelecimento comercial há seis anos denominado Boate Azul, sendo que neste local algumas mulheres se prostituem. Que as mulheres residem nos quartos gratuitamente e ali atendem seus clientes. Que cada cliente paga R\$10,00 (dez reais), cada vez que utiliza o quarto. Que não cobra nada das mulheres, elas combinam o valor com o cliente e recebem uma porcentagem do valor da bebida consumida pelos mesmos. Que não sabe ler e nem escrever, então, quando as mulheres chegam para trabalhar, solicita às demais mulheres que vejam os seus documentos para comprovar sua idade, eis que tem ciência que adolescentes não podem se prostituir. Que na data de ontem, período vespertino, A. S. A. de M. chegou e pediu para trabalhar em sua boate. Que questionou sua idade e a mesma disse possuir dezoito anos. Que A. S. A. de M. disse não possuir RG e apresentou apenas uma certidão de nascimento. Que solicitou à Vanessa que conferisse seu documento e a mesma disse que A. S. A. de M. possui dezoito anos completo. Que aceitou que a mesma trabalhasse em seu comércio e à noite A. S. A. de M. começou a se prostituir. Que durante a madrugada, aproximadamente 02h00min, os Policiais Civis passaram e fizeram uma revista nos clientes e nas mulheres, quando então lhes informou que A. S. A. de M. possui apenas dezessete anos e deu voz de prisão à interrogada e seu marido. Que A. S. A. de M. não chegou a fazer nenhum programa e nem havia ingerido bebida alcoólica. (...)” (fl. 09)*

No entanto, em juízo, Nair mudou a versão apresentada na fase inquisitorial, afirmando que não estava na boate quando a vítima apresentou os documentos e que o seu marido havia olhado os documentos dela e lhe dito que A. S. A. de M. tinha dezoito anos, veja-se:

*“(...) Os fatos descritos na denúncia não são verdadeiros. A adolescente quando chegou ao local e apresentou o RG para uma das garotas de programa que fazia mais tempo que trabalhava na boate, de nome Vanessa. Que foi a Vanessa que olhou o documento e permitiu que A. S. A. de M. frequentasse a boate, não permitindo que ficasse morando porque tinha uma criança de colo. A adolescente pagaria R\$ 10,00 pela utilização do quarto mais porcentagem pelo consumo de bebidas pelos clientes. A interrogando não estava na boate no momento em que A. S. A. de M. apresentou os documentos, mas questionou Vanessa e essa disse que a mesma dia 18 anos. O ex marido da interroganda, o acusado Edilson, também olhou os documentos e disse que ela também tinha 18 anos, só que ele e Vanessa não fizeram as contas direito porque faltava 03 dias para a menor fazer 18 anos. Não sabe ler e nem escrever, então quando mulheres chegam para trabalhar em sua boate pedia para o marido ver seus documentos. Que A. S. A. de M. não realizou nenhum programa e que não viu a adolescente ingerir bebida alcoólica, pois o movimento estava meio fraco. Quando a interroganda chegou na boate, A. S. A. de M. já estava no local, e Vanessa disse que tinha olhado o documento dela. Que A. S. A. de M. antes de ir na boate trabalhava no bar da Luzia, se prostituindo. A. S. A. de M. era baixinha e não aparentava ser menor de 18 anos. (...)” (fls. 211 – 212)*

O apelante Edilson declarou que verificou a certidão de nascimento da vítima e que esta possuía dezoito anos e já estava atendendo clientes na boate:

*“(...) Que há uns dois anos passou a conviver com Nair e a auxilia na administração de seu estabelecimento comercial, denominado Boate Azul. Que sabem que é crime adolescente se prostitui, então quando as mulheres pedem para trabalhar, solicitam documentos que tenham fotografia, para constatar a idade. Que no caso de A. S. A. de M., foi Vanessa, uma outra mulher que faz “programa” quem verificou os documentos de A. S. A. de M. e disse que a mesma possuía dezoito anos completos. Que A. S. A. de M. já estava atendendo clientes na boate há uns quatro dias. Que durante este período não presenciou A. S. A. de M. nenhum homem para o quarto. Que na data de ontem presenciou A. S. A. de M. ingerindo cerveja com um cliente. (...)” (fl. 10)*

No mesmo sentido, tem-se as declarações prestadas por Vanessa Ferreira Martins perante a Autoridade Policial:

*“(...) Que reside na cidade de Coxim/MS e algumas vezes vem até a cidade de Sonora/MS, com a intenção de se prostituir, sendo que fica na Boate Azul, de propriedade de Nair. Que fazia aproximadamente uma semana que estava na Boate Azul. Que certo dia foi até a cozinha e Edilson estava com uma certidão de nascimento nas mãos. Que Edilson lhe questionou se poderia aceitar uma mulher para trabalhar, apenas com a certidão de nascimento. Que disse ao mesmo que certa vez trabalhou em uma boate e possuía apenas a certidão de nascimento, sendo que nunca teve problemas. Que Edilson lhe falou o ano do nascimento da mulher, a depoente fez as contas e disse a Edilson que a mesma possuía dezoito anos de idade. Que Edilson não lhe chegou a falar o dia e mês de nascimento, apenas o ano. Que em nenhum momento pegou o documento nas mãos, fez as contas apenas pelo ano que Edilson lhe falou. Que não sabe o nome da mulher e nem teve contato com a mesma. Que não presenciou a mesma fazer nenhum “programa sexual”, apenas ingerindo cerveja. Que após uns quatro dias que a mulher estava na boate os policiais pediram o seu documento, verificaram que a mesma possuía apenas dezessete anos de idade e prenderam os proprietários do estabelecimento. (...)” (fl. 27)*

Em juízo, os policiais que realizaram o flagrante confirmaram a versão apresentada na fase inquisitorial de que a vítima estava fazendo “programas” na Boate Azul e tinha apenas dezessete anos:

*“(...) às perguntas do MP, respondeu: Confirma integralmente o seu depoimento prestado na fase policial às fls. 07. No momento da abordagem na Boate foi separado as mulheres para um lado e os homens para o outro, quando o depoente viu uma das meninas indo com uma mulher para o quarto e pediu para Hélio acompanha-las. Vanessa disse que se prostituía em outras boates apenas apresentando certidão de nascimento. O depoente não se recorda se foi o documento de f. 09 que a adolescente A. S. A. de M. apresentou quando da abordagem. Foi perguntado aos acusados há quanto tempo a adolescente estava trabalhando no local, mas os acusados não se recorda o que foi dito por eles. Os aspectos físicos de A. S. A. de M. era os de uma adolescente. Depois os policiais pediram o documento para esta adolescente esta começou a apresentar sinais de nervosismo. A adolescente nada disse a respeito de ter ludibriado os acusados para poder trabalhar ali. Às perguntas da defesa, respondeu: Na hora em que a polícia chegou o depoente avistou a adolescente sai sorrateiramente, então pediu para o policial Hélio acompanha-la. Vanessa, uma prostituta que trabalhava no estabelecimento, afirmou para os policiais que no dia em que a adolescente chegou na boate, os proprietários pediram que ela conferisse a Certidão de Nascimento, porém esta não se atentou para a data de nascimento da vítima A. S. A. de M. (...)” (Leonides Barbosa, fl. 131)*

Igualmente, tem-se o depoimento de Antônio João às fls. 158/159.

Logo, o conjunto probatório aliado aos autos é seguro e consistente, não havendo que se falar em ausência de provas para a condenação dos apelantes, nem que eles desconheciam que a vítima era menor de idade, pois a certidão de nascimento desta foi apresentada aos mesmos, e estes, ainda sim, realizaram a exploração sexual, restando caracterizado o delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90.

Também não há que se falar em desclassificação do tipo previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90 para o previsto no art. 228 do Código Penal, explico:

O art. 244-A da Lei n. 8.069/90 censura penalmente a conduta daquele que submete criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. O verbo nuclear submeter é algo além da simples exposição e está ainda aquém do constranger – que, para o legislador, compreende violência, grave ameaça ou outro meio de redução da capacidade de resistência –, sendo suficiente que o agente tenha algum poder de fato sobre a vítima. Explorar sexualmente uma criança ou adolescente foi compreendido como tirar proveito, obter vantagem ou lucro material de qualquer atividade de conotação sexual dessas pessoas, merecedoras de especial proteção.

Já o art. 228 do Código Penal prevê “*induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone*”, ou seja, o sujeito passivo desse crime pode ser “*qualquer pessoa*”, desde com idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos e dotada de discernimento para a prática do ato, bem como a coletividade.

*In casu*, a adolescente possuía 17 (dezessete) anos, portanto, não pode a conduta ser desclassificada para o do art. 228 do Código Penal.

Cumpram ressaltar, que o art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente foi revogado tacitamente pelo art. 218-B do Código Penal (Lei n. 12.015/2009), todavia, o delito foi praticado antes da entrada em vigor da nova lei, o que impõe aos apelantes a condenação pelo delito previsto no Estatuto Menorista.

Por derradeiro, 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.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 07 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Habeas Corpus nº 1407382-93.2016.8.12.0000 - Maracaju**  
**Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONTRA MULHER EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DO SEXO FEMININO (FEMINICÍDIO) E FURTO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS IV E VI, § 2º-A, INCISO I, C/C ARTIGO 14, INCISO II, E ARTIGO 155, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL) – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – PRETENSÃO JÁ ANALISADA PELO ÓRGÃO JULGADOR EM DOIS *HABEAS CORPUS* ANTERIORES – MERA REITERAÇÃO DE PEDIDO – *WRIT* NÃO CONHECIDO NESTE PONTO.

Se o *writ*, na parte em que questiona a presença dos requisitos da custódia preventiva, não passa de mera reiteração de pretensão já deduzida em sede de outros *habeas corpus*, os quais já restaram analisados e denegados por este Tribunal de Justiça, não há como dele conhecê-lo.

ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – CONFIGURADO – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – CONCESSÃO PARCIAL.

A verificação da ocorrência de excesso de prazo para formação da culpa não decorre da simples soma dos prazos processuais, devendo ser examinadas as peculiaridades de cada caso, sempre observado o princípio da razoabilidade (artigo 5º, inciso LXXVII, da CF).

Com efeito, é de se reconhecer o excesso de prazo da custódia cautelar que perdura há quase 01 (um) ano, de forma injustificada, sem que a instrução processual tenha chegado a termo.

Se os elementos concretos indicam a necessidade de atenção estatal em relação ao comportamento extra muros do acusado, a prisão preventiva deve ser substituída por medidas cautelares alternativas.

Ordem parcialmente concedida, para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas.

Contra 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 maioria, contra o parecer, conhecer em parte, uma vez que os requisitos da prisão se tratava de mera reiteração de pedido e, conceder parcialmente a ordem com relação ao excesso de prazo nos termos do voto do Relator (Des. Francisco), vencido o 2º Vogal (Des. Luiz Gonzaga).

Campo Grande, 25 de agosto de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Fábio Ricardo Trad Filho impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Paulo Ricardo Grubert, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracajú.

Segundo narra o impetrante, o paciente foi preso em flagrante, na data de 26 de novembro de 2015, pela prática, em tese, dos crimes descritos nos artigos 121, § 2º, incisos IV e VI (§ 2º-A, inciso I) c/c. artigo 14, inciso II, e artigo 155, *caput*, todos do Código Penal, e permanece custodiado em razão da decretação de sua prisão preventiva.

Argumenta que foi formulado pedido de revogação do decreto prisional, o qual foi indeferido pela autoridade indigitada coatora, sob o fundamento de que o paciente, em liberdade, colocará em risco a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal (influenciando negativamente a vítima) e a aplicação da lei penal (por não residir no distrito da culpa).

Salienta, entretanto, que o paciente é usuário-dependente de entorpecentes, tendo permanecido, após os fatos supostamente praticados, por 02 (dois) dias debaixo de uma ponte na cidade de Maracajú, com o carro da vítima, sem empreender fuga ou comunicar qualquer familiar.

Afirma que o paciente possui condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade, pois permanecerá na cidade de Maracajú, onde conta com proposta de emprego e tratamento em clínica especializada para o vício das drogas.

Por derradeiro, acrescenta que o paciente sofre constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista que está preso há aproximadamente 08 (oito) meses, sem que o feito tenha sido sentenciado.

Por tais razões, pugna a concessão de liminar, para que seja determinada a imediata expedição de alvará de soltura em favor do paciente. Ao final, postula a concessão definitiva da ordem.

A tutela de urgência foi indeferida às págs. 319/321.

A autoridade indigitada coatora prestou informações às págs. 330/332.

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-conhecimento do *writ*, por reiteração de pedidos, e, no mérito, pela denegação da ordem (págs. 336/340).

## VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

O advogado Fábio Ricardo Trad Filho impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Paulo Ricardo Grubert, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracajú.

Segundo narra o impetrante, o paciente foi preso em flagrante, na data de 26 de novembro de 2015, pela prática, em tese, dos crimes descritos nos artigos 121, § 2º, incisos IV e VI (§ 2º-A, inciso I) c/c. artigo 14, inciso II, e artigo 155, *caput*, todos do Código Penal, e permanece custodiado em razão da decretação de sua prisão preventiva.

Argumenta que foi formulado pedido de revogação do decreto prisional, o qual foi indeferido pela autoridade indigitada coatora, sob o fundamento de que o paciente, em liberdade, colocará em risco a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal (influenciando negativamente a vítima) e a aplicação da lei penal (por não residir no distrito da culpa).

Salienta, entretanto, que o paciente é usuário-dependente de entorpecentes, tendo permanecido, após os fatos supostamente praticados, por 02 (dois) dias debaixo de uma ponte na cidade de Maracajú, com o carro da vítima, sem empreender fuga ou comunicar qualquer familiar.

Afirma que o paciente possui condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade, pois permanecerá na cidade de Maracajú, onde conta com proposta de emprego e tratamento em clínica especializada para o vício das drogas.

Por derradeiro, acrescenta que o paciente sofre constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista que está preso há aproximadamente 08 (oito) meses, sem que o feito tenha sido sentenciado.

Por tais razões, pugna a concessão de liminar, para que seja determinada a imediata expedição de alvará de soltura em favor do paciente. Ao final, postula a concessão definitiva da ordem.

Passo à análise da ordem.

Primeiramente, consigno que o *writ* deve ser conhecido apenas em parte, uma vez que a questão dos requisitos da prisão preventiva já foi objeto de análise em impetrações anteriores (HC n.º 1400616-24.2016.8.12.0000 e HC n.º 1403608-55.2016.8.12.0000), sendo que, nas duas oportunidades, esta e. 3ª Câmara Criminal, por unanimidade, denegou a ordem. Tais decisões foram assim ementadas:

*EMENTA – HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – MEDIANTE RECURSO QUE TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO – CONTRA A MULHER POR RAZÕES DA CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO – FEMINICÍDIO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR (TIA DO PACIENTE) – FURTO - ARTIGO 121, § 2º, INCISOS IV E VI (§2º-A, INCISO I) C/C ARTIGO 14, INCISO II, E ARTIGO 155, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PACIENTE MERO USUÁRIO – REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA – VIA IMPRÓPRIA – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO PROSPERAM – CARÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO DECRETO PRISIONAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.*

*I - Demonstrada a gravidade do crime de tentativa de homicídio, estando presentes fumus commissi delicti e o periculum libertatis, afastado resta o constrangimento ilegal.*

*II - A garantia da ordem pública exprime necessidade de se manter a ordem na sociedade, ora abalada pela prática delitiva. Cuida-se de crime doloso, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos. Os fatos são gravíssimos, haja vista ter o paciente atentado contra sua familiar, só não consumando seu intento, por circunstâncias alheias à sua vontade.*

*III - O Habeas Corpus não é a via própria para a discussão de questões concernentes ao mérito da ação (imputabilidade do paciente), tema a ser levado à instrução criminal.*

*IV - É certo que o paciente ostenta adjetivos pessoais favoráveis, porém tais predicados, quando isolados, não desconstituem a custódia quando defrontadas com os pressupostos e requisitos autorizadores daquela, não havendo que se falar na aplicação de medidas cautelares.*

*V - Ordem denegada. Com o parecer da PGJ. (TJMS; HC n. 1400616-24.2016.8.12.0000 – Maracaju; Rel. Des. Francisco Gerardo de Souza, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 10.03.2016).*

*EMENTA – HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – MEDIANTE RECURSO QUE TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO – CONTRA A MULHER POR RAZÕES DA CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO – FEMINICÍDIO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR (TIA DO PACIENTE) – FURTO – ARTIGO 121, § 2º, INCISOS IV E VI (§ 2º-A, INCISO I) C/C ARTIGO 14, INCISO II, E ARTIGO 155, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PACIENTE MERO USUÁRIO – LAUDO PERICIAL QUE ATESTA AUSÊNCIA DE RISCO DE MORTE – TESE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA – REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA – VIA IMPRÓPRIA – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO PROSPERAM – CARÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO DECRETO PRISIONAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.*

*I - Cuida-se de crime doloso, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos. Os fatos são gravíssimos, haja vista ter o paciente atentado contra sua familiar, só não consumando seu intento, por circunstâncias alheias à sua vontade.*

*II - A juntada de laudo pericial, atestando a inexistência de risco de morte não implica, necessariamente, em desclassificação do delito. Ademais, esta via é inadequada para a discussão de questões concernentes ao mérito da ação - imputabilidade, ausência de materialidade e intenção -, tema a ser levado à instrução criminal.*

*III - A garantia da ordem pública exprime necessidade de se manter a ordem na sociedade, ora abalada pela prática delitiva.*

*IV - É certo que o paciente ostenta adjetivos pessoais favoráveis, porém tais predicados, quando isolados, não desconstituem a custódia quando defrontadas com os pressupostos e requisitos autorizadores daquela, não havendo que se falar na aplicação de medidas cautelares.*

*V - Ordem denegada. Com o parecer da PGJ. (TJMS; HC n. 1403608-55.2016.8.12.0000 – Maracaju; Rel. Des. Francisco Gerardo de Souza, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 12.05.2016).*

Destarte, tendo em vista a ausência de novos argumentos e a identidade das alegações expostas no *writ*, constituindo mera reiteração de pedido anteriormente julgado, não deve ser o presente conhecido, no tocante aos requisitos da prisão preventiva.

Por outro lado, quanto ao alegado excesso de prazo, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante em 14.11.2015, ou seja, permanece custodiado há pouco mais de nove meses.

Como cediço, a concessão de *habeas corpus*, em razão da configuração de excesso de prazo, deve ser admitida nos casos em que a dilação resultar da inércia do próprio aparato judicial (em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal); quando implique em ofensa ao princípio da razoabilidade; ou, ainda, em decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação.

A duração razoável do processo não pode ser analisada por mero cálculo aritmético, já que nem sempre é possível concluir-se os processos dentro de lapso temporal reduzido, tendo em vista a complexidade do feito ou mesmo as dificuldades de natureza administrativa, as quais acabam por impedir que a marcha processual seja concluída em prazo escoreito.

Portanto, a alegação de excesso de prazo deve ser aferida com base no juízo de razoabilidade, segundo as peculiaridades de cada processo.

No caso em tela, em consulta ao Sistema de Automação do Poder Judiciário (SAJ), constata-se que realmente há constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa.

Com efeito, o paciente foi preso em 14.11.2015 e, até a presente data, encontra-se segregado.

A denúncia foi oferecida em 26.11.2015 e recebida apenas em 25.01.2016, ou seja, dois meses após o seu oferecimento.

O réu foi devidamente citado e apresentou defesa prévia.

Fez-se necessária a expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas, tanto da acusação quanto da defesa. Contudo, verifica-se que tal fato não foi a causa do retardamento da marcha processual, pois tais precatórias já foram cumpridas e, inclusive, juntadas aos autos da ação penal originária.

Nada obstante, o d. magistrado singular designou audiência para oitiva das testemunhas residentes na própria comarca apenas para 08.09.2016, isto é, para data muito distante.

Ademais o paciente teve seu interrogatório designado pelo juízo deprecado apenas para 20.10.2016, ou seja, se tudo ocorrer dentro do previsto, até a referida data terá transcorrido quase 01 (um) ano da prisão provisória.

Desta feita, observa-se que a demora na prestação jurisdicional decorre de deficiência do aparato estatal, não podendo ser atribuída à defesa.

Além disso, não trata-se de feito complexo, porquanto conta com apenas um réu, e com testemunhas residentes em outras comarcas já inquiridas, restando apenas a oitiva das testemunhas residentes na própria comarca do juízo processante, não havendo justificativa para tamanha demora.

Desta feita, no caso em tela, observa-se que a dilação da marcha processual decorre, em especial, da demora para o recebimento da inicial acusatória e da designação de datas muito distantes para oitiva das testemunhas residentes na própria comarca do juízo processante e para interrogatório do réu.

Nessa esteira, inevitável o reconhecimento de ofensa ao princípio da razoável duração do processo, restando caracterizado, portanto, a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa.

Ora, o paciente não pode ser penalizado pela morosidade dos órgãos incumbidos pela persecução penal, sendo inaceitável que aguarde segregado enquanto o trâmite da ação penal se alonga de forma desarrazoada e injustificável.

A ilegalidade é inconteste e, neste contexto, a jurisprudência é pacífica em reconhecer:

*“A constatação de excesso de prazo, quando a morosidade se dá por culpa exclusiva da máquina judiciária, representa situação anômala que arrisca a própria efetividade instrumental, na medida em que, além de tornar verossímil o desdenho do*

*estado pelo status libertatis do cidadão, viola um direito essencial que assiste a toda pessoa humana: A prerrogativa do direito à resolução da lide sem delongas desnecessárias e com observância de todas as garantias reverberadas pelo legislador constituinte, notadamente a de não sofrer violação à liberdade pela privação da custódia cautelar por prazo além daquele previsto na legislação.” (TJAM, HC 2011.001884-3, 1ª Câmara Criminal, rel.ª Des.ª Carla Maria Santos dos Reis, DJ 22/07/2011).*

Por outro lado, para que haja o necessário controle estatal acerca do comportamento do paciente, a prisão preventiva deve ser substituída por medidas cautelares alternativas, a saber:

- a) comparecimento mensal em juízo, para comprovar o endereço atual e informar suas atividades;
- b) comparecer a todos os atos processuais de que for intimado;
- c) proibição de ausentar-se da comarca de seu domicílio sem prévia autorização do juízo competente;
- d) recolher-se à residência no máximo até as 22 horas;
- e) não frequentar bares, boates ou restaurantes, nem locais de aglomeração de pessoas;
- f) proibição de aproximar-se da vítima, por no mínimo 300 metros;

Ante o exposto, concedo parcialmente a presente ordem de *habeas corpus*, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares alternativas.

Caso prevaleça este voto, expeça-se alvará de soltura, se por outro motivo o paciente não estiver preso, nele devendo constar as condições impostas e a advertência de que o descumprimento de qualquer delas poderá acarretar nova decretação de prisão preventiva.

É como voto, contra o parecer.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Divirjo do Relator, para denegar a ordem.

Como bem se pode observar, a controvérsia gira em torno da configuração de suposto excesso de prazo na conclusão da instrução da ação penal movida contra o paciente, que, por isso, requer o relaxamento de sua prisão.

Pois bem.

A princípio, é importante ressaltar que o legislador ordinário, ao tratar da prisão preventiva, não estabeleceu nenhum prazo para duração desse tipo de custódia cautelar. Como é cediço, a única disposição prazal acerca das prisões cautelares diz respeito à prisão temporária, modalidade que tem prazo de vigência estabelecido em lei. Portanto, a segregação preventiva não é regida por qualquer prazo legal de duração, devendo, pois, ser mantida enquanto perdurarem os requisitos e fundamentos legais dessa medida.

Contudo, embora não esteja vinculada a qualquer prazo legal, a duração da prisão preventiva deve ser vista à luz do tempo necessário para conclusão da fase de instrução processual. Em outras palavras, a prisão preventiva passa a ser considerada ilegal se, não obstante presentes os respectivos requisitos legais,

a fase de instrução do processo se alongar demasiadamente e de forma injustificada (entenda-se, por fato não imputado à defesa).

Justamente por isso é que se torna importante que a análise da legalidade da prisão preventiva, no curso do processo, seja feita de acordo com o lapso temporal despendido para a conclusão da fase de formação da culpa. Assim, configurado o excesso de prazo na instrução do processo, considerar-se-á ilegal a preventiva, reclamando-se, nessa hipótese, a revogação dessa segregação cautelar.

Com efeito, a apreciação da questão atinente ao alegado excesso de prazo deve ser pautada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa, de fato, o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais, cuja prática se apresenta imprescindível no âmbito do procedimento penal.

É certo que na seara dos processos judiciais de natureza penal, é necessário assegurar ao réu a garantia fundamental do devido processo legal, bem como toda a carga axiológica decorrente da observância desse preceito constitucional.

Justamente por isso, ou seja, à vista da necessidade desse garantismo visualizado no campo penal, é justificável que a marcha processual se alongue no tempo, porém, por um período que seja considerado “razoável” para a concretização do princípio do devido processo legal e de todos os seus consectários lógicos.

A propósito, à vista dessa necessidade de se estabelecer uma tramitação razoável do processo, o legislador ordinário fixou prazos legais para o exercício dos direitos e garantias fundamentais decorrentes do devido processo legal.

Entretanto, esses prazos indicados na legislação processual penal servem apenas como parâmetro geral, não se podendo deduzir o excesso tão-somente pelas suas respectivas somas aritméticas, admitindo-se, em homenagem à proporcionalidade, certa variação, à luz das peculiaridades de cada caso concreto. Assim, o constrangimento deve ser reconhecido como ilegal somente quando o retardo ou a delonga sejam injustificados e possam ser atribuídos ao Judiciário.

No presente caso, como bem sintetizado pelo Relator em seu voto, os atos processuais até então praticados na ação penal foram realizados na seguinte sequência cronológica:

*“Com efeito, o paciente foi preso em 14.11.2015 e, até a presente data, encontra-se segregado.*

*A denúncia foi oferecida em 26.11.2015 e recebida apenas em 25.01.2016, ou seja, dois meses após o seu oferecimento.*

*O réu foi devidamente citado e apresentou defesa prévia.*

*Fez-se necessária a expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas, tanto da acusação quanto da defesa. Contudo, verifica-se que tal fato não foi a causa do retardamento da marcha processual, pois tais precatórias já foram cumpridas e, inclusive, juntadas aos autos da ação penal originária.*

*Nada obstante, o d. magistrado singular designou audiência para oitiva das testemunhas residentes na própria comarca apenas para 08.09.2016, isto é, para data muito distante.*

*Ademais o paciente teve seu interrogatório designado pelo Juízo deprecado apenas para 20.10.2016, ou seja, se tudo ocorrer dentro do previsto, até a referida data terá transcorrido quase 01 (um) ano da prisão provisória.”*

À luz do panorama fático-processual acima exposto, pode-se verificar, com extrema clareza, que o feito, até a atual fase em que se encontra, teve regular e pronto andamento, não havendo notícias da ocorrência de suposta morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional, não havendo o que se falar em coação ilegal.

Na hipótese em tela, é preciso que seja anotado o fato de que, no caso dos autos, foi necessária a expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas e para citação e interrogatório do réu, procedimento esse que também demanda inexoravelmente um breve elastecimento da marcha processual, principalmente pela necessidade de observância de determinadas formalidades legais intrínsecas ao fiel cumprimento desse ato.

Outrossim, deve se ter em mente, à luz do cenário jurídico hodierno, o fato de que o exacerbado e excessivo número de demandas judiciais no âmbito das varas criminais do Poder Judiciário é fator preponderante, e que figura como elemento capaz de justificar eventual extensão do período temporal previsto para a conclusão da ação penal, devendo, portanto, ser sopesado no exame dessa alegação.

Assim, conclui-se que o prazo decorrido desde a prisão do paciente até então, ou seja, pouco mais de 7 (sete) meses, está, evidentemente, dentro do critério da razoabilidade, respeitando, também, o princípio da proporcionalidade, de modo que não há qualquer excessividade desproporcional capaz de atribuir ilegalidade ao decreto prisional preventivo do paciente.

Perante o exposto, não há falar em configuração de excesso de prazo, pelo que afastado tal alegação.

Por fim, não se pode olvidar que se está diante de caso extremamente complexo e de evidente gravidade, que, lamentavelmente, envolve tentativa de homicídio praticado por um sobrinho contra a sua tia, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, configurando o tipo penal do “Feminicídio”. Nesse contexto, é indiscutível que tal fato causa abalo social e perplexidade na comunidade local onde ocorreram os fatos, razão pela qual é necessária a manutenção da prisão preventiva, como forma de proteção à ordem pública.

Posto isso, com o parecer e divergindo do Relator, denego a presente ordem.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, conheceram em parte, uma vez que os requisitos da prisão se tratava de mera reiteração de pedido e, concederam parcialmente a ordem com relação ao excesso de prazo nos termos do voto do relator (Des. Francisco), vencido o 2º vogal (Des. Luiz Gonzaga).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 25 de agosto de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Habeas Corpus nº 1409236-25.2016.8.12.0000 - Terenos**  
**Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ROUBO MAJORADO – LATROCÍNIO – CORRUPÇÃO DE MENORES – CONTRA MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS – AGENTE QUE PROMOVE, OU ORGANIZA A COOPERAÇÃO NO CRIME OU DIRIGE A ATIVIDADE DOS DEMAIS AGENTES – ARTIGO 157, § 2º, INCISO II E § 3º (COM RESULTADO MORTE), DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/1990 – ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA “H”, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 62, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – CONCURSO FORMAL – CONCURSO DE PESSOAS – MORTE VIOLENTA – SOFRIMENTO EXACERBADO IMPINGIDO – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – MANDADO CUMPRIDO QUASE QUATRO MESES APÓS OS FATOS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – AFASTADA ANTE À PERICULOSIDADE DO PACIENTE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DENEGADA

A prisão preventiva justifica-se, porquanto um dos crimes imputados é apenado com pena superior a 4 (quatro) anos (artigo 313, inciso I, do CPP), e, ainda, pela necessidade de garantia da aplicação penal e da ordem pública (artigo 312 do CPP), abalada pela gravidade concreta do crime – praticado, em tese, contra uma pessoa que contava com 73 (setenta e três) anos de idade.

Crime deveras violento, praticado, em tese, em concurso de agentes, sob a organização do paciente.

Paciente preso somente 04 (quatro) meses após a data do fato.

Eventuais condições pessoais favoráveis, ainda que totalmente comprovadas, não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva.

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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 15 de setembro de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A Defensoria Pública Estadual, por seu membro Esveraldo Torres Cano, impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Bruno Matheus Nunes Maciel, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Terenos-MS.

A impetrante narra que o paciente foi preso preventivamente, na data de 07 de junho de 2016, pela suposta prática de roubo majorado, ocorrido, por sua vez, em 26 de fevereiro de 2016.

Todavia, argumenta que o paciente é primário, tem ocupação lícita, de bons antecedentes, sendo, no sentir da defesa, imperiosa a revogação da custódia, eis que pautada a gravidade abstrata do delito, não vislumbrando, portanto, a presença dos pressupostos e requisitos da prisão.

Nisto, postula pelo deferimento da liminar.

Ao final, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 374-376.

As informações foram prestadas à f. 382.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 386-392.

## VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

A Defensoria Pública Estadual, por seu membro Esveraldo Torres Cano, impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Bruno Matheus Nunes Maciel, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Terenos-MS.

A impetrante narra que o paciente foi preso preventivamente, na data de 07 de junho de 2016, pela suposta prática de roubo majorado, ocorrido, por sua vez, em 26 de fevereiro de 2016.

Todavia, argumenta que o paciente é primário, tem ocupação lícita, de bons antecedentes, sendo, no sentir da defesa, imperiosa a revogação da custódia, eis que pautada a gravidade abstrata do delito, não vislumbrando, portanto, a presença dos pressupostos e requisitos da prisão.

Nisto, postula pelo deferimento da liminar.

Ao final, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 374-376.

As informações foram prestadas à f. 382.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 386-392.

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do *writ*.

Porém, a ordem merece ser denegada.

Em consulta ao primeiro grau de jurisdição, através do Sistema de Automação da Justiça - SAJ, observo que tramita contra o paciente a ação penal de n. 0000555-07.2016.8.12.0047, de cuja denúncia constam os seguintes termos:

*“(...) pelo cometimento dos seguintes fatos delituosos:*

*Ao que se apurou do presente procedimento inquisitorial, na manhã do dia 26 de fevereiro de 2016, na propriedade rural estabelecida no lote 19, do Assentamento Guaicurus, localizado neste Município, os denunciados Bruno Alves da Silva e Bruno Matheus Maciel, subtraíram para si, mediante violência que resultou na morte da vítima Maria Ambrosina de Andrade (maior de 60 anos), 01 (um) aparelho de telefonia móvel.*

*Consta ainda, que nas mesmas circunstâncias, os denunciados, induziram e praticaram o crime acima descrito em concurso de agentes com os adolescentes M. A. da S. e M. S. N. M.*

*Para descrição pormenorizada de como se deram as ocorrências de tais fatos, faz-se necessária a narrativa do momento de preparação, execução e consumação do crime, isto para apuração da participação/função de cada um na empreitada criminosa.*

*No dia anterior aos fatos, os denunciados Bruno Alves e Bruno Matheus, como de costume, mais uma vez se reuniram com os adolescentes M. A. da S. e M. S. N. M. para “jogar conversa fora” e realizar o consumo de substância entorpecente conhecida como “maconha”.*

*Durante a conversa, os envolvidos perceberam que o dinheiro que o grupo “tinha em caixa” para compra da droga mencionada havia acabado, e por conseguinte, alguma providência teria de ser tomada imediatamente para o levantamento de verba para aquisição da substância entorpecente com algum traficante desta localidade.*

*Percebendo que a situação financeira de seu grupo de usuários de maconha não estava boa, o denunciado Bruno Matheus então procedeu com sua grande contribuição para realização do crime, propondo a seguinte ideia: por saber que a vítima Maria Abrosina, conhecida como “Fogaréu”, morava sozinha e possuía um cofre em sua residência, com a quantia de aproximadamente R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o grupo poderia assaltá-la e dividir o dinheiro proveniente do crime em quatro partes iguais, tudo isto para compra de entorpecentes ilícitos, assim como outras necessidades.*

*Pela ganância e intrepidez dos envolvidos, a ideia do denunciado Bruno Matheus saltou aos olhos dos integrantes do grupo, ocasião na qual, por unanimidade, concordaram com o plano e acordaram que a execução seria na manhã do dia seguinte.*

*Chegada a hora, estima-se que por volta das 07h00min, o adolescente M. S. N. M. se deslocou até a propriedade rural onde residiam os irmãos Bruno Alves (denunciado) e M. A. da S., oportunidade na qual aquele fora indagado acerca da presença do denunciado Bruno Matheus, pois este também estava “escalado” para participar da execução do ilícito.*

*Entretanto, naquele momento, o denunciado Bruno Matheus estava impossibilitado de acompanhar o grupo, pois as tarefas do emprego na propriedade rural onde trabalhava não lhe deixaram livres para prática do crime, tendo sido transmitido, por meio do adolescente M. S. N. M., o recado de que embora não estivesse presente, o plano deveria ser executado e os lucros divididos de forma igualitária em quatro partes.*

*Assim, o denunciado Bruno Alves e os adolescentes M. A. da S. e M. S. N. M. decidiram seguir as instruções do denunciado Bruno Matheus, tendo o adolescente M. A. da S. se armado com uma faca de cozinha e o adolescente M. S. N. M. com uma corda.*

*Juntos, Bruno Alves, M. A. da S. e M. S. N. M., deslocaram-se até a residência da vítima, onde, de longe, perceberam que Maria Ambrosina estava no local, pois seu automóvel lá se encontrava.*

*Apesar disso, seguiram com o plano e chegaram até a residência, onde somente os adolescentes entraram, e o denunciado Bruno Alves ficou incumbido de permanecer na entrada da chácara para vigiar o local e avisar os demais comparsas, caso ocorresse qualquer imprevisto.*

*Com considerável normalidade e frieza, os adolescentes M. A. da S. e M. S. N. M. encontraram a vítima na varanda de sua casa, e de imediato lhe pediram um copo de água, e no momento em que esta se virou para atender o pedido, M. S. N. M. desferiu-lhe um forte “empurrão”, ocasionando sua queda e o choque contra sua cabeça.*

*Ao perceberem que a vítima estava desacordada, os adolescentes, utilizando a corda que haviam levado para empreitada, amarraram-na em um dos pilares da varanda, tendo sido determinado por M. S. N. M., logo após, que M. A. da S. fizesse uma varredura no interior da casa em busca do cofre, mas nada foi encontrado.*

*Em razão disso, o denunciado Bruno Alves se uniu ao irmão M. A. da S., para que juntos procurassem o dito cofre, principal objetivo do crime, enquanto o adolescente M. S. N. M. “cuidava” da vítima.*

*Ocorre que, no tempo em que Bruno Alves e M. A. da S. intensificavam as buscas pelo cofre, os cuidados de M. A. da S. com a vítima consistiram em perfurá-la por várias vezes, utilizando como instrumento uma faca de cozinha.*

*Encerrada a frustrada busca pelo cofre, Bruno Alves e M. A. da S. saíram, ocasião em que perceberam o que M. S. N. M. havia feito, bem como, que mesmo com todos os ferimentos, a vítima ainda apresentava sinais de vida.*

*Com isso, para assegurar a impunidade do grupo, o denunciado Bruno Alves muniu-se de um machado para “terminar o serviço”, porém, como não teve a coragem necessária para consumação do ato, passou a vez para o adolescente M. S. N. M., o qual desferiu diversos golpes contra a cabeça da vítima com a parte de trás da lâmina do instrumento.*

*Após isso, os integrantes do grupo desamarraram a vítima e fora determinado ao adolescente M. A. da S. que pegasse um frasco de veneno que estava na mureta da varanda e despejasse na boca daquela, o que foi imediatamente atendido.*

*Certificando-se que a vítima estava realmente morta, Bruno Alves, M. A. da S. e M. S. N. M deixaram o local do crime, levando apenas um aparelho de telefonia móvel, objeto que posteriormente foi escondido no pasto de uma das propriedades rurais da região, isto pelo temor de que o objeto pudesse servir de prova para incriminá-los.*

*No mesmo dia, os executores do grupo se reuniram com o mentor Bruno Matheus, em sua residência, circunstância na qual este determinou que caso a Polícia tomasse conhecimento da situação, quem assumiria a autoria do delito seria o adolescente M. A. da S., em virtude de sua inimputabilidade penal.*

*É importante ressaltar, que como o arquiteto do crime (Bruno Matheus), já havia encomendado 01 (um) tijolo de maconha de um traficante de drogas da região, o grupo ainda articulou um abigeato no qual furtaram, carnearam e entregaram 01 (uma) novilha para o fornecedor de drogas.*

*O adolescente M. A. da S., confessou a prática da infração penal, com todos os detalhes (fls. 137/142). O denunciado Bruno Alves da Silva, embora tenha confessado, tentou diminuir sua participação do crime (fls. 143/146). Por outro lado, o adolescente M. S. N. M confessou sua participação, mas tentou diminuir seu envolvimento e excluir a participação do denunciado Bruno Matheus.*

*O exame necroscópico (fls. 73/74) apontou como causa da morte, o traumatismo crânio encefálico decorrente de ação contundente. Da mesma forma, no exame de corpo de delito em local de morte violenta (fls. 75/88), os peritos constataram no cadáver da vítima, ferimentos compatíveis com as circunstâncias fáticas narradas.*

*A materialidade dos crimes supranarrados, está patenteada nos Boletins de Ocorrência (fls. 07 e 64/67), Auto de Apreensão (f. 69), Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 73/74), Laudo Pericial – Exame de Corpo de Delito em Local de Morte Violenta (fls. 75/88), bem como pelos demais depoimentos colhidos perante a autoridade policial.*

*Ante o exposto, o Ministério Público Estadual oferece denúncia em desfavor de Bruno Alves da Silva e Bruno Matheus Maciel, como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, inciso II e § 3º (com resultado morte), do Código Penal, e artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990, todos com a aplicação da agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal, aplicando-se ainda a regra do concurso formal e a agravante do concurso de pessoas prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, somente para último denunciado, requerendo, após a autuação e recebimento desta, sejam os denunciados citados, processados, julgados e, ao final, condenados, intimando-se as testemunhas do rol anexo para deporem em Juízo, em dia e hora a serem designados, sob as cominações legais(...)*

Pois bem, os crimes imputados ao paciente, em havendo condenação, implicam em condenação à pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, confortando-se, com isto, ao texto do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Os indícios de autoria são demonstrados através dos depoimento e interrogatórios de fls.32-35; 36-38; 42-45; 47-48; 50-51; 53-54; 60-62; 64-65; 69-70; 125-127; 129-130; 147-151; 152-159; 177-180; 181-185; 196-199; 200-204; 222; 227-229; 247-249; 251-253; 277-278; 0000555-07.2016.8.12.0047).

A materialidade é demonstrada através do boletim de ocorrência, relatório de investigação, boletim de ocorrência, auto de apreensão, exame necroscópico, laudo pericial, boletim de ocorrência (fls. 12;15; 17-19; 24-31; 72-75; 77; 81-83; 84-96; 186-187; 0000555-07.2016.8.12.0047).

Neste passo, materializados estão os pressupostos embasadores da segregação (prova da existência do crime e indícios da autoria), atraindo a presença do *fumus commissi delicti*.

Já o *periculum libertatis* está fundado na necessidade de se ver garantida a ordem pública, nos termos do aduzido na decisão de primeiro grau, haja vista a gravidade concreta do delito, praticado contra uma idosa.

Neste esteio, forçoso reconhecer a gravidade concreta do delito, em tese, praticado, motivo de enorme temeridade conforme o exarado pelo magistrado que preside o feito, quando do decreto da prisão preventiva (0000534-31.2016.8.12.0047):

*“(...) Trata-se de representação formulada pela autoridade policial, por meio da qual pede as prisões preventivas de Bruno Alves da Silva, brasileiro, estudante, natural de Aquidauana, MS, filho de Ednaldo de Souza da Silva e de Rosângela Alves dos Santos, e de Bruno Matheus Nunes Maciel, brasileiro, solteiro, estudante, nascido em 7.2.1997, natural de Campo Grande, MS, filho de Sérgio Maciel Lemes e de Romilda Nunes de Souza e, ainda, pede busca e apreensão.*

*Narra a autoridade policial que, após a oitiva de M. A. da S. e de Bruno Alves, ambos esclareceram que o crime foi perpetrado em concurso com outros dois irmãos, Bruno Matheus Nunes Maciel e M. S. N. M.*

*Aduz a autoridade policial que Bruno Matheus agiu como o autor intelectual do latrocínio, arregimentando os outros para a barbárie, e M. S. N. M participou diretamente do crime ocorrido no dia 26.2.2016 que vitimou Maria Ambrosina de Andrade, a qual foi encontrada morta por vizinhos, os quais comunicaram o fato à polícia.*

*Por fim, aduz que a prisão de Bruno poderá esclarecer duas indagações perturbadoras: por qual motivo não praticaram a subtração durante a ausência da vítima, já que esta comumente deixava o imóvel sozinho por longos períodos? O crime realmente tinha objetivo patrimonial ou o suposto cofre é um ardid para ocultar homicídio encomendado?*

*Ademais, Bruno Matheus teria ameaçado M. A. da S. dizendo “se você vacilar você vai rodar”.*

*O Ministério Público Estadual manifestou-se favorável ao pedido (fls. 24/37).*

*Pois bem.*

*A constrição cautelar ou a manutenção da prisão em flagrante implica drástico sacrifício à liberdade individual e que só deve ser decretada nas hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.*

*Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal, in verbis:*

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.*

*Por seu turno, estabelece o art. 311 do C.P.P., que a prisão preventiva caberá em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, quando houver prova da existência do crime (vestígios suficientes de sua existência fática) e indícios suficientes de autoria.*

*Doutrina o Professor José Frederico Marques:*

*Existe prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática do crime típico na integralidade de seus elementos. E há indícios, quando o réu é o provável autor do crime. Como obtempera Carnelutti, cabe a prisão preventiva quando existe uma imputação provável”. (Elementos de Direito Processual Penal, Vol. IV, pág. 46, Forense, 2ª Edição, 1970).*

*Sobre o conceito e alcance da hipótese da garantia da ordem pública, ensina Nucci que:*

*Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como 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 de sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

*Existem nos autos prova da existência do crime, sendo inequívoca a materialidade, bem como há fortes indícios de que sejam os imputados os sujeitos ativos da prática delitiva em descortino, conforme depoimentos (fls. 11/4 e 15/9).*

*Assente, pois, o primeiro grande pilar do decreto de prisão ergastular cautelar.*

*Em sequência, há que se dispor acerca das hipóteses legais descritas no art. 312 do Código de Processo Penal*

*Consigno que a pena máxima in abstracto do crime imputado aos representados supera e muito o limite de 4 (quatro) anos previsto no artigo 313, I, da lei processual, e que o crime foi cometido com extrema violência contra pessoa.*

*No caso em espécie, após a (re) oitiva de M. A. da S. e a oitiva de Bruno restou consignado que Bruno Matheus e M. S. N. M participaram do crime, o primeiro como mentor, e o segundo de forma direta.*

*Segundo M. A. da S. e Bruno Alves, o crime foi planejado por Bruno Matheus, o qual, porém, não participou do crime propriamente dito, porque não teria conseguido desvencilhar-se dos trabalhos.*

*Diz, ainda, que logo após o crime todos foram para casa, e, alguns deles, foram trabalhar no campo.*

*Tal proceder demonstra o descaso com a vida alheia, pois após matar a vítima utilizando-se de extrema violência, eles foram capazes de seguir a rotina diária, como se nada tivesse ocorrido.*

*Pois bem.*

*Como dito anteriormente, a materialidade e indícios de autoria encontram-se demonstrados nas oitivas das testemunhas, bem como na confissão de M. A. da S. e de Bruno. Presente, pois, o fumus comissi delicti.*

*Quanto ao periculum libertatis, justifica-se a custódia cautelar, in casu, com fundamento na garantia da ordem pública, haja vista que aos Representados é imputada a prática de crime extremamente grave, posto que mataram uma senhora idosa, com requintes de crueldade e intensa violência, amarrando-a, esfaqueando-a e, ainda, desferido golpe com machado e colocando um “líquido” em sua boca e rosto.*

*É de se pontuar que mesmo tendo visto que Maria Ambrosina, que se encontrava amarrada, não apresentava qualquer residência, continuaram com as agressões.*

*Sendo assim, muito embora, com relação a Bruno Matheus Nunes de Maciel, não constem dos autos antecedentes criminais, apenas anotação quando adolescente, a gravidade concreta do delito, conforme narrado anteriormente, recomenda a decretação da custódia cautelar.*

*Nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.403/2011, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.*

*Diante da gravidade concreta da conduta dos Representados, não se afiguram suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.*

*Logo, as segregações cautelares dos representados são para a garantia da ordem pública, e no caso de Bruno Alves da Silva, também para aplicação da lei penal, pois o mesmo já havia mudado para o Paraná, local onde foi preso devido à decretação de sua prisão temporária anteriormente decretada, a fim de se furta a aplicação da lei penal.*

*Quanto ao pedido de busca e apreensão, tenho que também deve ser deferido.*

*A Constituição Federal no art. 5º, inciso XI, garante a todos os cidadãos o direito à inviolabilidade de seu domicílio, salvo em hipóteses excepcionalíssimas, quando houver prevalência do interesse público sobre aquela garantia.*

*A busca e apreensão é imprescindível para uma melhor elucidação dos fatos, individualização da autoria, e comprovação da existência de delito.*

*Nos termos do artigo 240, § 1º, alíneas “d” e “e”, do Código de Processo Penal, a busca domiciliar pode ser concedida para “apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, bem como descobrir objetos necessários à prova de infração”.*

*Trata-se de medida acautelatória a ser realizada tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem, justamente porque a busca e apreensão domiciliar é uma exceção ao princípio da inviolabilidade de domicílio (art. 5º., CF).*

*No caso, conforme relatado pela autoridade policial, a busca e apreensão se faz necessária, a fim de buscar coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fins delituosos.*

*Com efeito, conforme já decidiu o STJ:*

*A teor do art. 6º., II, do CPP, pode a autoridade policial, ao tomar conhecimento de fato delituoso, determinar a busca e apreensão de objetos relacionados com o mesmo, antes da instauração do respectivo inquérito. (RT 665/333).*

*Ainda, “A determinação do juiz, autorizando a busca domiciliar a apreensão de objetos vinculados a fato criminoso, afasta a garantia constitucional da inviolabilidade, autorizando o ingresso e a busca independentemente do consentimento do morador. Mesmo que a coisa buscada seja determinada, e os executores devam limitar-se ao estritamente necessário para que a diligência se efetue, não há proibição legal de que sejam apreendidos outros objetos que constituam corpo de delito de infração penal, pois o desaparecimento de provas precisa ser evitado. O que não se pode tolerar é a apreensão desnecessária, caracterizadora de abuso”. (JTAERGS 95/42).*

*Assim, havendo fortes razões que a autorizem, com fulcro no art. 240, § 1º, do CPP, a concessão da medida se impõe tal como requerido na representação.*

*Ante o exposto, decreto as prisões preventivas de Bruno Alves da Silva, brasileiro, estudante, natural de Aquidauana, MS, filho de Ednaldo de Souza da Silva e de Rosângela Alves dos Santos, e de Bruno Matheus de Nunes Maciel, brasileiro, solteiro, estudante, nascido em 7.2.1997, natural de Campo Grande, MS, filho de Sérgio Maciel Lemes e de Romilda Nunes de Souza, nos termos do art. 312, caput, e parágrafo único, e art. 313,*

*I, todos do CPP, e Defiro a medida solicitada pela autoridade policial, e o faço para permitir/determinar a busca na residência de Bruno Matheus de Nunes Maciel, localizada no Assentamento Guaicurus, em frente ao lote 14, zona rural, Terenos, MS.*

*Expeça-se mandado de busca e apreensão, a ser cumprido nos endereços supra citados, observando-se as disposições dos artigos 243 e 245, ambos do CPP.*

*Comunique-se à autoridade policial local.*

*Ciência ao MPE.*

*Dê-se ciência, ainda, à Defensoria Pública atuante nesta Comarca.*

*Façam-se as devidas comunicações a respeito da presente decisão.*

*Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se. (...)”*

Portanto, ressaem os requisitos legais autorizadores da segregação cautelar, retratando, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito, cujos elementos são extraídos dos depoimentos dos adolescentes que auxiliaram na perpetração do crime.

Logo, forçoso reconhecer a gravidade concreta do delito, em tese, praticado, motivo de enorme temeridade, sobremaneira avultada quando empreendida em uma cidade de dimensões diminutas, como a de origem.

Neste sentido,

*“HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE (LATROCÍNIO) E QUADRILHA OU BANDO. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. NECESSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI E GRAVIDADE CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR OUTRAS MEDIDAS. ORDEM DENEGADA. 1 - A prisão preventiva é cabível no caso, nos termos do art. 313, I e III, do código de processo penal, já que a pena máxima cominada ao delito de roubo qualificado pelo resultado morte ultrapassa, em muito, 04 anos de reclusão. 2- a prisão cautelar é necessária quando for imprescindível para a garantia da ordem pública, em razão do paciente supostamente ter sido o autor intelectual do delito, bem diante do modus operandi do ilícito. 3- inviável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão quando há motivação que justifique a medida excepcional, a exemplo da gravidade concreta do delito, o que torna de rigor a prisão do paciente. 4- ordem denegada.” grifei (TJES; HC 0000489-87.2013.8.08.0000; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 13/03/2013; DJES 21/03/2013)*

A garantia da aplicação da lei penal também merece ser resguardada, tanto que os fatos se deram, em tese, em 26 de fevereiro de 2016, e a prisão só ocorreu em 07 de junho de 2016, ou seja, quase 04 (quatro) meses após a data da morte da vítima.

Portanto, ressaem os requisitos legais autorizadores da segregação cautelar.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já exarou que:

*“(...) o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave, são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social” (RHC 15016/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/12/2003).*

Bem como a exarada por Corte estadual:

**“HABEAS CORPUS. Latrocínio contra idoso. Art. 157, § 2º, II, e § 3º, c/c art. 61, II, h, todos do CP. Corrupção de menor. Art. 244 - B da Lei nº 8.069/90. Alegação de constrangimento ilegal. Excesso de prazo para formação de culpa. Fundamentação inidônea da decisão que decretou a prisão preventiva. Paciente que apresenta condições favoráveis. Improcedência. Suficientes indícios de materialidade e autoria. Excesso de prazo não configurado. Decisão adequadamente fundamentada. Gravidade do delito. Condições favoráveis da paciente não impedem a prisão cautelar. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. Habeas corpus crime. Crimes de furto qualificado e receptação. Artigos 155, § 4º, e 180 do Código Penal. Negativa de autoria. Alegação que se refere ao mérito da ação penal, a qual necessita de aprofundamento do conteúdo fático-probatório. Impossibilidade em sede de habeas corpus (...). (TJPR. 5ª c. Crim. HC nº 1.226.405-0. Rel.ª Des.ª Maria Mercis Gomes Aniceto. DJ 07/07/2014). Pelo critério da razoabilidade, devem ser consideradas as peculiaridades do caso concreto que justificam a dilação do prazo, tendo em vista que este não é peremptório. A necessidade de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, aliada à prova de existência do crime e aos satisfatórios indícios quanto à autoria, são fundamentos suficientes para a decretação da prisão preventiva (...).” Grifei** (TJPR. 5ª c. Crim. HC nº 1.185.975-9. Rel. Des. Jorge Wagih Massad. DJ 16/04/2014).

E,

*“Habeas corpus. Crime. Tráfico ilícito de entorpecentes e corrupção de menores. Prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública. Alegado constrangimento ilegal. Existência de indícios suficientes de materialidade e autoria. Ordem pública. Prisão cautelar fundamentada em elementos concretos e vinculados. Manutenção do ato de constrição. Primariedade e condições pessoais favoráveis não afastam a necessidade da medida constritiva. Ordem conhecida e denegada. (tjpr. 5ª c. Crim. HC nº 1.186.544-8. Rel. Conv. Juiz raul vaz da Silva Portugal. DJ 30/06/2014). (TJPR; HC Crime 1232745-6; Mandaguaçu; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Eduardo Fagundes; DJPR 06/08/2014; Pág. 673*

Assim, em análise, não verifico qualquer irregularidade a ser sanada, pois estão devidamente fundamentados os requisitos e pressupostos da segregação cautelar, eis que diante da visível necessidade de acautelar à ordem pública aliado à prova de materialidade e indícios suficientes de autoria.

Por derradeiro, a impetrante afirma que o paciente ostenta circunstâncias pessoais favoráveis.

Entretanto, a segregação se faz necessária, merecendo ser mantida, soterrando eventuais circunstâncias pessoais favoráveis, as quais, diante daquelas postas, não são capazes de afastar a prisão, fundamento este que encontra conforto em julgado desta Corte, transcrevo:

A Jurisprudência do E. TJMS manifestou a respeito, dentre outros, no seguinte acórdão:

***“EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - ALEGADA INOCÊNCIA DO PACIENTE - DISCUSSÃO AFETA À AÇÃO PENAL - INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT - NÃO CONHECIMENTO - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE - PRISÃO CABÍVEL - PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA. A alegada inocência não comporta discussão na via estreita do habeas corpus por demandar exame aprofundado de provas, afeta à instrução processual. As condições pessoais do***

*paciente, tais como a primariedade, bons antecedentes, família constituída, residência fixa e profissão lícita, não bastam, por si sós, para a concessão do benefício da liberdade provisória. Sendo a prisão preventiva cabível e estando presentes seus pressupostos e fundamentos, não há o que se falar em liberdade provisória. O fundamento da garantia da ordem pública resta verificado quando há concreta possibilidade de reiteração criminosa.”* (TJMS. *Habeas Corpus* 1410596-63.2014.8.12.0000. 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, J. 22/9/2014).

Logo, persistindo os pressupostos e requisitos ensejadores da prisão preventiva, afastada está a alegação de constrangimento ilegal a ser sanado por meio do presente *habeas corpus*.

Portanto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a ordem.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 15 de setembro de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0005146-41.2012.8.12.0018 - Paranaíba**  
**Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CULPABILIDADE – PREJUÍZO EQUIVALENTE A 15 SALÁRIOS MÍNIMOS – MODULADORA DESFAVORÁVEL – PERSONALIDADE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL EQUIVOCADAMENTE VALORADA – VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS – COABITAÇÃO – AGRAVANTES CONFIGURADAS – COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE ETÁRIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Impõe-se a diminuição da pena-base quando uma das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis (personalidade) foi valorada de forma inidônea, sem elementos seguros, posto que se trata de agente tecnicamente primário, e o fato de ser dependente químico não induz ao recrudesimento da pena porque possui caráter de enfermidade, e não de individualidade deturpada. No que toca à culpabilidade, correto o juízo negativo porque o prejuízo causado à vítima foi equivalente a 15 salários mínimos.

Para fins de incidência da agravante etária, a idade da vítima pode ser demonstrada por outros meios além da juntada de documento de identificação, caso em que a data de nascimento do ofendido pode ser aferida no registro de ocorrência, no qual consta igualmente o número de seu Registro Geral (RG).

A agravante prevista no artigo 61, II, “f”, do CP, não se confunde com a qualificadora do abuso de confiança. Nesta o crime é praticado por pessoa em quem a vítima confiava, permitia que tivesse acesso aos seus bens; diferente da coabitação, que se restringe a relações domésticas ou familiares e indica convivência entre pessoas sob o mesmo teto.

Inexiste preponderância entre a agravante etária e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, fato que possibilita a compensação.

Recurso 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, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 14 de julho de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Joaquim Dionízio Almeida de Andrade, qualificado nos autos, inconformado com a sentença de f. 112-119 que a condenou à pena de 03 (três) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e à multa de 100 (cem) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, II do Código Penal, interpõe a presente Apelação Criminal pela qual, segundo as razões expostas a f. 126-140, postula pela redução da pena-base, sob o argumento que as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade e personalidade foram inadequadamente valoradas. Assim como requer sejam afastadas as agravantes previstas no artigo 61, II, “f” e “h”, do CP. Subsidiariamente, requer a compensação da agravante da idade da vítima com a atenuante da confissão espontânea.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 142-149, pugnando pelo provimento parcial, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 159-163, opina pelo desprovimento.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Joaquim Dionízio Almeida de Andrade contra a sentença de f. 112-119 que o condenou à pena de 03 (três) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e à multa de 100 (cem) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, II do Código Penal.

Narra a denúncia que:

*“Na data entre 22 de março de 2011, às 8:00h, e 24 de abril de 2011, às 8:00h, na Rua Wladislau Garcia Gomes, Bairro Centro, nesta cidade e comarca de Paranaíba, o denunciado Joaquim Dionízio Almeida de Andrade, ciente da ilicitude e reprovabilidade da conduta, subtraiu para si, coisa alheia móvel da vítima Joaquim de Almeida Paschoa, seu avô de 80 anos de idade.*

*O crime é qualificado, pois se deu mediante abuso de confiança, inclusive o denunciado residia na mesma casa que a vítima.*

*Consta nos autos que a vítima informou que o denunciado mora em sua companhia, efetua diversos golpes contra o mesmo, e que na data dos fatos acredita que o denunciado adquiriu o cartão de crédito através de uma correspondência postal, subtraindo-o para si.*

*Consta do Caderno Inquisitivo que o denunciado efetuou vários saques em dinheiro por meio do cartão apreendido, consoante Auto de Exibição e Apreensão de f. 17, no valor aproximado de R\$ 8.190,00 (oito mil cento e noventa reais).”*

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 126-140, postula pela redução da pena-base, sob o argumento de que as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade e personalidade foram inadequadamente valoradas. Também requer sejam afastadas as agravantes previstas no artigo 61, II, “f” e “h”, do CP. Subsidiariamente, requer a compensação da agravante da idade da vítima com a atenuante da confissão espontânea.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 142-149, pugnando pelo provimento parcial, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 159-163, opina pelo desprovimento.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da redução da pena-base:

Pretende o apelante a redução da pena-base fixada pela sentença, alegando deficiente apreciação das moduladoras previstas no artigo 59 do CP. Para o agravamento da pena-base do crime em questão a sentença valorou negativamente as moduladoras da culpabilidade e personalidade, aumentando a pena-base em 18 (dezoito) meses, o que corresponde a 09 (nove) meses para cada circunstância, sob o seguinte fundamento:

*“Quanto a Culpabilidade, está entranhada ao perfil ao acusado visto que o mesmo confessou o crime de furto perante o abuso de confiança de seu avô, subtraindo o seu cartão de crédito e efetuando saques na conta corrente da vítima perfazendo-se um desfalque no total de 8.190,00 (Oito mil, cento e noventa reais).*

*Quanto a Personalidade, é evidenciada pela vulnerabilidade de suas atitudes as quais se fazem devido a ser um usuário de substância entorpecentes, tornando-se deste modo hábil na prática de condutas delituosas para sanar a sua dependência de seu vício.”*  
–f. 116-117

No que toca à culpabilidade, tal circunstância diz respeito à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma. Sobre tal moduladora, esclarece Ricardo Augusto Schmitt que:

*“(…) É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*

*Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)”* (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88).

Aqui a sentença considerou negativa a culpabilidade estabelecendo que:

*“(…) está entranhada ao perfil ao acusado visto que o mesmo confessou o crime de furto perante o abuso de confiança de seu avô, subtraindo o seu cartão de crédito e efetuando saques na conta corrente da vítima perfazendo-se um desfalque no total de 8.190,00 (Oito mil, cento e noventa reais).”*

No caso, além do abuso de confiança de seu avô, particularidades que foram considerados para caracterizar a qualificadora do artigo 155, § 4º, II do CP (abuso de confiança) e a agravante prevista no artigo 61, II, “f” do mesmo diploma (relações domésticas), a quantia furtada reveste-se de considerável monta. Nota-se que na data do crime (22/03/2011), a soma apontada pela vítima com base nos documentos de f. 07-09, equivalia a aproximadamente 15 (quinze) salários mínimos da época. Denota-se, porquanto, que o apelante subtraiu bem de importância bastante superior àquela que mantém a sobrevivência da maioria da população, o que denota maior reprovabilidade da conduta. Culpabilidade, porquanto, que extrapola os aspectos inerentes do tipo penal.

Quanto à personalidade, foi considerada negativa ao fundamento de que “evidenciada pela vulnerabilidade de suas atitudes as quais se fazem devido a ser um usuário de substância entorpecentes”.

Verifico, contudo, não haver elementos capazes para se aferir que o apelante possua personalidade desvirtuada a justificar o aumento reprimenda. A personalidade do agente, que se refere à individualidade

pessoal, ao caráter, à forma de pensar e agir, que demonstram a índole e o temperamento, dado à dificuldade de ser aferida, exige, na maioria dos casos, elementos técnicos quase sempre fora do alcance do julgador. Entretanto, o STJ, ao analisar o HC 50331, do Estado da Paraíba, esclareceu alguns pontos a serem sopesados. Confira-se:

*“(...) A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. (...)”*

Na hipótese, não vejo no processo elementos seguros o suficiente para valorar negativamente a personalidade, posto que não se pode valorizar negativamente a personalidade apenas sob o argumento de ser o apelante usuário de drogas e, por tal razão, propenso à prática criminosa.

O vício não legitima o aumento da pena-base, posto que tal fato possui caráter de enfermidade, e não de personalidade deturpada. Além do que, o apelante é tecnicamente primário, de modo que não há como dizer que possui personalidade desvirtuada a influir na apenação.

Por conseguinte, a equação realizada pela sentença ao fixar a pena-base merece reforma, devendo a sanção ser redimensionada, a fim de atender aos critérios da proporcionalidade da sanção à gravidade e lesividade do fato.

Desse modo, decotando-se a circunstância judicial mal sopesada (personalidade), necessário realizar nova dosimetria.

Do afastamento das agravantes:

No que toca à agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, cumpre esclarecer que o legislador procurou assegurar punição mais severa ao autor de crime que demonstrou maior covardia e facilidade no cometimento da infração penal, justamente pela menor capacidade de resistência dos maiores de 60 (sessenta) anos.

Outrossim, para fins de incidência da referida agravante, a idade da vítima pode ser demonstrada por outros meios além da juntada de documento de identificação, caso em que a data de nascimento do ofendido pode ser aferido no registro de ocorrência, no qual consta igualmente o número de seu Registro Geral (RG). A propósito, confira-se:

*“APELAÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO SIMPLES. PRELIMINAR. NULIDADE DO RECONHECIMENTO REALIZADO NA FASE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. PROVA ROBUSTA PARA A CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO PARA O CRIME DE FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PRECONIZADA NO ART. 61, II, H, DO CÓDIGO PENAL. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. I. Preliminar. Segundo consta nos autos, a ofendida realizou o reconhecimento do réu, por fotografia, na delegacia de polícia, o qual não pôde ser ratificado, uma vez que veio a falecer. Registra-se que eventuais invalidades ocorridas ao longo do inquérito policial não contaminam o processo, já que o inquérito é mero expediente para formar a opinio delicti. E, sendo o denunciado confesso, não são exigidas maiores discussões acerca da autoria do delito. Ii. Mérito. Comprovadas a existência do fato e a autoria delitiva, imperiosa a manutenção da condenação do réu. Caso dos autos em que, embora ouvida somente na fase policial, a vítima relatou a ocorrência do assalto de forma segura e coerente, tendo o acusado confessado a empreitada delitiva. Iii. Grave ameaça, conceituada como*

*o prenúncio, ainda que de forma velada, de um acontecimento desagradável, com força intimidativa, demonstrada, de forma inconcussa e estreme de dívidas, pela palavra da vítima, a qual referiu que o denunciado a trancou no interior da residência, se apoderando das chaves do local, assim como de seu aparelho de celular, a fim de que não pudesse pedir socorro, e, por isso, se sentiu ameaçada. Idade da vítima que, inclusive, já é falecida, deve ser sopesada, no caso concreto, para que se possa aquilatar o grau de temibilidade proporcionado pela conduta do agente. IV. Diante do não acolhimento do pleito de desclassificação para o crime de furto, prejudicados os pedidos de reconhecimento do crime bagatelar, assim como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. V. A comprovação da idade da ofendida, para fins de incidência da agravante do cometimento de crime contra idoso, não está sujeita, unicamente, à juntada da cópia do documento de identificação civil, podendo ser aferida por outros meios de prova. Precedentes do superior tribunal de justiça. Preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (TJRS; ACr 0292056-73.2014.8.21.7000; São Francisco de Paula; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. José Luiz John dos Santos; Julg. 25/11/2015; DJERS 21/01/2016)*

No presente caso restou demonstrado pela qualificação constante da fase inquisitiva (f. 05) que à época dos fatos a vítima contava com 80 (oitenta) anos de idade. Porquanto, o emprego da agravante prevista no artigo 61, II, “h”, do CP restou adequadamente empregada pelo sentenciante.

Do mesmo modo, a agravante prevista no artigo 61, II, “f”, do CP, que não se confunde com a qualificadora do abuso de confiança. Nesta o crime é praticado por pessoa em quem a vítima confiava, permitia que tivesse acesso aos seus bens; diferente da coabitação, que se restringe à relações domésticas ou familiares e indica convivência entre pessoas sob o mesmo teto. A confiança não prescinde da coabitação, de sorte que podem ser empregadas concomitantemente para recrudesceder a pena.

Assim, comprovado que o apelante praticou o crime prevalecendo-se da relação de coabitação com a vítima, além do abuso de confiança, cabível o reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, II, “f”, do CP.

Da compensação da agravante etária (vítima octogenária) com a atenuante da confissão espontânea:

É certo que com o advento do Estatuto do Idoso buscou-se dar maior proteção às vítimas maiores de 60 anos. Por conseguinte, a agravante etária deve prevalecer sobre as demais circunstâncias.

Por outro lado, a atenuante da confissão espontânea, considerada como traço da personalidade, igualmente vem sendo adotada como preponderante, conforme entendimento esposado pelo STJ. Logo não há prevalência de uma sobre a outra, razão pela qual opera-se a compensação entre a agravante e a atenuante nos moldes do artigo 67 do CP.

Frise-se, contudo, que mesmo havendo a compensação entre a agravante etária com a atenuante da confissão, incide ainda na pena aplicada ao apelante a agravante prevista no artigo 61, II, f, do CP.

Da readequação da pena:

Decotando a circunstância judicial mal sopesada (personalidade), reduzo a pena-base para 02 anos e 09 meses de reclusão e 19 dias multa. Na segunda fase, reconhecida a agravante da coabitação, aumento a pena em 1/6, resultando a pena intermediária em 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 22 (vinte e dois) dias multa. Na terceira fase sem nada a acrescentar, resta definitiva a pena de 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 22 (vinte e dois) dias multa, na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou provimento parcial ao recurso para afastar a circunstância judicial da personalidade e compensar a agravante etária com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo, por conseguinte, a pena de Joaquim Dionízio Almeida de Andrade para 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 22 (vinte e dois) dias multa, na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 14 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Agravo de Execução Penal nº 0005808-14.2016.8.12.0002 - Dourados**  
**Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DE PENA – TRABALHO EXTRAMUROS NA INICIATIVA PRIVADA – EMPRESA NÃO CONVENIADA À ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA – IRRELEVÂNCIA – FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO EXERCIDA PELO PATRONATO PENITENCIÁRIO – TRABALHO COMPROVADO – REMIÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO.

A norma preconizada pelo artigo 126 da LEP não faz nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laboral, de modo que independe o fato de o trabalho ser prestado dentro do ambiente carcerário ou na iniciativa privada, sendo irrelevante o fato de a empresa não ser conveniada à Administração Penitenciária;

Comprovado por documentos juntados aos autos, carteira de trabalho assinada e declaração da empresa, informando a atividade laborativa exercida pelo reeducando e, ainda, havendo efetiva fiscalização do trabalho realizado pelo Patronato Penitenciário, necessária a concessão da remição de pena;

Agravo de execução penal a que, contra o parecer, dá-se provimento.

## 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, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de julho de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por José Doza de Oliveira contra a decisão que indeferiu o pedido de remição de pena, ao fundamento de que o trabalho externo realizado junto à Associação dos Vendedores Autônomos da Grande Dourados/MS, no período de 22.12.2014 a 21.04.2016, fora realizado em empresa não conveniada à AGEPEN e, portanto, não fora realizado sob fiscalização e, além disso, não se comprovou, de forma suficiente, o exercício efetivo da atividade laboral.

Inconformado com a decisão o agravante, pelas razões expostas a f. 24-29, visa a reforma da decisão, com o deferimento da remição da pena pelo trabalho realizado junto à Associação dos Vendedores Autônomos da Grande Dourados/MS, no período de 22.12.2014 a 21.04.2016, ao fundamento de que exerce a sua atividade laborativa com autorização judicial e mediante fiscalização dos órgãos competentes.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 62-68.

Em juízo de retratação a decisão foi mantida (a f. 70), e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer a f. 78-80, opina, igualmente, pelo desprovimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por José Doza de Oliveira contra a decisão que indeferiu o pedido de remição de pena, ao fundamento de que o trabalho externo realizado junto à Associação dos Vendedores Autônomos da Grande Dourados/MS, no período de 22.12.2014 a 21.04.2016, fora realizado em empresa não conveniada à AGEPEN e, portanto, não fora realizado sob fiscalização e, além disso, não se comprovou, de forma suficiente, o exercício efetivo da atividade laboral.

Consta da decisão recorrenda (a f. 19-20):

*“(...) A defesa pretende a remição por atividade laboral desempenhada desde 22.12.2014 (f. 139-41 e 161).*

*O trabalho extramuros é exercido em empresa não conveniada com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário-AGEPEN e sem efetiva fiscalização pela vara de execuções penais e patronato.*

*Ademais, como bem salientou o Ministério Público (f. 165-8), não há como se aferir, através de simples declaração de emprego, a frequência do sentenciado, ou seja, os dias efetivamente trabalhados.*

*Logo, sem fiscalização adequada e ausência de garantia do efetivo desenvolvimento da atividade laboral, deve-se indeferir a remição”.*

Inconformado com a decisão o agravante, pelas razões expostas a f. 24-29, visa a reforma da decisão, com o deferimento da remição da pena pelo trabalho realizado junto à Associação dos Vendedores Autônomos da Grande Dourados/MS, no período de 22.12.2014 a 21.04.2016, ao fundamento de que exerce a sua atividade laborativa com autorização judicial e mediante fiscalização dos órgãos competentes.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 62-68.

Em juízo de retratação a decisão foi mantida (a f. 70), e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer a f. 78-80, opina, igualmente, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para análise da pretensão.

O instituto da remição de pena encontra-se disciplinado no artigo 126 da LEP, que assim prevê: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

Segundo Maria da Graça Morais Dias (*in A Redenção das Penas pelo Trabalho. Breve Notícias de um Sistema. RT 483/251*):

*“Trata-se de um instituto completo, pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de se mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado”.*

De fato, a educação e o trabalho são os melhores mecanismos de reinserção social e, como tal, de primazia serem garantidos, estimulados, sobretudo como fins de pacificação da sociedade, evitando-se a reincidência daqueles que ingressam na seara criminosa.

Feitas essas considerações iniciais, deve-se anotar que, com relação ao reeducando que cumpre a pena em regime fechado, dispõe o § 3º, do artigo 34 do CP, que: *“O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.*

No tocante àqueles que se encontram no regime semiaberto, como o caso do ora agravante, expressa o artigo 35 do CP, que: *“O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”.*

Extraí-se das linhas dos artigos transcritos que o trabalho extramuros é admissível tanto aos que cumprem a pena no regime fechado quanto aos que se encontram no regime semiaberto, sendo que, com relação aos primeiros, é imposição legal que o trabalho seja realizado em serviços ou obras públicas e, aos demais, a Lei não fez nenhuma distinção ou referência quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laborativa, de modo que se mostra indiferente o fato de o trabalho ter sido exercido dentro ou fora do ambiente carcerário, ou ainda perante a iniciativa privada.

Em assim sendo, com relação aos que cumprem a pena no regime semiaberto, inexistindo distinção da natureza do trabalho ou do local de seu exercício, não cabe ao julgador fazê-lo, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade, frustrando o caráter ressocializador da execução penal. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“HABEASCORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. REMIÇÃO. REGIME SEMIABERTO. TRABALHO EXTRAMUROS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A Lei de Execução Penal autoriza a remição do remanescente da pena aos reeducandos em regime fechado ou semiaberto, não sendo facultada a concessão do benefício apenas se ela estiver sendo cumprida em regime aberto. 2. O art. 126 da Lei nº 7.210/84 não faz nenhuma distinção quanto à natureza do trabalho ou quanto ao local de seu exercício, sendo, portanto, indiferente para o alcance do benefício da remição se o trabalho é prestado em ambiente externo ou dentro do estabelecimento prisional. 3. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que reaprecie o pedido de remição da pena, afastando o entendimento de que não é possível, no regime semiaberto, o resgate pelo trabalho realizado fora do estabelecimento prisional” (STJ - 5ª Turma, HC 206313/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, DJe 11/12/2013).*

No mesmo toar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*“EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - REMIÇÃO - REGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTERNO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - RECURSO PROVIDO. 1. A partir da leitura do art. 126, da LEP, é possível perceber que o legislador não faz qualquer diferenciação entre trabalho externo e interno para fins de concessão do benefício da remição. 2. E, em se tratando de atividade destinada à ressocialização, um dos fins da pena, segundo o Diploma legal em exame, impossível não abarcar o reeducando que labora extramuros. 3. Recurso a que se dá provimento” (TJMG, Agravo n.º 1.0016.10.000506-1/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, dj 26/02/2013).*

Dessa forma, em homenagem, sobretudo, ao princípio da legalidade, não cabe restringir a futura concessão de remição da pena àqueles que prestam serviço nas dependências do estabelecimento prisional, tampouco deixar de recompensar quem, cumprindo a pena no regime semiaberto, exerça atividade laborativa extramuros perante a iniciativa privada - sem a fiscalização estatal; em casos tais, a supervisão direta do próprio trabalho deve ficar a cargo do patrão do reeducando, cumprindo à administração carcerária a supervisão sobre a regularidade do trabalho.

De mais a mais, diante da conjuntura econômica do País, cediço é a deficiência de oferta de trabalho digno à população de forma geral, quiçá ao que sofre retaliações e tem dificuldades em reintegrar-se ao seio social, de modo que deve ser prestigiado o trabalho por ele alcançado.

Na hipótese dos autos o agravante trouxe aos autos documentação a comprovar atividade laborativa perante a Associação dos Vendedores Autônomos da Grande Dourados/MS, consoante se depreende da declaração a f. 41, firmada pelo presidente da referida associação e da carteira de trabalho juntada a f. 37-40. Não fosse só isso, o Patronato Penitenciário de Dourados, através do ofício a f. 08, informou realizar fiscalização mensal acerca do trabalho realizado pelo agravante, bem como anotou que ele se encontra regular no cumprimento deste.

Verifica-se, ainda, que foi expedido atestado de trabalho pela AGEPEN (a f. 10-11), onde constou, expressamente que:

*“(...) o custodiado José Doza de Oliveira, autos n. 0002597-72.2013.8.12.0002, desempenhou atividades laborativas no âmbito da Unidade Penal, durante o período e horário ora definidos na tabela abaixo, nos termos previstos pela norma legal, estabelecidos nos artigos 33, 126 e seguintes da Lei 7.2010/1984 e demais acréscimos e alterações da Lei 12.433/2011: (...) Obs. O referido interno possui registro em trabalho externos (Carta de Emprego) na Associação de Vendedores Autônomos da Grande Dourados, conforme informação encaminhada através do Ofício n. 0004/2015/ST/EPMRS-A-D/AGEPEN de 26/01/2015 à 3ª Vara Criminal nesta. Com início do labor em 22/12/2014 até a presente data, cumprindo jornada de trabalho atual de terça-feira a domingo, das 07h00 às 19h00, com intervalo para a refeição e, sábado, domingos e feriados das 07h00 às 21h00, com intervalo para as refeições, com folga intramuros na segunda-feira. Contabilizou-se em Carta de Emprego 418 Dias Trabalhados, e 139 dias remidos (...)”.*

Assim, como o labor exercido foi deferido pela administração penitenciária e fiscalizado patronato penitenciário, não há como deixar de ser reconhecido para os fins legais.

Desse modo, necessária a concessão da remição no período comprovado pelos documentos juntados a f. 10-11.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou provimento ao recurso para reconhecer ao agravante o direito de remição do período laborado, desde que coincida com o efetivo cumprimento de pena no regime prisional semiaberto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 07 de julho de 2016.

\*\*\*

**3ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0054113-71.2012.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE AMEAÇA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA – NULIDADE DA SENTENÇA – APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA – RELAÇÃO DE SOGRO E NORA – PRESENÇA DE AFETIVIDADE – CABIMENTO (ART. 5º, III, DA LEI Nº 11.340/06) – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PRETENSÃO AFASTADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DOLO ESPECÍFICO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – TESE REJEITADA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO – REQUISITOS – ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – DESPROVIMENTO.

Presente vínculo familiar entre a vítima e o apelante (nora e genro), a conduta deste, no sentido de intimidar aquela a não praticar um ato legítimo, decorre de sentimentos de dominação, em contexto caracterizado por poder e submissão decorrente da situação de hipossuficiência da vítima, fatos que atraem a incidência da Lei nº 11.340/2006.

Impõe-se a condenação quando os elementos colhidos durante a instrução processual, especialmente as declarações da vítima, apoiadas no depoimento de informante (seu genitor), foram suficientes a demonstrar a autoria e a materialidade do crime imputado na denúncia, não se havendo falar em atipicidade quando a conduta praticada pelo agente incutiu severa sensação de medo na ofendida.

Face ao inciso I, do artigo 44, do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito em infrações praticadas no âmbito da violência doméstica somente é possível quando a pena aplicada for inferior a quatro anos e o ilícito não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa. Denega-se o pedido quando o agente, seriamente, ameaça matar a vítima.

Recurso em que, com o parecer, rejeita-se a preliminar e, no mérito, nega-se provimento.

## **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, com o parecer, rejeitar a preliminar e no mérito negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de julho de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

J. F. de S., qualificado nos autos, inconformado com a sentença de f. 145/150 que o condenou à pena de 01 mês e 10 dias de detenção, em regime aberto, suspensa pelo período de 02 anos, por infração ao art. 147 do Código Penal, interpõe a presente apelação criminal pela qual, segundo as razões expostas a f. 247/253, postula, preliminarmente, pela incompetência do Juízo, e, no mérito, 1) pela ausência de dolo específico; 2) da aplicação da restritiva de direitos; 3) absolvição por ausência de provas.

O Ministério Público apresentou as contrarrazões a f. 272/280, pugnando pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso. Prequestiona os arts. 4º, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/06, arts. 1º, III, 5º, XLI, § 2º, e 226, § 8º, todos da Constituição Federal.

As contrarrazões da Defesa da Mulher vem a f. 283/298. Prequestiona os arts. 4º e 5º da Lei nº 11.340/06, art. 44, I, do Código Penal, e art. 226, § 8º, da CF.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 310/315, opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por J. F. de S. contra a sentença de f. 145/150 que o condenou à pena de 01 mês e 10 dias de detenção, em regime aberto, suspensa pelo período de 02 anos, por infração ao art. 147 do Código Penal.

Por inconformar-se com a decisão o recorrente, pelas razões expostas a f. 247/253, postula, preliminarmente, pela incompetência do Juízo e, no mérito: 1) pela absolvição por ausência de dolo específico; 2) pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos; 3) pela absolvição por ausência de provas.

O Ministério Público apresentou as contrarrazões a f. 272/280, pugnando pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso. Prequestiona os arts. 4º, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/06, arts. 1º, III, 5º, XLI, § 2º, e 226, § 8º, todos da Constituição Federal.

As contrarrazões da Defesa da Mulher vem a f. 283/298. Prequestiona os arts. 4º e 5º da Lei nº 11.340/06, art. 44, I, do Código Penal, e art. 226, § 8º, da CF.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 310/315, opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão, o que se faz pela ordem de prejudicialidade.

De início, oportuno anotar que o recurso de f. 183/207 e as contrarrazões de f. 210/218 e 227/244 foram considerados sem efeito, conforme certidão e despacho de f. 225 e 255, devendo, portanto, serem desentranhados dos autos. Além disso, deve ser corrigido no sistema o nome do patrono do recorrente, substituindo o Defensor Público pelo Dr. Luiz Carlos de Oliveira Bueno (f. 247).

Da preliminar.

Alega-se nulidade da sentença por incompetência do Juízo sob o fundamento de que inexistente relação de gênero entre o apelante e a ex-namorada de seu filho, bem como não ficou provado que a suposta ameaça teria ocorrido no âmbito familiar.

Segundo consta da denúncia, “o denunciado J. F. de S. ameaçou causar mal injusto e grave à vítima B. L. T. N. P. de A. A., sua nora, afirmando que iria matá-la.” (sic).

Dispõem os arts. 5º, III, e 7º, II, da citada lei:

*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:*

(...)

*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:*

(...)

*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;”.*

Depreende-se que a legislação teve o intuito de proteger a mulher da violência que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, ainda que não haja coabitação.

Segundo se extrai dos autos, J. F. de S, o recorrente, cedeu sua casa para o filho (F.) morar com a vítima (B. L. T. N. P. de A. A.), já que os jovens mantiveram um relacionamento que durou cerca de 05 anos. Também é certo que a vítima pretendia registrar ocorrência policial contra F. em razão de desentendimentos pessoais, sendo que na tentativa de impedir que ela assim procedesse foi que o apelante veio a proferir as palavras que culminaram com sua condenação por ameaça.

Ora, presente um vínculo familiar entre a vítima e o apelante (nora e genro), a conduta deste, no sentido de intimidar aquela a não praticar um ato legítimo (registrar ocorrência policial) decorre, sem qualquer dúvida, de sentimentos de dominação, em contexto caracterizado por poder e submissão decorrente da situação de hipossuficiência da vítima, fatos que atraem a incidência da Lei nº 11.340/2006.

E tal fica evidenciado pela prova produzida nos autos, como se vê pelas palavras da vítima B. L. T. N. P. de A. A., a f. 123, onde afirmou:

*“(...) logo que falei para o F. que ia dar parte dele o senhor J. F. de S. passou em frente da minha casa, gritou, me xingou de vagabunda, e disse que se eu fizesse alguma coisa contra o F. ... que se prejudicasse o F. que ele me matava (...)”.*

Tais declarações bastam para demonstrar a relação afetiva que havia entre a vítima e o recorrente, bem como a tentativa de dominação pela hipossuficiência da mulher, a justificar a aplicação da Lei Maria da Penha. Foram aproximadamente 05 anos de convivência entre o filho do apelante e a vítima, na residência do mesmo durante todo esse período, não se havendo falar em ausência de âmbito familiar. Ainda que

o casal estivesse separado, a ligação afetiva entre a vítima e o recorrente, para fins de aplicação da Lei especial, persistia.

G. de A. A., genitor da vítima, declarou que naquele dia “*B. L. T. N. P. de A. A. chegou em casa me contando que ele tava lá fora dizendo que ia matar ela por causa do filho dele, eles eram marido e mulher, eles viviam juntos... ela tinha medo dele, não só ela, o F. também tinha medo dele... ela me falou isso: “se acontecer uma coisa com F. eu te mato”*; ela aparentava ter medo dele (...)” (f. 123).

J. F. de S. entretanto, quando interrogado, negou os fatos narrados na denúncia (f. 123).

Em suma, não há dúvida de que o fato decorreu em razão da relação de afeto que existiu entre a vítima e o recorrente, a justificar a aplicação da lei especial. Nesse sentido (sem grifo na fonte):

*“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO PELO GENRO CONTRA A SOGRA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/06. CONEXÃO COM A CONTRAÇÃO DE VIAS DE FATO PRATICADA PELO MARIDO CONTRA A MULHER (ART. 76 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONTEXTO E EPISÓDIO SIMULTÂNEOS. CONFLITO IMPROCEDENTE. I. É da competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher apurar a prática do delito de ameaça, cujas partes são genro e sogra, uma vez que, ainda que não possuam relação íntima de afeto, possuem parentesco por afinidade, restando evidenciado que a prática delitativa ocorreu em razão da vulnerabilidade da vítima em relação a seu agressor, caracterizando, assim, a violência de gênero a ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha. II. Se o crime de ameaça, praticado em face da sogra, ocorreu no mesmo local e contexto fático e pelo mesmo agente que praticou a contração penal de vias de fato contra a mulher, a hipótese é de conexão, nos termos do art. 76, I e III, do CPP, justificando a competência da Vara da Violência Doméstica. III. Conflito conhecido e desprovido.”* (TJMS; CJ 0001709-02.2015.8.12.0110; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 07/06/2016; Pág. 34).

*“APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/06. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...). No caso focado, a ação praticada pelos réus encontra-se abrangida no âmbito da violência doméstica, nos moldes da Lei Maria da Penha, tendo em vista que o crime de lesão corporal foi praticado em desfavor da esposa/nora dos acusados, restando, portanto, configurada a violência de gênero. 2. Recurso conhecido e improvido.”* (TJES; APL 0000244-89.2014.8.08.0049; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Fernando Zardini Antonio; Julg. 09/12/2015; DJES 19/01/2016).

*“PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. Agressão praticada pela nora contra a sogra. Incidência da Lei nº 11.340/06. Declarada a competência do 4º juizado especial de violência doméstica e familiar contra a mulher. Unanimidade.”* (TJAL; CJ 0500318-41.2013.8.02.0000; Tribunal Pleno; Rel. Des. João Luiz Azevedo Lessa; DJAL 14/11/2014; Pág. 1).

Portanto, não se há falar em nulidade da sentença por incompetência do Juízo.

Do mérito.

Pleito absolutório e ausência de dolo específico.

Alega ausência de provas seguras para manter o édito condenatório e que a figura típica do crime de ameaça requer o dolo direto específico e não o eventual.

Conforme narrativa da denúncia, o denunciado J. F. de S. ameaçou causar mal injusto e grave à vítima B. L. T. N. P. de A. A., sua nora, afirmando que iria matá-la.

Da análise dos autos verifica-se que o pedido não comporta acolhimento, pois os elementos de convicção existentes no caderno processual são suficientes para dar suporte à condenação.

Ao depor sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a vítima B. L. T. N. P. de A. A. confirmou a ameaça, conforme descrito na denúncia, nos seguintes termos (f. 123):

*“(...) a gente morou junto, com F., filho do recorrente; logo que nós nos separamos voltei para casa dos meus pais e em todos os lugares que ia encontra F., a gente se discutia... me xingava na frente das pessoas, falei que ia dar parte dele, se ele não parasse... o senhor J. F. de S. começou a passar em frente da minha casa... sempre tive meio receio dele, é uma pessoa meio grosseira, de fazenda, tinha um pouco de medo dele... começou a passar em frente da minha casa várias vezes, os vizinhos falavam (...) logo que falei para o F. que ia dar parte dele o senhor J. F. de S. passou em frente da minha casa, gritou, me xingou de vagabunda, e disse que se eu fizesse alguma coisa contra o F. ...que seu prejudicasse o F. que ele me matava (...) tanto que depois que eu dei parte nunca mais vi F. e esse senhor (...) que ficaram juntos quase 05 anos, 04 anos e 09, 10 meses (...)”.*

Nos delitos relativos a violência doméstica, a palavra da vítima assume substancial relevância porque quase em sua totalidade, são praticados no recôndito do lar, longe dos olhares de terceiros. Nesse sentido (sem grifos na origem):

*“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. AMEAÇA. LEI 11.340/2006. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ELEMENTO IDÔNEO. ORDEM DENEGADA. (...). 4. Os crimes praticados no ambiente familiar e doméstico são praticados, via de regra, na clandestinidade, sem a presença de testemunhas oculares, motivo pelo qual não se pode ignorar, especialmente antes de iniciada a instrução processual, o depoimento prestado pela ofendida. 5. Ordem denegada.” (STJ. HC 179364/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. Quinta Turma. Julgado em 07/08/2012).*

*“APELAÇÃO CRIMINAL – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRELIMINARES – NULIDADE DO PROCESSO – NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEITADAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CRIME CONFIGURADO – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA – TESE REFUTADA – AUSÊNCIA DE PROVAS SOBRE A PRESENÇA DESSA CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE – ÔNUS DA DEFESA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – CONFIGURADA A HIPÓTESE DA CONFISSÃO QUALIFICADA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 129, § 4º DO CP – PRETENSÃO AFASTADA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – VIOLÊNCIA DE ELEVADA GRAVIDADE – RECURSO DESPROVIDO. (...) 4. 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. 5. No âmbito do processo penal, a prova da alegação incumbe a quem fizer (CPP, art. 156, § 1ª parte). Nesse compasso, aventada, pela defesa,*

*tese de exclusão de crime, a ela – defesa – competirá a produção das provas necessárias a subsidiar o acolhimento dessa alegação, sob pena de ser desconsiderada pelo julgador na formação do seu convencimento. (...)*” (TJMS. Apelação 0059424-43.2012.8.12.0001. Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 09/09/2013).

É possível considerar que às palavras da vítima não se pode atribuir valor absoluto. Daí a exigência de verificar a coerência e a confirmação por outros elementos de prova produzidos nos autos.

Neste caso, o genitor da vítima, G. de A. A., confirmou os fatos noticiados na denúncia, informando que:

*“A B. L. T. N. P. de A. A. chegou em casa me contando que ele tava lá fora dizendo que ia matar ela por causa do filho dele, eles eram marido e mulher, eles viviam juntos... ela tinha medo dele, não só ela, o F. também tinha medo dele, ela ficava com aquilo na cabeça; ela me falou isso (se acontecer uma coisa com F. eu te mato), ela aparentava ter medo dele; ... esse fato só aconteceu uma vez, mas ela tinha medo dele; que ele passou algumas vezes em frente a minha residência... e ela morria de medo...”* (f.123).

Em que pese a negativa do recorrente, o conjunto probatório mostra-se idôneo e firme no sentido de esclarecer a materialidade e a autoria, não se havendo falar em absolvição por insuficiência de provas, devendo ser confirmada a sentença que bem analisou a prova produzida e o direito aplicável à espécie.

Quanto à alegação de ausência de dolo específico, improcede.

Dispõe o art. 147 do Código Penal:

*“Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:*

*(...)”.*

O núcleo verbal “ameaçar” é o mesmo que intimidar, causar medo em alguém, mediante a promessa de causar-lhe mal injusto e grave.

Nas palavras de Cleber Masson, em sua obra *Direito Penal Esquematizado*, Vol. 2, Parte Especial, 6ª edição, Editora Método, p. 239:

*“Não é qualquer mal que caracteriza o delito, mas apenas o classificado como ‘injusto e grave’, que pode ser físico, econômico ou moral. (...). Além disso, o mal deve ser sério, ou fundado, iminente e verossímil, ou seja, passível de realização. Em outras palavras, a ameaça há de ser séria e idônea à intimidação da pessoa contra quem é dirigida. Destarte, o fato é atípico, por constituir crime impossível, quando inidôneo a amedrontar... (...). A pessoa visada não foi abalada em sua paz de espírito e em seu sentimento de segurança e de tranquilidade.”*

No caso, pelo conjunto acima analisado percebe-se que ficou mais que provado que a vítima sentiu-se intimidada pela conduta do apelante, fato também confirmado pelo pai da mesma por diversas vezes.

Portanto, configurado o delito de ameaça, rejeita-se a pretensão.

Aplicação da pena restritiva de direitos.

Face ao inciso I do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito em infrações praticadas no âmbito da violência doméstica somente é possível quando

a pena aplicada for inferior a quatro anos e o ilícito não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa.

Confira-se decisão do STJ (sem grifo na origem):

*“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONTRAÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A prática de delito ou contravenção com violência ou grave ameaça à pessoa no âmbito doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.”* (STJ; AgRg-REsp 1.578.325; Proc. 2016/0021528-4; MS; Sexta Turma; Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Maria Thereza Assis Moura; DJE 12/04/2016).

Igualmente esta colenda Corte:

*“APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE REQUISITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I. Em infrações penais praticadas no âmbito da violência doméstica não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando o fato foi praticado com violência a pessoa, como é o caso de agente que agride a vítima com socos no rosto, pois isto desatende a um dos requisitos do inciso I do artigo 44 do Código Penal. II Com o Parecer. Recurso provido.”* (TJMS; APL 0250590-14.2011.8.12.0030; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 29/06/2016; Pág. 5).

Na hipótese destes autos, o recorrente ameaçou matar a vítima, circunstância que, aliada à sensação de medo produzida, torna grave a ameaça, a impossibilitar a substituição pretendida.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que a matéria pertinente aos dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram a preliminar e no mérito negaram provimento ao recurso.

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 21 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Criminal****Apelação nº 0000551-56.2013.8.12.0020 - Rio Brilhante****Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA DE FÁBIO ALEXANDRE MARQUES – PENAL E PROCESSO PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – NULIDADES – DEGRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS AUDIOVISUAIS – PRESCINDIBILIDADE – MÉRITO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA – ACOLHIDO – PATAMAR DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO EXASPERADO DE OFÍCIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do art. 405, § 2.º, do Código de Processo Penal, inexistente obrigatoriedade de se proceder à degravação de arquivos audiovisuais, não se cogitando tal hipótese a ocorrência de qualquer exceção quanto ao procedimento do júri. Preliminar afastada.

Apelação defensiva a que se nega provimento, mantendo-se a soberania da decisão do Tribunal Popular.

O juiz, ao considerar negativa qualquer das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve fazê-lo com base em elementos sólidos que se fazem presentes no caso concreto. Se assim não o fizer, deve ser decotada a análise negativa de eventuais circunstâncias judiciais que não tenham sido analisadas dessa forma. *In casu*, a circunstância judicial conduta social não se encontra respaldada por elemento concreto, conforme entendimento jurisprudencial.

Patamar de incidência da atenuante da confissão exasperado de ofício.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA DE ELITON MAYCON MACIEL – PENAL E PROCESSO PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – QUESTÕES PRELIMINARES – DEFICIÊNCIA DE DEFESA – CIRCUNSTÂNCIA NÃO COMPROVADA E QUE NÃO É CAPAZ DE GERAR QUALQUER NULIDADE – AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – PRECLUSÃO – TESE NÃO AVENTADA EM Plenário – INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS REFERENCIAIS – POSSIBILIDADE – MÉRITO - CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA BASE REDUZIDA DE OFÍCIO – RECURSO DESPROVIDO.

Preliminar de mérito. Alegação de deficiência de defesa, especialmente quando não comprovada, não constitui causa ao reconhecimento de qualquer nulidade, mormente quando não demonstrado o prejuízo sofrido pelo acusado. Preliminar afastada.

O momento adequado para a impugnação de quesitos é o da sessão de julgamento, sob pena de preclusão. Outrossim, a falta de menção, em plenário do júri, da tese de participação de menor importância não obriga o julgador a proceder a sua quesitação. Preliminar afastada.

É possível ao julgador indeferir a oitiva de testemunhas meramente referenciais, não arroladas na defesa à acusação. Preliminar afastada.

Apelação defensiva a que se nega provimento, mantendo-se a soberania da decisão do Tribunal Popular.

O juiz, ao considerar negativa qualquer das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve fazê-lo com base em elementos sólidos que se fazem presentes no caso concreto. *In casu*, afastamento de ofício a valoração negativa da circunstância judicial “conduta social”.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, quanto ao recurso de Fábio, afastar as preliminares e, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto intermediário do vogal. Quanto ao recurso de Eliton, por unanimidade, afastaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento. De ofício, em relação a Fábio, por maioria, aumentaram o patamar da atenuante da confissão, nos termos do voto intermediário do vogal e, em relação a Eliton, por maioria, reduziram a pena-base, nos termos do voto do revisor.

Campo Grande, 22 de agosto de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques- Relator Designado

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Os acusados Fábio Alexandre Marques e Eliton Maycon Maciel Moraes interpõem apelações objetivando a reforma da sentença que os condenou pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal), tendo Eliton incidido, ainda, nas sanções do art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso proibido), da Lei n.º 10.826/03.

O acusado Fábio argui preliminar de nulidade do julgamento, ante a falta de acesso dos jurados ao material probatório contido no feito. No mérito, pugna pelo abrandamento da pena-base, eis que exacerbada sem fundamentação idônea. Ao final, prequestiona a matéria recorrida.

O corréu Eliton requer a anulação do julgamento, ante a manifesta deficiência de defesa; falta de quesitação da tese de participação de menor importância; falta de transcrição de depoimentos audiovisuais; e cerceamento de defesa com o indeferimento da produção de prova testemunhal.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 716/742).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 751/766).

Aos apelos fora inicialmente negado seguimento (f. 768/771), contudo, ante a reforma do *decisum* por intermédio do recurso de embargos infringentes e de nulidade (f. 777/790), interposto pelo acusado Eliton, os apelos serão submetidos a julgamento.

## VOTO (EM 01.08.2016)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Os acusados Fábio Alexandre Marques e Eliton Maycon Maciel Moraes interpõem apelações objetivando a reforma da sentença que os condenou pela prática do crime de homicídio qualificado (art.

121, § 2º, I e IV, do Código Penal), tendo Eliton incidido, ainda, nas sanções do art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso proibido), da Lei n.º 10.826/03.

Ao acusado Fábio coube a pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime fechado, enquanto Eliton restou condenado a 17 (dezesete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Narra a denúncia que, aos 24 de dezembro de 2012, por volta das 12h20min, na rodovia BR-267, próximo à entrada da Fazenda Mutum, zona rural do município de Rio Brillante, os acusados efetuaram diversos disparos de arma de fogo contra a vítima Paulo Florindo, produzindo-lhe as lesões corporais que resultaram em sua morte.

Nos termos da prefacial acusatória (f. 02/03):

*“Segundo se apurou, no dia supramencionado, após prévio ajuste e divisão de tarefas delitivas entre os denunciados, o denunciado Eliton emprestou uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .22, marca Walther, devidamente municada, bem como um veículo automotor, tipo motocicleta, Honda/C100 BIZ ES, cor prata, placa HSB-4710, ao denunciado Fábio, que já na fase de execução da emboscada, ligou para a vítima solicitando substância entorpecente, combinando local distante do centro da cidade (entrada do curtume BR-267 com BR-163), tudo na inequívoca intenção de matá-la.*

*Consta que no local dos fatos, o denunciado Fábio ao tempo em que solicitava a substância entorpecente para a vítima, aproveitou a oportunidade para efetuar 04 (quatro) disparos de arma de fogo que ceifaram imediatamente a vida desta, sendo que todos os projéteis atingira a vítima na região da cabeça (região letal), a saber: 03 (três) na região temporal direita e 01 (uma) na região parietal direita, consumando, pois, a intenção homicida dos denunciados.*

*(...)*

*Tem-se que o delito fora praticado por **motivo torpe**, uma vez que os denunciados ceifaram a vida da vítima em função de uma dívida.*

*Se não bastasse, os denunciados se utilizaram de **recurso que impossibilitou a defesa da vítima**, porquanto fora combinado local ermo e distante, no intento irreal de compra de substância entorpecente (dissimulação), no fito único de ceifar a vida do ofendido.*

*Salienta-se ainda, que o denunciado **Eliton Mayco Maicel Moraes**, de forma livre e voluntária, ciente da ilicitude de reprovabilidade de sua conduta, portou e cedeu arma de fogo de uso permitido, bem como munições, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Restou caracterizado então, que o ora denunciado **já portava ilegalmente a arma de fogo** supramencionada, bem como as munições, em **interregno antecedente** a prática do delito doloso contra a vida, sem possuir qualquer autorização/documento de porte ou ainda registro da referida arma.” (Destaques originais)*

Preliminarmente, o acusado Fábio aventa a nulidade do julgamento, uma vez que “os jurados em nenhum momento, tiveram acesso as provas produzidas no feito, nem por meio de gravações em vídeo ou por meio de degravação das provas produzidas nesse mencionado processo” (f. 697).

A alegação, por si só, mostra-se um completo despautério.

Como sabido, o feito tramitou digitalmente, não havendo qualquer obrigatoriedade de que, na sessão de julgamento, existisse cópia impressa do mesmo à disposição dos senhores jurados que, aliás, sequer fizeram menção à necessidade de examinar detalhadamente as provas produzidas durante a instrução (f. 641/648).

Outrossim, a d. Procuradoria-Geral de Justiça bem pontuou (f. 760):

*“Quanto à ausência de acesso dos jurados aos autos digitais, ao contrário do sustentado pela defesa, foi disponibilizado um notebook para cada jurado, contendo integralmente os autos digitalizados, para que pudessem livremente consultar as provas produzidas.*

*Tal procedimento é padrão, porquanto é realizado em todas as sessões de julgamento do Tribunal do Júri da comarca de Campo Grande, motivo pelo qual não há menção expressa na ata de julgamento, contudo, pode ser facilmente através dos auxiliares de justiça que estiveram presentes na sessão, indicados à p. 641.”*

Ademais, mister relembrar que *“nos termos previstos no artigo 405, § 2º, do Código de Processo Penal é prescindível a degravação dos depoimentos colhidos em mídia digital, não constituindo isso em cerceamento de defesa mormente quando, como na hipótese, em simples consulta processual verifica-se que a mídia encontra-se disponibilizada nos autos”*<sup>1</sup>.

No tocante ao mérito, melhor sorte não assiste ao acusado.

Para melhor análise da controvérsia, traz-se à colação parte do *decisum* impugnado (f. 651/652):

*“Em face desta decisão condenatória passo à dosimetria da pena, com a ressalva de que, segundo o entendimento do E. STJ, **havendo duas qualificadoras, uma servirá para qualificar o delito, ao passo que a outra será utilizada como circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.** Deste modo, sendo reconhecida a presença de dupla qualificadora, o recurso que impossibilitou a defesa da vítima servirá para qualificar o delito de homicídio, sendo o motivo torpe aplicado como motivo da primeira fase da dosimetria da pena.*

*Em relação ao réu FABIO ALEXANDRE MARQUES.*

*Quanto ao delito de homicídio qualificado.*

*Quanto à culpabilidade esta é exacerbada, deflagrando quatro disparos de arma de fogo, todas contra a cabeça da vítima, como consta do laudo de f. 63/65, caracterizando execução da vítima, o que causa maior repulsa ao seu ato; o réu é tecnicamente primário, pois não registra condenação anterior, conforme súmula 444 do STJ; conduta social reprovável, pois testemunhas narram que o réu em questão envolvia-se no comércio de entorpecentes nesta urbe, conforme f. 119 e 120, sendo corroborado em juízo; personalidade desvirtuada, pois após o cometimento do crime foi para a cidade de Dourados/MS comprar para-choque para o seu carro, o que mostra a sua personalidade insensível diante de tamanha brutalidade cometida; quanto aos motivos merece agravamento a pena, pois o réu agiu por motivo torpe, em razão de dívida que possuía junto à vítima, não havendo o que se falar em bis in idem com a qualificadora, conforma acima explanado; as circunstâncias são as relatadas aos autos; as consequências são inerentes ao tipo penal. Quanto à conduta da vítima, não se pode dizer que contribuiu para o delito. Destarte, bem ponderados todos estes fatores, fixo a pena base em dezesseis anos e seis meses de reclusão.” (Destaques originais)*

<sup>1</sup> TJMS, Ap 0002246-05.2013.8.12.0001, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, DJ 10/08/2015, p. 17.

A pena-base foi corretamente exasperada.

No tocante à culpabilidade, mister lembrar que esta refere-se à *“reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Exige-se do juiz a avaliação da censura ao crime destinada - o que, aliás, demonstra não incidir esse juízo somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu –, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida”*<sup>2</sup>.

Assim, o fato de o acusado desferir vários disparos contra a cabeça da vítima – em verdadeiro ato de execução – denota a maior reprovabilidade de sua conduta, o que não pode ser desprezado.

Lado outro, mister pontuar que:

*“(…) por conduta social, entende-se o comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Segundo Ricardo Augusto Schmitti, tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família e os colegas de trabalho (Sentença Penal Condenatória. 5.ª ED. rev. e atual., Ed. Jus Podivm, 2010, pág. 99)”*<sup>3</sup>.

Assim, a notícia trazida pelas testemunhas de que o acusado era conhecido pela venda de drogas denota que sua convivência no meio social pauta-se pelo constante desrespeito à ordem social vigente, devendo tal fator repercutir na dosimetria da pena.

Outrossim, *“na esteira do que preleciona a doutrina mais abalizada, entende-se por personalidade o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais”*<sup>4</sup>.

Logo, a demonstração de total indiferença do acusado pelo cometimento de delito de inegável gravidade é indicador de que sua personalidade mostra-se desajustada e merecedora de valoração negativa.

No ponto, destaca-se decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no sentido de que *“o grau de culpabilidade e a personalidade justificam a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal”*<sup>5</sup>.

Finalmente, os motivos do crime devem ser mantidos negativos, pois é certo que *“no caso de delitos em que presentes duas qualificadoras, é possível o deslocamento de uma delas para qualificar o crime e outra como circunstância judicial negativa para exasperar a pena-base”*<sup>6</sup>.

Nessa esteira, mantém-se a pena-base tal como fixada.

Passa-se ao exame do apelo do corréu Eliton, que, inicialmente, aventa a nulidade do *decisum*, ante a deficiência da defesa técnica que o assistiu durante o julgamento em plenário.

Acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Ceará já teve oportunidade de se manifestar, decidindo que:

*“Em não se tratando de falta de defesa, mas de suposta deficiência, há que se comprovar, para o reconhecimento da nulidade, o concreto prejuízo ao acusado, por meio de produção de prova da sua ocorrência ou com a demonstração de que possíveis testemunhas, documentos ou a realização de perícia fossem capazes de influir no resultado final do processo”*<sup>7</sup>.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**, 4 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 154/155.

3 TJMS, Ap 0046314-45.2010.8.12.0001, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, DJ 03/02/2016, p. 47.

4 TJMG, Ap 1.0481.09.101709-7/001, rel. Des. José Mauro Catta Preta Leal, j. 23/04/2015, DJ 04/05/2015.

5 Ap 0002035-58.2001.4.03.6181. 1ª T., rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 07/04/2015, DJ 15/04/2015, p. 2.959.

6 TJDF, Rec 2014.09.1.019107-8, 3ª T. Crim., rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJ 17/02/2016, p. 92.

7 Ap 001322066.2000.8.06.0117, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Francisco Martonio Pontes De Vasconcelos, DJ 28/04/2016, p. 81.

*In casu*, é certo que a defesa não trouxe ao feito qualquer elemento de prova que pudesse demonstrar o alegado prejuízo ao acusado, aliás, sequer a suposta deficiência de defesa restou efetivamente comprovada, impossibilitando o reconhecimento da nulidade.

De outra banda, a defesa aventa a nulidade do julgamento pela ausência de quesitação quanto à participação de menor importância.

Ocorre que, como sabido, “*as irregularidades na quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, devendo constar em ata de julgamento, sob pena de preclusão (art. 571, VIII, do Código de Processo Penal)*”<sup>8</sup>, o que não se verificou no caso concreto.

Não bastasse, o simples exame do “Termo de Assentada de Reunião de Júri” permite constatar que a referida tese sequer foi aventada pela defesa do acusado, que se limitou a discorrer sobre: 1) negativa de autoria em relação ao delito de homicídio qualificado e 2) reconhecimento da atenuante da confissão em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo (f. 646).

De igual forma, é de ser rejeitada a alegação de nulidade pela falta de transcrição dos depoimentos audiovisuais, pois, como já ressaltado anteriormente, “*o art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal estabelece que ‘no caso de registro audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição’. Dessa forma, basta que o acesso à mídia eletrônica seja franqueado às partes, o que ocorreu na espécie*”<sup>9</sup>.

Finalmente, não se cogita a hipótese de cerceamento de defesa pelo indeferimento de oitiva de testemunhas referenciais, conforme requerido às f. 499/500. A este respeito, o seguinte julgado:

*“Não há falar em nulidade do feito por cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento de oitiva de testemunhas abonatórias não arroladas na resposta à acusação, eis que precluso o direito à produção da referida prova.”*<sup>10</sup>

Logo, mantém-se a condenação tal como prolatada.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos de apelação interpostos por Fábio Alexandre Marques e Eliton Maycon Maciel Moraes.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do revisor, após o relator negar provimento aos recursos defensivos. o vogal aguarda.

## **VOTO (EM 22.08.2016)**

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)

Pedi vistas dos autos e, após análise detida, vou divergir do e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, tão somente para revisar as dosimetrias penais.

Antes, todavia, vou tecer algumas considerações em relação às nulidades suscitadas pela defesa.

Com efeito, não vislumbro que o réu possa ser declarado indefeso pela não utilização de todo tempo disponível para o debate, pois o proceder pode ser estratégia do próprio advogado para tentar convencer

8 TJRJ, Ap 0011695-88.2012.8.19.0045, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Francisco Jose De Asevedo, j. 05/04/2016, DJ 11/04/2016.

9 STJ, RHC 44.393, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJ 23/02/2016.

10 TJPR, Ap 1460724-2, 1ª Câm. Crim., rel. Juiz conv. Naor R. de Macedo Neto, j. 31/03/2016, DJ 14/04/2016, p. 269.

os jurados, seja evitando que se cansem ou a fim de passar-lhes a impressão de que a tese é evidente e não necessita de grandes digressões.

Ademais, o tempo total de 14 minutos de sustentação (14h:29m a 14h:42m) não se afigura irrisório para abordar as teses de “1º) *negativa de autoria em relação ao delito de homicídio qualificado e 2º) reconhecimento da atenuante da confissão em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo*”, até porque a última delas atine-se à dosimetria penal e não é dotada de nenhuma complexidade, sendo de fácil compreensão mesmo para leigos.

Não fosse suficiente, vê-se da ata de julgamento que o advogado não é despreparado ou desidioso, havendo até mesmo impugnado – *ponderada a falta de cientificação no prazo do art. 479 do Código de Processo Penal* – a juntada de documentos pelo Ministério Público, solicitando, ainda, a proibição de leitura em plenário, pedidos esses que denotam desenvoltura na defesa dos interesses do réu.

De outro lado, inviável falar-se em nulidade por falta de quesitação quanto à participação de menor importância no crime se a defesa optou por não questionar os jurados sobre a possibilidade de incidência dessa causa especial de diminuição de pena, como exigia o art. 483, IV, do Código de Processo Penal<sup>11</sup>.

À sua vez, concordo com o voto condutor no sentido de que não é necessária a transcrição dos depoimentos audiovisuais, valendo lembrar, fazendo o necessário *distinguishing* com o precedente citado nas razões recursais de Eliton, que o rito previsto no art. 403 do CPP não é o do Júri, que segue procedimento próprio.

Em outra mão, caberia reconhecer a nulidade do julgamento por cerceamento de defesa caso os jurados quisessem acessar o processo digital sem ser-lhes oferecidos os meios para tanto.

Nesse átimo, ainda que tenha havido pequeno equívoco no parecer ministerial, ao asseverar todos os julgamentos em Campo Grande ocorrem com notebooks à disposição dos jurados, quando na verdade o Júri ocorreu na Comarca de Rio Brillhante, não há que se reconhecer qualquer nulidade, uma vez que, consta da Ata de Julgamento que:

*“Concluídos os debates, o MM. Juiz Presidente indagou dos jurados se estavam habilitados para julgar e, diante da resposta afirmativa, leu os quesitos, explicou a significação legal de cada um. Então indagou das partes se tinham qualquer requerimento ou reclamação a fazer, sendo que nada foi requerido”.*

Por fim, bem se consignou no voto condutor que não se cogita de nulidade por cerceamento de defesa em razão do indeferimento de testemunhas referenciais, decisão contra a qual a defesa, na sua estratégia, optou por não impugnar quando ainda cabia recurso.

Com melhor sorte, contudo, contam as defesas em postular a revisão das penas aplicadas.

O cidadão deve responder pelo que fez (direito penal do fato) e não pelo que é (malfadado direito penal do autor). O estilo de vida, as convicções pessoais e o ser do sujeito não podem servir como fundamento para responsabilização criminal ou agravamento da pena<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (...)

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

<sup>12</sup> Nesse sentido, conferir: (ACrim 005606-25.2012.8.12.0019; minha Relatoria; 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 18/04/2016; Data de registro: 28/04/2016; ACrim 0005606-25.2012.8.12.0019; Minha Relatoria; 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 18/04/2016; Data de registro: 28/04/2016; ACrim 0000956-55.2014.8.12.0021; Minha Relatoria; 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 14/12/2015; Data de registro: 29/03/2016; ACrim 0032338-63.2013.8.12.0001; Minha Relatoria; 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 16/12/2015; ACrim 0014474-12.2013.8.12.0001; Minha Relatoria; 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 26/10/2015; Data de registro: 09/11/2015).

Por outro lado, na segunda fase dosimétrica da pena de Fábio, impõe-se aumentar o montante redutor oriundo da atenuante da confissão espontânea.

Com efeito, embora a Lei não estabeleça um *quantum* fixo para atenuantes e agravantes, é prudente que julgador, ao aplicá-las, não se afaste do limite relativo às majorantes e minorantes (1/6).

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci leciona que:

*“Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina deve a pena ser atenuada, porém sem qualquer menção ao montante.*

*Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), afinal serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com o que o humor do juiz prepondera ora num sentido, ora noutro.(...)*

*A única maneira de se assegurar fiel cumprimento à elevação efetiva ou à redução eficaz da pena, na segunda fase de individualização, é a eleição de um percentual, que, como já dissemos, merece ser fixado em um sexto. (...)”* (in Individualização da Pena – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 189)

Todavia, a redução da pena intermediária deve ser limitada até o mínimo abstrato, não por vedação legal (que inexistente), mas sim porque, diante das circunstâncias do caso concreto, tal patamar se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Assim, passo ao recálculo das sanções.

Fábio Alexandre Marques

Homicídio duplamente qualificado

Primeira fase: afastada a negatividade da personalidade e da conduta social, porém remanescendo a reprovabilidade da culpabilidade (em razão dos vários disparos de arma de fogo contra a cabeça da vítima, caracterizando execução) e do motivo torpe do crime (qualificadora sobressalente reconhecida no Tribunal do Júri), a pena-base deve ser reduzida de 16 anos e 6 meses de reclusão para 14 anos de reclusão.

Segunda fase: majorada a fração de redução da atenuante da confissão espontânea, a pena intermediária, conforme fundamentação supra, há se de ser estabelecida no mínimo legal de 12 anos de reclusão.

Terceira fase: ausentes outras moduladoras a serem sopesadas, queda-se a pena definitiva em 12 anos de reclusão.

Regime prisional: É o fechado, frente à pena concreta e às diretrizes do art. 33 do Código Penal.

Benefícios art. 44 e 77 do CP: Incabíveis, ponderada a pena concreta.

Eliton Maycon Maciel Moraes

### Homicídio duplamente qualificado

Primeira fase: com a exclusão da reprovabilidade da conduta social, porém permanecendo reprovado o motivo torpe do crime (qualificadora sobressalente reconhecida no Tribunal do Júri), merece a pena-base ser reduzida de 15 para 13 anos de reclusão.

Segunda fase: ausentes agravante e atenuantes, mantém-se a intermediária em 13 anos de reclusão.

Terceira fase: a pena torna-se definitiva, à míngua de outros vetores incidentes, em 13 anos de reclusão.

### Porte de arma de fogo

Primeira fase: expurgada a conduta social, única moduladora reprovada, deve a pena-base ser fixada em seu mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Segunda fase: está presente a atenuante da confissão espontânea. Contudo, a fixação da pena intermediária em seu mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa é suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do delito no caso concreto, descabendo diminuição.

Terceira fase: inexistindo causas de aumento ou de diminuição, a pena se torna definitiva em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

### Concurso material

Pelo concurso material, somam-se as reprimendas, resultando na pena total de 15 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Regime prisional: É o fechado, em razão da pena concreta.

Valor dias-multa: Justos à razão unitária mínima.

Benefícios art. 44 e 77 do CP: incabíveis, dada a pena concreta.

### Dispositivo

Diante do exposto, divirjo do e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar e, contra o parecer, dou parcial provimento aos apelos de Fábio Alexandre Marques e Eliton Maycon Maciel Moraes, a fim de neutralizar as circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social, bem como para, de ofício, aumentar a fração redutora da atenuante da confissão espontânea em favor de Fábio.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.(Vogal)

Divirjo parcialmente do Relator, para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a valoração negativa da circunstância judicial da conduta social quanto ao réu Fábio e, de ofício, aumentar o percentual de redução da pena pela incidência da atenuante da confissão.

Nesse aspecto, quanto ao afastamento da valoração negativa da conduta social quanto ao réu Fábio, acompanho o voto do Revisor, que votou nesse sentido e, inclusive, estendeu, de ofício, os efeitos dessa decisão ao corréu Eliton. Da mesma forma, acompanho o Revisor quanto à necessidade de aumento do patamar de abrandamento da pena pela incidência da atenuante da confissão, divergindo, porém, apenas no tocante à fração redutora eleita.

Quanto à redução da pena pela confissão, leciona a doutrina que<sup>13</sup>:

*“Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante”.*

De fato, o Código Penal não estabelece limites a serem aplicados em razão de circunstâncias minorantes, sendo que ao julgador é devido fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Não se pode olvidar que há doutrinadores que defendem que o aumento ou diminuição (respectivamente) em virtude de cada circunstância agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, como defende a impetrante.

Entretanto, sobre o assunto, o Superior Tribunal Justiça tem se orientado no sentido de que o *quantum* de aumento ou redução pelas circunstâncias agravantes ou atenuantes deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

A esse respeito, são os seguintes julgados:

*“HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). LATROCÍNIO (DUAS VEZES). PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA O CRIME DE ROUBO. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DECLARAÇÃO NA FASE INQUISITORIAL QUE FUNDAMENTOU O JUÍZO CONDENATÓRIO. IRRELEVÂNCIA EM TER SIDO RETRATADA JUDICIALMENTE. ATENUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. QUANTUM DE REDUÇÃO QUE DEVE OCORRER COM OBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS. DEMAIS FUNDAMENTOS DO WRIT QUE NÃO PODEM SER ANALISADOS. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS, CONTUDO, CONCEDIDA EX OFFICIO.*

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação não unânime de que é inadequado o manejo de habeas corpus se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal a quo por intermédio de recurso especial - a despeito do posicionamento contrário da Relatora, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal.

2. A despeito de conferir-se ao recurso de apelação efeito devolutivo amplo, esse é limitado ao que deduzido nas razões recursais ou nas contrarrazões. Dessa forma, em habeas corpus impetrado perante esta Corte, não é cabível apreciar pretensão não ventilada nas instâncias antecedentes, sob pena de indevida supressão de instância.

3. É inviável o reconhecimento da participação de menor importância e, conseqüentemente, a desclassificação do crime de latrocínio para o de roubo, notadamente

13 NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212.

*porque as instâncias ordinárias reconheceram que a atuação do Paciente foi essencial para o êxito da empreitada criminosa.*

4. *“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, desde que ela tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação. Nota-se que esta Corte trata o assunto sobre outro enfoque, não associando a atenuante com o arrependimento do réu, mas com o valor probatório, ou melhor, a influência que a confissão extrajudicial tenha sobre o juízo de condenação”* (STJ, HC 90.470/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 17/03/2008).

**5. Referentemente ao quantum de redução a incidir na espécie devido à atenuante genérica da confissão espontânea, cumpre ressaltar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição de pena a serem aplicados em razão das circunstâncias atenuantes, cabendo fixar-se, prudentemente, o patamar de redução necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.**

6. *Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus, contudo, concedida ex officio, tão somente para reduzir a pena do Paciente para 42 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos de latrocínio (duas vezes). (HC 251.500/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014).”* (Destaquei).

*“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.*

1. *A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.*

2. *Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.*

3. *O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.*

4. *Ressaltou o acórdão impugnado que o réu confessou agregando teses defensivas e pouco contribuiu para a elucidação do crime, motivo pelo qual reduziu a pena em seis meses pela atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, o que não se revela flagrantemente desproporcional.*

**5. E inexistindo ilegalidade patente, o quantum de diminuição a ser implementado em decorrência da atenuante fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus.**

6. *Ordem de habeas corpus não conhecida*. (HC 286.667/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014).” (Destaquei).

Conclui-se, dessa forma, que, com relação ao *quantum* de redução implementado pelo reconhecimento da atenuante da confissão, é permitido ao magistrado mensurar, com discricionariedade, o patamar de abrandamento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.

Como já dito em linhas anteriores, é preciso que na fixação da pena haja observância do princípio da proporcionalidade, de modo que a sanção penal não se vislumbre excessiva (punição além do necessário) e, em contrapartida, não reflita a insuficiência da intervenção jurídico-penal (punição aquém do necessário).

Em outras palavras, é necessário que seja fixada uma pena equilibrada e razoável, estabelecida à luz das peculiaridades da situação concreta e, sobretudo, de acordo com o grau de ofensividade ao bem jurídico refletido pelo comportamento típico do agente.

No caso, observa-se que o sentenciante, quanto ao réu Fábio, reconhecendo a incidência da atenuante genérica da confissão, reduziu a pena, no âmbito da fase intermediária da dosimetria, em 6 (seis) meses de reclusão, o que, no meu entendimento, ficou aquém dos critérios acima mencionados.

Para uma melhor observância do princípio da proporcionalidade, sobretudo no aspecto da proteção da punição excessiva, reputo razoável estabelecer uma redução de pena em um ano de reclusão pela incidência da atenuante da confissão, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Assim, com base nesses aspectos, de ofício, aumento o patamar de abrandamento da pena pela confissão, nos termos acima ventilados.

Passo, portanto, ao redimensionamento da pena do réu Fábio.

Na primeira fase, sendo desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade e os motivos do crime, fixo a pena-base em 15 (quinze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na segunda fase, diante da incidência da atenuante da confissão, com aplicação do patamar de redução acima exaltado, fixo a pena intermediária em 14 (quatorze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na terceira fase, sendo inaplicáveis causas de aumento ou de diminuição de pena, fixo a pena definitiva em 14 (quatorze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Por fim, quanto à pena do réu Eliton, mantenho o redimensionamento feito no voto do Revisor, onde a pena definitiva desse réu, à luz do art. 69 do Código Penal, ficou estabelecida em 15 (quinze) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Posto isso, em parte com o parecer, e divergindo parcialmente do Relator e do Revisor:

Afasto a preliminar de nulidade e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso de Fábio Alexandre Marques, para reduzir a pena-base, afastando a valoração negativa atribuída a circunstância judicial da conduta social;

Afasto a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso de Eliton Maycon Maciel Moraes;

De ofício, em relação ao réu Fábio Alexandre Marques, aumento o patamar de abrandamento da pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena intermediária em um ano de reclusão;

De ofício, quanto ao réu Eliton Maycon Maciel Moraes, reduzo a pena-base de ambos os crimes, mediante o afastamento da circunstância judicial da conduta social.

Com isso, redimensionadas as penas definitivas dos réus, fixo-as: (a) em relação ao réu Fábio, em 14 (quatorze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado; e (b) no tocante ao réu Eliton, em 15 (quinze) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime fechado, à razão unitária mínima.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, quanto ao recurso de Fábio, afastaram as preliminares e, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto intermediário do vogal. Quanto ao recurso de Eliton, por unanimidade, afastaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento. De ofício, em relação a Fábio, por maioria, aumentaram o patamar da atenuante da confissão, nos termos do voto intermediário do vogal e, em relação a Eliton, por maioria, reduziram a pena-base, nos termos do voto do revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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, 22 de agosto de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0007206-46.2010.8.12.0021 - Três Lagoas**  
**Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ALEGAÇÃO DE FALSIDADE DO RELATÓRIO DE ATENDIMENTO PSICOSSOCIAL – PRELIMINAR DE NULIDADE – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – CONTEXTO PROBATÓRIO RESPALDA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – NEGADO – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA – BEIJO LASCIVO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA É ATO LIBINOSO – REFUTADO – PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO – ACOLHIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acerca da preliminar alegada pela defesa, tendo em vista que mencionado Relatório de Acompanhamento Psicossocial apresenta apenas uma descrição parcial acerca da situação comunicada e condições psicológicas da vítima, com o objetivo de mensurar os danos sofridos pela infante e subsidiar o provimento jurisdicional, não possui nenhuma obrigatoriedade de vinculação, visto tratar-se de elemento de informação, impossibilitando a decretação de nulidade, haja vista a ausência constatação de prejuízo.

Não há falar em absolvição do apelante por ausência de provas sobre a autoria delitiva, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são tranquilos no sentido de ensejar a manutenção da condenação.

O beijo lascivo e erótico, praticado com violência ou grave ameaça, é ato libidinoso e, quando praticado em crianças, configura o crime de estupro de vulnerável, não havendo se falar em atipicidade da conduta.

No presente caso, levando em consideração o *quantum* da sanção corporal imposta ao apelante e diante do fato de que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pela inexistência de circunstâncias judiciais desabonadoras, à luz do que dispõe o art. 33, § 2º e 3º do CP, tem-se por adequado o abrandamento do regime de cumprimento de pena para semiaberto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal.

Campo Grande, 25 de julho de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação interposto por E. T. (fl. 77), qualificado nos autos, em face da sentença condenatória de fls. 55-62, que condenou a uma pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, do CP.

Nas razões recursais de fls. 81-90, preliminarmente, postula o desentranhamento dos presentes autos das provas que sustenta serem ilícitas, bem como a declaração de ilicitude do Relatório de Acompanhamento Psicossocial acostado à fls. 27 e 28 dos autos de Inquérito Policial, asseverando tratar-se de documento com assinatura falsa, produzido na fase inquisitorial com o intuito de prejudicar o apelante.

No mérito, postula a absolvição por atipicidade da conduta (art. 386, VII do CPP). Subsidiariamente pugna pela absolvição por ausência de provas (art. 386, III do CPP). Caso mantida a condenação do apelante, pugna pelo abrandamento do regime de cumprimento de pena para o semiaberto. Apresentou questionamentos acerca do art. 5.º, LXVI, da CF/88 e 157 do CPP.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões recursais (fls. 92-103), pugna pelo desprovimento recursal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 107-112), opinou pelo não acolhimento da pretensão recursal criminal, tendo questionado acerca do art. 217-A do CP.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por E. T. (fl. 77), qualificado nos autos, em face da sentença condenatória de fls. 55-62, que condenou a uma pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

Nas razões recursais de fls. 81-90, preliminarmente, postula o desentranhamento dos presentes autos das provas que sustenta serem ilícitas, bem como a declaração de ilicitude do Relatório de Acompanhamento Psicossocial acostado à fls. 27 e 28 dos autos de Inquérito Policial, asseverando tratar-se de documento com assinatura falsa, produzido na fase inquisitorial com o intuito de prejudicar o apelante.

No mérito, postula a absolvição por atipicidade da conduta (art. 386, VII do CPP). Subsidiariamente pugna pela absolvição por ausência de provas (art. 386, III do CPP). Caso mantida a condenação do apelante, pugna pelo abrandamento do regime de cumprimento de pena para o semiaberto. Apresentou questionamentos acerca do art. 5.º, LXVI, da CF/88 e 157 do CPP.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões recursais (fls. 92-103), pugna pelo desprovimento recursal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 107-112), opinou pelo não acolhimento da pretensão recursal criminal, tendo questionado acerca do art. 217-A do CP.

Passo à análise da insurgência recursal.

Inicialmente, a defesa, em sede de preliminar, alega que o Relatório de Acompanhamento Psicossocial, acostado à fls. 27 e 28 dos autos de Inquérito Policial, é prova ilícita. Assevera que a Delegada de Polícia, encarregada de conduzir o inquérito policial que instrui a ação penal, juntou documento com assinatura falsa com o intuito de prejudicar o Acusado. Que a Assistente Social do CREAS, Laura Daniela Figueiredo Garcia, afirmou que jamais assinou o referido documento e que não teve contato com a vítima.

Dessa forma, postula a nulidade da sentença condenatória e desentranhamento do referido documento.

Verifica-se dos autos que a questão foi tratada e decidida em sede de embargos de declaração (fls. 68-69), tendo sido salientado pelo Magistrado o seguinte:

*“(...) A assistente social Laura Daniela, a despeito do excessivo lapso temporal entre o atendimento da criança e o seu depoimento judicial realizado 26.06.2013, afirmou que atendeu ao caso recordandos-se de vários detalhes do ocorrido com a infante.*

*No mais, Laura Daniela afirmou que a assinatura aposta no relatório de fl. 27/28 dos autos em apenso é da Coordenadora do CREAS local, fazendo constar a abreviatura p.p (por procuração).*

*Neste sentido ressalto que a assistente social não negou que tivesse elaborado o relatório em referência, mas apenas que a assinatura foi aposta por sua Coordenadora, o que não retira a validade deste documento.*

*(...)*

*Pontuo, ainda, que a Coordenadora do CREAS Sra. Vera Lúcia Rodrigues Renó é também graduada em Assistência Social e por isso igualmente competente para apor sua assinatura no relatório de acompanhamento.*

*Vale dizer ainda, que o relatório psicossocial de fl. 27/28 foi assinado também pela psicóloga que atendeu ao caso Sra. Priscila Zanardi Favaretto, o que corrobora a legitimidade do documento em questão.*

*(...)*

*Desta feita, conheço destes embargos declaratórios porque tempestivos e no mérito rejeito-os, haja vista que não preenchem os requisitos estatuídos no art. 535 do CPC (...).”*

Verifico que o Relatório de Acompanhamento Psicossocial acostado ao Inquérito Policial (procedimento apenso – fls. 26-28) foi assinado por Priscila Zanardi Favaretto, Psicóloga do CREAS e por Vera Lúcia Rodrigues Renó, Coordenadora do CREAS (p/Laura Daniela Figueiredo Garcia). A circunstância de essa peça ter sido assinada por Vera Lúcia Rodrigues Rodrigues Renó, fazendo constar que assim o fez pela Assistente Social Laura, por si só, não invalida o relatório, visto está assinado por uma das pessoas que participou do atendimento, ou seja, por Priscila Zanardi Favaretto, que é Psicóloga. O que se pode extrair dessa peça é que Vera assinou como Coordenadora do CREAS, onde ambas as profissionais trabalhavam naquele órgão do Município de Três Lagoas/MS.

Ademais, se constata que, durante a fase judicial, a Assistente Social Laura Daniela Figueiredo Garcia foi ouvida (depoimento áudio/vídeo – fl. 38), tendo afirmado não ter assinado o referido relatório, mas confirmou os fatos narrados na exordial acusatória, não havendo que falar em ilicitude da prova.

Acrescento, a par disso, que Relatório de Acompanhamento Psicossocial é apenas mais um elemento no contexto das provas, com informações sobre aspectos psicológicos da vítima por ocasião do atendimento, com o objetivo de mensurar os danos sofridos pela infante, aclarar o conhecimento do julgador sobre os fatos e subsidiar o provimento jurisdicional, mas não possui nenhuma obrigatoriedade de vinculação ao julgador, que faz análise do conjunto das provas.

Em situação análoga, segue o julgado:

*“APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 217-A, DO CPB. PRELIMINAR DE NULIDADE DO LAUDO PSICOLÓGICO. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O laudo psicológico produzido como mais um componente do acervo probatório, visando avaliar o estado emocional da vítima, prescindível para a comprovação do delito, não se confunde com o exame de corpo de delito, impossibilitando a decretação de nulidade, haja vista a não constatação de prejuízo. 2. Tanto a materialidade delitiva como a autoria estão sobejamente comprovadas pelos depoimentos prestados em sede policial e judicial 3. Apelação conhecida e improvida.”* (Processo: APL 0144892012 MA 0000058-19.2010.8.10.0092 Relator(a): José Bernardo Silva Rodrigues. Julgamento: 16/08/2012 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Publicação: 23/08/2012).

Verifica-se, no caso, que o Relatório de Acompanhamento Psicológico não foi a única prova utilizada para embasar a condenação do apelante, mas tão somente como um elemento de informação que, juntamente com as demais provas, foi utilizado para formar a convicção do julgador, acerca da materialidade e autoria do fato delituoso, razão pela qual descabe falar em nulidade da sentença condenatória.

Dessa forma, afasto a preliminar de nulidade arguida pela defesa.

Do mérito.

Na sequência, a defesa pugna pela absolvição por atipicidade da conduta, afirmando que apenas beijou a mão da vítima e que esta não confirmou os fatos delituosos em juízo. Subsidiariamente, requer a absolvição por ausência de provas, asseverando que a mãe da vítima é “barraqueira” e pressionou a criança para noticiar os fatos à autoridade policial.

Acerca dos fatos, na fase inquisitorial, a vítima M. A. da S. relatou que:

*“Que, estava havendo uma reforma na sua casa e havia um pedreiro trabalhando no local, de nome E. T.; que, a declarante estava na sala e foi pegar um carrinho de bebê para N.; que, E. T estava reformando uma taberna, que fica junto ao quarto do seu avô; que, o avô da declarante estava dormindo; que, E. T chamou a declarante para a taberna e esta correu; que, E. T agarrou a declarante pelo braço, arrastou-a para a taberna e começou a beijá-la; que, o braço da declarante doeu; que, E. T colocou a língua na boca da declarante; que, E. T pegava a declarante e a encontrava perto dele; que, E. T pegava a declarante e a encostava perto dele; que, E. T estava de pé e apertou a declarante, abraçando-a; que, E. T tinha cheiro de cimento; que, E. T disse que se a declarante gritasse ia na cozinha pegar uma faca; (...)”<sup>1</sup>*

A mãe da vítima, S. S. de A., na fase inquisitorial, disse que:

*“Que, sua filha M. A. da S., na data de hoje, lhe contou que E. T., no dia em que a declarante havia ido ao Fórum, tinha lhe agarrado; que, M. A. da S. lhe disse que E. T a havia beijado; que, a declarante perguntou se E. T havia passado a mão nos genitais de M. A. da S. e esta disse que não; que, M. A. da S. lhe disse que E. T não praticou outros atos com ela, porém a ameaçou falando que ia matá-la; que, a declarante notou que M. A. da S. ultimamente tem escovado os dentes com muita frequência, acabando rapidamente com os tubos de pasta de dentes que a declarante compra (...)”<sup>2</sup>*

1 Inquérito Policial – fls. 11.

2 Inquérito Policial – fls. 14.

Nessa linha, assevero que o beijo lascivo e erótico, praticado com violência ou grave ameaça, é ato libidinoso e, quando praticado em crianças, configura o crime de estupro de vulnerável, não havendo se falar em atipicidade da conduta

Prosseguindo, durante o acompanhamento realizado pelo Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS - do Município de Três Lagoas/MS, fls. 27-28, que instrui o inquérito policial em apenso, foi relatado pela Psicóloga e pela Assistente Social:

*“(...) No atendimento com a infante, M. A. da S. relatara que enquanto brincava sozinha na área da casa de seu avô, E. T. (que estava fazendo pequenas reformas na residência) a agarrou abruptamente e beijou sua boca. Depois que ele a largara, a ameaçou de morte caso contasse para alguém. Ao relatar tal cena, M. A. da S. se apavora ao lembrar do beijo, afirma que ele tentou enfiar a língua dentro de sua boca e como ficou com muito nojo, passou a escovar os dentes várias vezes ao dia para tirar o resto da sujeira. A infante estava muito assustada, com medo de ir à escola, ou mesmo ir à casa do seu avô e encontrar novamente com E. T.*

*Considerando a notória mudança de comportamento que M. A. da S. teve, e baseado nos dados obtidos até a presente data, observamos que as consequências e sequelas do abuso sexual já se tornam evidentes, afetando a qualidade de vida da infante, onde ela já apresenta quadros ansiosos, irritação, distúrbios do sono, pesadelos, vergonha, medo, entre outros.*

*Isto posto, a criança será encaminhada para tratamento psicoterapêutico, para evitar que as sequelas da violência sexual se cronifiquem, minimizar o sofrimento psíquico e fortalecer a criança (...)*”.

O apelante, inquirido sobre os fatos, disse na Delegacia que:

*“(...) apenas deu beijo na mão de M. A. da S. (...)”<sup>3</sup>*

Em juízo (depoimento áudio/vídeo – fl. 38), O apelante negou que houvesse beijado a boca da menina M. A. da S. tanto em fase inquisitorial (fl. 16), quanto em Juízo (áudio e vídeo gravados em audiência).

A vítima, em depoimento judicial (depoimento áudio/vídeo – fl. 38), confirmou que foi agarrada pelo apelante, que o mesmo beijou sua boca e após a ameaçou de morte.

Pelo depoimento prestado através de áudio, verifica-se que é indiscutível desconforto da menina, o que é natureza e compreensível em casos como este, prestou declarações acerca do ocorrido, fazendo apontamentos coincidentes com os fatos descritos na representação, sobretudo no campo do abuso sexual sofrido.

Reconheço que o testemunho de criança, em verdade, deve ser considerado com sérias reservas, contudo, quando coerente e harmônico com o restante da prova apurada serve, indiscutivelmente, como lastro a prolação de um decreto condenatório.

Neste sentido, o meu convencimento acerca da autoria do fato delituoso é respaldado pelo depoimento da informante M. E. T. de A., que contava com 6 (seis) anos de idade por ocasião dos fatos e é neta do apelante. Pois, embora não tenha presenciado os fatos, a menina relatou na Delegacia de polícia o seguinte:

*“(...) Perguntado se gosta das brincadeiras do seu Avô E. T., respondeu que não gosta: Perguntado que tipo de brincadeiras que não gosta que seu Avô faça com a*

<sup>3</sup> Inquérito Policial – fl. 16

*declarante, respondeu as seguintes palavras “não gosto quando meu Avô tenta passar a mão em mim e tenta me beijar”; Perguntado em que parte do corpo seu Avô passou a mão, respondeu através de gestos no peitoral; ... que, não se lembra da última vez que tais fatos ocorreram, alegando que foi várias vezes; Perguntado se comunicou sua mãe desses ocorridos, respondeu que sim, vindo sua mãe conversar com seu Avô. Perguntado se seu Avô, após sua mãe ter conversado com o mesmo, teria tentado novamente passar a mão na declarante, respondeu que tentou uma vez; (...)<sup>4</sup>”*

Nessas circunstâncias, é indiscutível que a ação praticada pelo apelante, nos moldes acima descritos, subsume-se exatamente à conduta estampada no exordial acusatória, enquadrando-se na modalidade ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A propósito, no âmbito do contexto probatório, faz-se necessário destacar que a palavra da vítima é de fundamental importância na busca pela verdade real, sobretudo nos casos de crimes sexuais, onde, não raras as vezes, o delito é cometido na ausência de testemunhas presenciais.

A esse respeito, são os seguintes julgados:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.*

*I - A palavra da vítima é elemento de extrema relevância nos crimes sexuais, tendo em vista serem, na maior parte dos casos, cometidos na clandestinidade e sem a presença de testemunhas. Precedentes.*

*II - Tendo o Tribunal de origem concluído pela existência de prova da autoria e materialidade hábeis a configurar o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, rever tal conclusão exigiria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não é viável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ.*

*III - Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 438.176/GO, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 12/05/2014).”*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A. INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INEXISTÊNCIA. TESE DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL APTA A EMBASAR A CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Constata-se que a competência foi definida pela Corte de origem, por meio de resolução editada em sessão plenária, expressamente autorizada pela lei de organização judiciária, não se verificando, qualquer ilegalidade ou ofensa à Constituição Federal, consoante as normas do art. 96, inciso II, alínea “d”, e art. 125, caput e § 1º, da Carta Magna, não se podendo falar em incompetência da Vara da Infância e Juventude para apreciar os delitos que envolvam a prática de crimes contra menores 2. Esta Corte Superior tem o entendimento jurisprudencial no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados*

<sup>4</sup> Inquérito Policial – fl. 22

*às escondidas e podem não deixar vestígios. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 312.577/RN, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).”*

Sobre o crime praticado, que é de pouca visibilidade, pondero que a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios.

Dessa forma, considerando que a conduta praticada pelo apelante encontra-se abrigada pelo tipo penal, a manutenção da condenação pelo crime do art. 217-A do CP é medida de rigor.

Prosseguindo, a defesa postula o abrandamento do regime de cumprimento de pena, para o semiaberto, asseverando que o apelante possui mais de 70 (setenta) anos de idade e problemas de saúde, de forma não ser possível a execução da pena em estabelecimento prisional.

No que tange ao pedido de abrandamento do regime de cumprimento de pena, como se sabe, para a fixação do mesmo, deve ser levado em consideração a quantidade de pena privativa de liberdade imposta em razão do delito penal imputado em desfavor do réu, com observância dos critérios elencados no art. 59 do Código Penal.

Nessa linha, levando em consideração o *quantum* da sanção corporal estabelecida ao apelante e diante do fato de que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pela inexistência de circunstâncias judiciais desabonadoras, à luz do que dispõe o art. 33, § § 2º e 3º do CP, tem-se por adequada a manutenção do regime de cumprimento de pena semiaberto.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos suscitados pelas partes, cabe esclarecer que não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que as questões apresentadas foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo do apelante E. T., apenas para abrandar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Relembrando. Trata-se de recurso de apelação interposto por E. T. contra sentença pelo qual foi condenado à pena de 08 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável.

Preliminarmente requer o desentranhamento dos autos o Relatório de Acompanhamento Psicossocial sob o argumento de que se trata de prova ilícita.

No mérito requer a absolvição por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

O e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, deu parcial provimento ao recurso apenas para estabelecer o regime semiaberto.

Após detida análise dos autos, dirirjo para *ex officio* desclassificar a imputação para tentativa de estupro de vulnerável.

A denúncia cujo pedido condenatório foi acolhido narrou que:

*“Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial em epígrafe que, em data de 17 de junho de 2010, em horário que não se pode precisar, n residência localizada na Rua Almor Pimenta de Queiroz n. 1950, bairro Vila Alegre, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado E. T. praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima M. A. da S., menor impúbere nascida aos 25.01.2001 (Certidão de Nascimento de f. 10), consistente em beijar-lhe a boca de forma lasciva.*

*Restou apurado que, no dia dos fatos, a genitora da vítima, S. S. de A., deixou as filhas, inclusive a vítima, na casa do genitor de seu companheiro, localizada no endereço acima citado, para ir até o Fórum.*

*Nessa oportunidade, o denunciado, que trabalhava à época como pedreiro na residência, agarrou a vítima pelo braço, arrastou-a para o local em obra, abraçou-a e beijou-lhe a boca, introduzindo sua língua na boca da vítima, sob ameaça de que se gritasse pegaria uma faca.”*

Pois bem. Não vislumbro que as provas colhidas judicialmente sejam suficientes para indicarem a consumação do crime pelo qual o apelante foi denunciado, devendo *ex officio* haver sua desclassificação para a forma tentada.

A vítima, ao ser ouvida perante autoridade policial (fl. 11), declarou que, na data dos fatos, estava na casa de seu avô juntamente com suas duas irmãs, pois sua mãe teria ido até o Fórum da cidade. Relatou que na ocasião, o acusado E. T. estava prestando serviços como pedreiro na referida residência e que em dado momento o mesmo a puxou pelo braço, arrastou-a para o local da obra e começou a beijá-la. Relatou ainda que o acusado não passou a mão pelo corpo da declarante e nem pediu para que a mesma tocasse em seu corpo, tampouco, o acusado se despiu ou pediu para que a vítima se despiesse.

Em audiência de instrução e julgamento, ocorrida em 26 de junho de 2013, a vítima confirmou as declarações prestadas em fase extrajudicial no sentido de que o acusado teria a beijado.

A corroborar com tais declarações, a genitora da vítima, S. S. de A., ao prestar depoimento na delegacia (fl. 22), afirmou que na data de 06 de julho de 2010, sua filha relatou o ocorrido, dizendo que o acusado E. T. teria lhe beijado quando estava na residência de avô. Relatou ainda que ao indagar sua filha, ora vítima, se o acusado teria passado as mãos nas suas genitais a vítima respondeu que não. Indagou ainda se E. T. teria praticado outros atos contra ela, tendo a vítima negado.

Em juízo, a mãe da vítima ratificou suas declarações prestadas na fase extrajudicial, afirmando que sua filha lhe relatou que o réu teria a beijado.

No mesmo rumo, a testemunha Laura Daniela Figueiredo Garcia, assistente social do CREAS, narrou que a genitora estranhou o fato da filha usar muita pasta de dente e ao questionar a vítima a mesma relatou que teria nojo de sua boca pois teria recebido um beijo do réu.

Por sua vez, o acusado, em ambas as oportunidades em que foi ouvido negou as acusações descritas na peça acusatória, alegando que no momento em que estava prestando serviços ao avô da vítima, a mesma teria pedido benção para entrar na residência, tendo o mesmo apenas beijado a mão da vítima.

Pois bem. Diante deste cenário, vale lembrar que as mudanças contempladas pela Lei n. 12.015/2009, que reuniu os antigos crimes de estupro (art. 213, CP) e atentado ao pudor (art. 214, CP), assim também o fazendo em relação a essas condutas no estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) dando um conceito mais

abrangente de estupro, tiveram o condão não só de ampliar o conceito desse crime, como também de se aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que ao meu juízo cabe ao caso em tela.

Ao meu ver, não se pode comparar a prática dos atos comprovados a um estupro com coito ou outras formas de prática mais gravosas que notoriamente trazem traumas às vítimas de forma psicológica e/ou física, e nem mesmo seria razoável manter uma pena de 8 anos de reclusão apenas por presunção do que poderia ter ocorrido.

Logo, na hipótese, não há falar em crime de estupro de vulnerável consumado, mas no máximo tentado, pois o que se provou foi que o agente não teria consumado seu intento de praticar atos libidinosos com a criança de 10 anos de idade, tendo apenas iniciado sua conduta com um beijo, tendo se comprovado nos autos que não houve manipulação de órgãos genitais ou qualquer outra conduta nesse sentido, seja porque o acusado ficou intimidado pela presença das irmãs e do avô da vítima na residência ou pela própria reação da vítima em resistir ao intento criminoso.

Nesse sentido é a doutrina de Cézar Roberto Bittencourt:

*“Doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se o crime de estupro na forma tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos.” (in Tratado de Direito Penal. Parte Especial 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-50)*

Condenar a conduta descrita neste processo como crime de estupro consumado estar-se-á violando não só o princípio da proporcionalidade, como o da adequação e necessidade.

Veja-se ainda que um beijo, por mais lascivo que seja, encontra-se fora do alcance do tipo do estupro consumado, isto é, existe uma atipicidade material que não pode ser desprezada. Ou seja, o delito não ingressou na legislação brasileira para punir beijos com penas altíssimas.

Assim, deve ser desclassificada a imputação de estupro de vulnerável consumado para tentado.

Passo à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, embora o magistrado singular tenha reconhecido a culpabilidade do sentenciado como negativa, estabeleceu a pena-base no mínimo legal, ou seja, 08 anos de reclusão.

Na segunda fase não há agravantes ou atenuantes a serem aplicadas.

Na terceira fase reduzo a pena pela desclassificação do delito na forma tentada em seu máximo legal, de 2/3, porquanto, conforme acima fundamentado, analisando o *iter criminis* a execução apenas iniciou-se.

Assim, fica a pena definitivamente estabelecida em 2 anos e 8 meses de reclusão.

O regime prisional deve ser o aberto, considerando a primariedade do réu, a quantidade da pena estabelecida e as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP - Cf. STF – HC 111.840/ES, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, na parte em que impõe a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados).

Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por vedação do art. 44, I, do CP, já que se trata de crime com violência presumida.

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do relator para *ex officio* desclassificar a imputação do apelante E. T., de estupro de vulnerável consumado para tentado (art. 217-A c.c art. 14, II, ambos do CP), fixando sua pena definitivamente em 2 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0018313-74.2015.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO AGRAVADO E TRÁFICO DE DROGAS – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – RECURSO MINISTERIAL – VENDER, EXPOR À VENDA, MANTER EM DEPÓSITO PARA VENDA, DISTRIBUIR OU ENTREGAR A CONSUMO PRODUTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO – NÚCLEO DO TIPO PENAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DOS FATOS AO TIPO PENAL – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS E PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DA ARMA – TESES AFASTADAS – RECURSO DESPROVIDO.

Das provas ao processo, não há como se concluir que o apelante tenha, de fato, vendido, exposto à venda, distribuído ou entregue a consumo, medicamentos falsificados ou sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, condutas exigidas pelos tipos penais, assim como tenha realizado qualquer um dos outros verbos núcleos do tipo penal. A dinâmica fático-probatória não autoriza a condenação tampouco há prova concreta da destinação comercial dos produtos apreendidos. Pelo que se deduz dos autos, não houve a prática dos verbos núcleos do tipo penal em comento (importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender, distribui ou entrega a consumo), pelo que a manutenção da sentença absolutória é medida que se impõe.

A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 destina-se ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à traficância ou integre organização criminosa.

O porte simulado de arma caracteriza o crime de roubo, em razão da grave ameaça. No entanto, não pode também servir, no mesmo contexto fático, como ocorre na hipótese dos autos, para implicar o aumento de pena, pois pela prova constante dos autos, não se operou o efetivo emprego da arma.

RECURSOS DEFENSIVOS – PLEITOS COMUNS – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO – CRIMES CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO PELO RÉU GABRIEL – TESE AFASTADA – PENAS APLICADAS ADEQUADAS E SUFICIENTES À REPROVAÇÃO DO CRIME – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA AOS APELANTES WERLLEN E TAINARA – PLEITOS PREJUDICADOS – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À SUMULA 231 DO STJ – RECURSOS DESPROVIDOS.

O suporte fático-probatório, embasado nos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, é suficiente para ensejar uma condenação. Há no âmbito dos presentes autos, elementos de convicção suficientes no sentido de consubstanciar os fatos imputados ao apelante na denúncia, pelos quais fora condenado.

Na etapa inicial da dosimetria, o magistrado deve fixar a pena-base considerando a avaliação das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do CP, bem como as circunstâncias judiciais preponderantes, estampadas no art. 42 da Lei 11.343/06. O aumento das penas aplicadas aos apelantes não se apresentou de forma desproporcional, estando em sintonia aos critérios da razoabilidade. Além disso, respeitou a discricionariedade vinculada do magistrado e, sobretudo, as diretrizes estabelecidas pelo princípio constitucional da individualização da sanção penal.

Não se olvide que a menoridade relativa e a confissão espontânea são atenuantes genéricas estabelecida pelo art. 65, inciso I e III, “d”, do Código Penal. Daí, como bem se sabe, nessa condição, o abrandamento da pena, diante de atenuantes dessa natureza, deve observar o limite mínimo abstratamente cominado pelo tipo penal. É princípio geral do direito penal que o Juiz 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, o que comporta absoluta aplicação na situação particular.

Como bem se sabe, dispõe o art. 49, *caput*, parte final, do Código Penal que a pena de multa, será, no mínimo de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Estabelece ainda a lei penal que o valor de cada dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do Relator. Por maioria, negaram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 11 de julho de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelos condenados Gabriel Medeiros, Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo contra a sentença de fls. 713-740 que os condenou por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/2006 e por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Rafael Esteves Martins foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/2006.

Gabriel Medeiros foi condenado à pena de 13 (treze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 556 (quinhentos e cinquenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, c/c art. 71, *caput*, em concurso material com o art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Werllen Ferreira Reginaldo pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da menoridade e da confissão espontânea, com a redução da pena aquém do mínimo legal.

Tainara Almeida Bispo pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da menoridade e da confissão espontânea, com a redução da pena aquém do mínimo legal.

O Ministério Público pelo recurso interposto (fls. 757-775), requer a reforma da sentença, pugnando pela condenação do réu Rafael Esteves Martins nas penas do art. 33, *caput*, com o afastamento § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006 e pena condenação pela prática do delito previsto no art. 273-§ 1º-B, I e IV, do Código Penal.

Requer ainda o órgão acusador a condenação dos apelados Gabriel Medeiros, Tainara Almeida Bispo e Werllen Ferreira Reginaldo como incurso nas penas do art. 288, parágrafo único, do Código Penal e o reconhecimento da majorante do emprego da arma, prevista no art. 157, 2º, I, do Código Penal.

Gabriel Medeiros pelo recurso interposto às fls. 806-819, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal. Por fim, prequestiona a matéria em discussão.

Werllen Ferreira Reginaldo pelo recurso interposto às fls. 829-840, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal.

Tainara Almeida Bispo pelo recurso interposto às fls.841-852, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 881-901 requer o improvimento dos recursos.

Os apelados em contrarrazões de fls. 858-862, fls. 863-867, fls. 904-916 requerem o improvimento dos recursos interpostos.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 933-964, manifestou-se, opinando pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial, pelo parcial provimento dos recursos dos réus Tainara Almeida Bispo e Werllen Ferreira Reginaldo e pelo improvimento do recurso de Gabriel Medeiros.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelos condenados Gabriel Medeiros, Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo, qualificados nos autos, contra a sentença de fls. 713-740 que os condenou por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/2006 e por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Narra a denúncia, o seguinte:

*“DO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006) E DA FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273 DO CÓDIGO PENAL)”*

*“No dia 17 de abril de 2015, no período noturno, na residência situada à Rua Sargento Hércules Santos de Campos, 145, Coophasul, nesta Capital, Rafael Esteves Martins foi surpreendido mantendo em depósito 1 (um) tablete de maconha, com peso de 358,0 g (trezentos e cinquenta e oito gramas), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Nas mesmas circunstâncias, Rafael foi surpreendido mantendo em depósito, para vender, produtos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente e adquiridos de estabelecimento sem licença.*

*Na ocasião, investigando a ocorrência de assaltos cometidos nesta Capital, policiais militares chegaram até a residência de Rafael Esteves Martins, proprietário de uma das motocicletas utilizadas nos crimes (Honda Tornado, vermelha, placa JJS-0118).*

*Neste local, enquanto entrevistavam Rafael, os PMs avistaram, em cima da mesa da sala do apartamento, um tablete de maconha, que pesou 358,0 g (trezentos e cinquenta e oito gramas)1, bem como 3 (três) frascos de substâncias anabolizantes (metrandrostenolona, stanozoloan, testaenat), 3 (três) celulares, marcas Sony, LG e Blackberry (IMEIs descritos à p. 24-IP), 1 (um) tablet Blackberry, 1 (um) capacete, R\$ 20,00 (vinte reais) em espécie e 1 (um) rolo de plástico.*

*Rafael pontuou aos policiais ter comprado a droga de Gabriel Medeiros, por intermédio de Diego de Oliveira.*

*Do porte ilegal de arma de fogo:*

*No dia 17 de abril de 2015, na residência situada à Rua Conselheiro João Alfredo, 125, Bairro Vila Nossa Senhora das Graças, nesta, Diego de Oliveira e Denis Wilson Rodrigues da Silva foram surpreendidos possuindo o revólver Rossi, calibre .38, numeração D278414, sem autorização desacordo com determinação legal e regulamentar.*

*Na ocasião, policiais militares chegaram até a casa de Diego e Denis a partir de informação fornecida por Rafael Esteves Martins, no sentido de que aquele (Diego) teria intermediado a compra da maconha encontrada em sua (Rafael) residência.*

*Na residência de Diego e Denis, os policiais encontraram o revólver Rossi, calibre .38, numeração D278414, R\$ 57,00 (cinquenta e sete reais) em dinheiro e objetos de procedência duvidosa relógios de pulso e 5 (cinco) aparelhos de telefone celular (IMEIs listados às pp. 26/v. E 27-IP).*

*Diego de Oliveira (p. 23-IP) confirmou ter conhecimento da existência da arma em sua residência, pontuando não ter feito ponte para o comércio de drogas entre Gabriel e Rafael, conhecidos seus.*

*Denis Wilson Rodrigues da Silva (p. 21-IP), por sua vez, assumiu a propriedade da arma, que era mantida na residência que dividia com Diego.*

*DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DOS ASSALTOS (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL) COMETIDOS POR GABRIEL MEDEIROS, TAINARA ALMEIDA BISPO E WERLLEN FERREIRA REGINALDO; E DO TRÁFICO PRATICADO POR GABRIEL MEDEIROS.*

*No mês de abril de 2015, nesta Capital, Gabriel Medeiros, Tainara Almeida Bispo e Werllen Ferreira Reginaldo associaram-se em bando armado, para o fim de cometer crimes.*

*No dia 16 de abril de 2015, no período noturno, na Rua Júpiter, esquina com a Rua Plutão, próximo à Orla Morena, nesta Capital, Gabriel Medeiros, Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, contra as vítimas Alison Fernando Vieira Morais e Ludy Henrique da Silva Fernandes, subtraíram 1 (um) celular iPhone 5C, verde, e 1 (um) celular Motorola Moto G.*

*No mesmo dia (16 de abril de 2015), no período noturno, na Rua Rui Barbosa, n. 1.320, Monte Libano, nesta Capital, Gabriel Medeiros, Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, contra as vítimas Douglas Moreira Fernando e Aline Weiller de Medeiros, subtraíram um celular Samsung Galaxy S4, branco, um celular Samsung Galaxy S3, branco, um relógio, preto, uma corrente de ouro, um relógio, dourado, e uma carteira com quantia em dinheiro e documentos pessoais de Aline.*

*Ainda no dia 16 de abril de 2015, no período noturno, na Rua Ricardo Franco, na Vila Sobrinho, nesta Capital, Gabriel Medeiros, Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, contra João Carlos Malta Baldo Marelli, subtraíram um celular Motorola Moto G, azul.*

*No dia 17 de abril de 2015, no período noturno, na residência situada à Rua Santo Augustinho, 211, Santa Luzia, nesta, Gabriel Medeiros foi surpreendido mantendo em depósito 4 (quatro) porções de maconha, com peso de 814,0 g (oitocentos e quatorze gramas)<sup>2</sup>, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Na ocasião, Gabriel, na condução da Honda Tornado, vermelha, placa JJS-0118, de propriedade de Rafael, e Werllen e Tainara na Honda 125, azul, conduzida por Werllen, iniciaram a sequência de assaltos na região da Orla Morena, onde subtraíram os celulares de Alison Fernando Vieira Morais e Ludy Henrique da Silva Fernandes; passaram, então, no Jardim Monte Libano, onde subtraíram os celulares de Douglas Moreira Fernando e Aline Weiller de Medeiros; e, por fim, na Vila Sobrinho, abordaram, anunciaram o assalto e subtraíram o celular de Carlos Malta Baldo Marelli.*

*Todos os assaltos foram cometidos em concurso de pessoas Gabriel vinha com a moto vermelha e Werllen e Tainara na moto azul e com emprego de arma de fogo (não localizada até o momento).*

*As características dos criminosos e de uma das motocicletas utilizadas nos delitos (Honda Tornado, vermelha, placa JJS-0118) foram repassadas à Polícia Militar, que chegou até a casa de Rafael Esteves Martins, proprietário da motocicleta, situada à Rua Sargento Hércules Santos de Campos, 145, Coophasul, nesta.*

*Nesta residência, os policiais visualizaram a Honda Tornado, vermelha, placa JJS-0118, estacionada em frente ao apartamento.*

*Ademais, foram encontrados um tablete de maconha, com peso de 358 g, três ampolas de anabolizantes, além de 3 (três) celulares, um tablet, um capacete, R\$ 20,00 (vinte reais) em espécie e um rolo de plástico.*

*Nessa ocasião, Rafael informou que havia emprestado sua moto para Gabriel, que foi encontrado na casa situada à Rua Santo Augustinho, 211, Santa Luzia, nesta, onde, no quarto onde ele estava, os policiais encontraram 4 (quatro) porções de maconha, com peso de 814,0 g (oitocentos e quatorze gramas)<sup>3</sup>, além de uma máquina fotográfica, rosa, documentos em nome de Gabriela dos Santos da Rocha, vítima de roubo (boletim de ocorrência n. 1.175/2015 da 2ª DP), 4 (quatro) aparelhos de telefones celulares dois Samsung, um Motorola e um sem marca aparente (IMEIs à p. 25-IP). Ademais, no fundo*

*do quintal da residência, foi encontrado 1 (um) capacete e a motocicleta Honda Biz, placa HSV-3706, produto de roubo, narrado no boletim de ocorrência n. 5.442/2015 da DEPAC.*

*Indagado sobre a origem dos objetos, Gabriel admitiu tê-los subtraído no dia anterior (16 de abril de 2015), em companhia de Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo.*

*Na residência de Werllen e Tainara (Rua Santa Efigênia, n. 8, bairro Santa Luzia, nesta), os policiais encontraram 6 (seis) celulares dois Samsung, um Nokia, um Alcatel, um Sony e um Apple (IMEIs à p. 26-IP) além da motocicleta Honda 125, azul, placa CGY-1039, utilizada nos assaltos, e dois capacetes, preto.*

*João Carlos Malta Baldo Marelli, de 12 (doze) anos (p. 11), Douglas Moreira Fernando (p. 12), Aline Weiller de Medeiros (p. 13) e Alison Fernando Vieira Morais (p. 14) reconheceram Gabriel Medeiros, Tainara Almeida Bispo e Werllen Ferreira Reginaldo como sendo os autores do delito.*

*Gabriel Medeiros (pp. 16/17-IP) confessou a autoria dos assaltos, declinando tê-los praticado em companhia de Tainara e Werllen. Pontuou que Rafael proprietário da moto Honda Tornado não tinha conhecimento da prática dos crimes.*

*Da mesma forma, Tainara Almeida Bispo (pp. 20/21-IP) e Werllen Ferreira Reginaldo (pp. 18/19-IP) também confirmaram a prática dos assaltos.”*

Diante desses fatos, os acusados foram denunciados pelo cometimento dos delitos de tráfico de drogas, roubo agravado e por estar mantendo em depósito para venda medicamentos sem o devido registro na ANVISA e sem licença, previstos, respectivamente, no art. 157, § 2º, II, art. 273, § 1º - B, I e VI, do Código Penal e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Realizados os procedimentos processuais, sobreveio sentença que condenou Rafael Esteves Martins pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/2006; Gabriel Medeiros pela prática do crime de roubo e tráfico de drogas, previstos, respectivamente, nos arts. 157, § 2º, II, do Código Penal e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo pela prática do crime de roubo, previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, absolvendo-os também pela prática do crime de manter em depósito para venda de medicamentos sem o devido registro e pelo crime de quadrilha, previstos, respectivamente, no art. 273, § 1º-B e art. 288, ambos do Código Penal.

Rafael Esteves Martins foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/2006.

Gabriel Medeiros foi condenado à pena de 13 (treze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 556 (quinhentos e cinquenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, c/c art. 71, *caput*, em concurso material com o art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Werllen Ferreira Reginaldo foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto e ao pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, c/c art. 71, *caput*, ambos do Código Penal.

Tainara Almeida Bispo foi condenada à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto e ao pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal, c/c art. 71, *caput*, ambos do Código Penal.

Em razão disso, o órgão acusador e os condenados interpuseram recursos.

Passo, então, ao exame dos recursos interpostos, de forma compartimentada.

Do recurso interposto pelo Ministério Público.

Pretende o Ministério Público Estadual a condenação do réu Rafael Martins nas penas do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 273, § 1º - B, I e VI, do Código Penal, porque, segundo a denúncia, no dia 17 de abril de 2015, o apelado Rafael foi surpreendido mantendo em depósito um tablete de maconha, com peso de 358 (trezentos e cinquenta e oito gramas) e mantendo em depósito, para vender, produtos sem registro na ANVISA e adquiridos de estabelecimento sem licença (anabolizantes).

Passo ao exame, primeiramente, da pretensão de condenação de Rafael Martins nas penas do art. 273, § 1º-B, I e VI, do Código Penal.

O Magistrado da origem, como relatado, absolveu o denunciado acima referido, pela prática do crime em questão, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

*“Em relação, todavia, ao delito previsto no artigo 273, § 1º, B, do CP, a absolvição do acusado por insuficiência de provas é medida impositiva.*

*O que este tipo penal incrimina é a conduta de quem “importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado”, o que, em nenhuma de suas modalidades, restou comprovado in casu.*

*O que foi dito pelo acusado – e não restou desfirmado por nenhuma prova em sentido contrário – é que os anabolizantes apreendidos em sua residência, todos de origem estrangeira (produtos adquiridos no Paraguai e longe do controle da autoridade sanitária competente, pelo que se extrai do predito laudo pericial), se destinavam ao seu próprio consumo, o que não leva ao reconhecimento da prática da conduta ilícita em tela.*

*Os dois policiais militares já mencionados alhures, nada trouxeram de relevante acerca desta imputação, conforme se infere, sobretudo, aos 7’15” (Renato) e aos 5’38” (Larissa) de seus depoimentos judiciais.*

*Uma das testemunhas de defesa, qual seja, Manoel, também ratifica a indicação de que o réu fazia uso de anabolizantes, conforme se extrai de seu depoimento judicial ao 1’24”.*

*Se tudo isto não bastasse, tem-se que o próprio preceito secundário deste tipo penal, que prevê a “absurda” pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa, é manifestamente inconstitucional, porquanto fere, fere de morte, o princípio da proporcionalidade, que é um dos mais relevantes em sede de fixação dos limites mínimos e máximos para os tipos penais. Em diversos precedentes vários Tribunais, dentre os quais o C. STJ, já deixaram consignado que a citada sanção trazida por este tipo penal é inconstitucional, fazendo com que, quando o crime ocorra, lhe seja aplicada a pena prevista para o crime de tráfico de drogas. Neste sentido, à guisa de ilustração, o C. STJ, por sua Corte Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade no HC 239363/PR, da relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, aos 26.2.15, decidiu:*

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.*

*Desta forma, ainda que houvesse prova da prática, pelo réu, do delito ora em enfoque, a pena a que estaria sujeito seria àquela prevista no artigo 33, caput, da Lei de*

*Drogas, sem prejuízo, muito pelo contrário, de reconhecimento de crime único, com pena única, em relação a esta conduta com a daquela referente ao tráfico de cannabis.”*

A denúncia narra que o réu estava transportando para venda medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente e de procedência ignorada. (destaquei).

O art. 273 do Código Penal, e seus parágrafos, alterado pela Lei 9.677/1998, traz como condutas típicas:

*“(...) falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.*

*§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.*

*(...) § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:*

*I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;*

*(...) V - de procedência ignorada.”*

O crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no art. 273 do Código Penal, traz como delito equiparado, as condutas previstas no § 1º e § 1º - B, acima transcritos.

Como estabelece o art. 273, § 1º, do Código Penal:

*“(...) nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.”*

Pelos dispositivos legais em comento é punida a conduta daquele que importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produto sem o devido registro no órgão de vigilância sanitária, quando lhe é exigível.

Em análise ao núcleo do tipo, assenta a doutrina:

*“Importar (trazer algo de fora para dentro do País); vender (alienar por certo preço); expor à venda (colocar à vista com o fim de alienar a certo preço); ter em depósito para vender (manter algo guardado com o fim de alienar a certo preço); distribuir (dar para várias pessoas em várias direções ou espalhar); entregar a consumo (passar algo às mãos de terceiros para que seja ingerido ou gasto).<sup>1</sup>*

Das provas do processo, não há como se concluir que o apelante tenha, de fato, vendido, exposto à venda, mantido em depósito para venda, distribuído ou entregue a consumo, medicamentos falsificados ou sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, condutas exigidas pelos tipos penais, assim como tenha realizado qualquer um dos outros verbos núcleos do tipo penal.

Pelo que se verifica do processo, o acusado Rafael estava mantendo em depósito 3 (três) frascos de anabolizantes, dizendo que era para seu próprio consumo. A pequena quantidade da substância encontrada não é indicativo de que estaria mantendo em depósito para venda.

<sup>1</sup> Nucci, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª ed. P.1086.

Como bem ponderado pelo Magistrado sentenciante:

*“O que foi dito pelo acusado- e não restou desfirmado por nenhuma prova em sentido contrário – é que os anabolizantes apreendidos em sua residência, todos de origem estrangeira (...), se destinavam ao seu próprio consumo, o que não leva ao reconhecimento da prática da conduta ilícita em tela.”*

A corroborar a alegação do acusado Rafael está o depoimento da testemunha Manoel Antônio (fls. 594-595) que corrobora a alegação do réu afirmando que ele fazia uso de anabolizantes.

Pelo que se deduz dos autos, não houve a prática dos verbos núcleos do tipo penal em comento (importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender, distribui ou entrega a consumo).

A dinâmica fático probatória não autoriza a condenação e nem há prova concreta da destinação comercial dos produtos apreendidos.

Se inexistem provas sólidas para a formação do convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação, a absolvição é medida mais adequada, pelo que fica mantida a sentença nesse ponto.

O Ministério Público pretende, ainda, o afastamento do privilégio concedido ao réu Rafael, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado).

O apelante defende que o condenado Rafael não faz jus ao reconhecimento da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

A minorante se destina ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à traficância.

Cabe salientar que para que o réu possa fazer jus ao benefício da diminuição, deverão estar presentes 4 (quatro) requisitos cumulativos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; e d) não integração de organização criminosa.

Os últimos requisitos - não dedicação às atividades criminosas e não integração de organização criminosa - a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado a respeito do que pode ser entendido por “se dedicar às atividades criminosas” e “integrar organização criminosa”.

Analisando o presente caso, verifica-se que na sentença o magistrado utilizou o seguinte fundamento para justificar a concessão da questionada causa de diminuição:

*“De outro lado, das certidões acostadas às fls. 472-474, verifico que o réu é primário e de bons antecedentes (sem notícia alguma de anterior condenação por qualquer tipo de delito), além de não haver indicação alguma de ser envolvido em organização criminosa (sequer por associação criminosa foi denunciado) ou dedicado à prática de atividades ilícitas, o que faz com que tenha direito ao reconhecimento da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.”*

A doutrina de Renato Marcão, bem esclarece as razões dessa causa de diminuição:<sup>2</sup>

*“A previsão [do §4º do art. 33] é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime.*

2 MARCÃO, Renato. *Tóxicos – Anotadas e Interpretada*. 8ª Edição. 2011. Pág. 184.

*Sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o néofito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez.*

*Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico. Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo §4º, e ‘a minorante em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que faz do tráfico o seu meio de vida’.*”

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar a conduta social do agente, devem ser apuradas as circunstâncias em que o crime de tráfico de drogas se desenvolveu.

Colhe-se dos autos que em razão de diligência da Polícia, em decorrência de “onda de roubos ocorridos em locais próximos e noticiados pelas vítimas via CIOPS”, por informação e checagem de placa de uma motocicleta utilizada na prática dos crimes, deslocaram-se até o endereço vinculado à placa da referida moto, onde foi identificado como morador o acusado Rafael, e em revista na residência, foi encontrado 1 (um) tablete de maconha de 358 (trezentos e cinquenta e oito) gramas.

Percebe-se que inexistem nos autos indicativos de que o acusado Rafael estava se dedicando à atividade criminosa ou mesmo que fizesse parte de organização criminosa. O que se verifica é que em razão de diligências da polícia para a investigação de crime de roubo, foi localizada a residência do acusado e lá encontrada a droga. Isso é o que existe nos autos, nada mais sendo demonstrado.

Portanto, deve ser mantido o benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

O Ministério Público requer, ainda, a condenação dos acusados Gabriel Medeiros, Tainara Almeida Bispo e Werllen Ferreira Reginaldo, como incurso nas penas do art. 288, parágrafo único, do Código Penal e o reconhecimento da majorante do emprego da arma, prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque segundo a denúncia os acusados iniciaram sequência de assaltos na região da Orla Morena, onde subtraíram os celulares das vítimas indicadas na peça acusatória, em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo.

Narra a denúncia ainda que os acusados se associaram em bando armado para o fim de cometerem crimes de roubo.

Com relação ao emprego da arma de fogo, o Magistrado da origem assevera que:

*“Em relação ao emprego de arma, é preciso salientar que o réu e seus comparsas negaram terem feito dita utilização quando das abordagens, o que não foi desfirmado por prova robusta em sentido contrário.*

*As próprias vítimas, quando ouvidas, apenas indicam que o réu levou uma das mãos à cintura durante as abordagens, mas que efetivamente não viram arma alguma em poder dele.*

*Nem mesmo a vítima Alisson, que na polícia fez referência ao emprego de arma por parte deste acusado, confirmou, em juízo, esta versão, ao contrário, tal como se infere de aos 6’22” de suas declarações.*

*Esclareço que a posterior apreensão de “uma arma de fogo” pela polícia na residência de outros corréus (Diego e Denis) não é suficiente, obviamente, para demonstrar*

*que nos roubos em tela e pelos réus acusados por estes delitos contra o patrimônio, o emprego da arma aconteceu.*

*Desta forma, por ausência efetiva de prova do emprego de arma quando dos assaltos em enfoque, com comprovação, tão só, de “simulação de seu porte”, o afastamento desta majorante é obrigatório.*

*Neste sentido, para ilustrar, transcrevo:*

*A simulação do agente quanto ao uso de arma, se é hábil para caracterizar a ameaça identificadora do crime de roubo, não o é para justificar a admissão da forma qualificada, que reclama a presença efetiva da arma no seu sentido real (TACRIM-SP – AC - Rel. Canguçu de Almeida – JUTACRIM 87/310).*

*Considerando-se que inexistiu qualquer arma, a simples imaginação do ofendido ante o gesto de ameaça (levar a mão sob a camisa) não caracteriza a causa especial de aumento – uso de arma – embora tipifique o ofendido ante o gesto de ameaça (levar a mão sob a camisa) não caracteriza a causa especial de aumento – uso de arma – embora tipifique o roubo simples (TACRIM-SP – AC – Rel. Rubens Gonçalves – RT 682/366).*

*Sem exibição não existe emprego de arma. Se a arma, quer falsa ou verdadeira, não for exibida não se pode falar em qualificadora do emprego de arma em delito de roubo (TACRIM-SP – AC – Rel. Fortes Barbosa – JUTACRIM 90/266).”*

Não se pode esquecer que a grave ameaça demonstrada pelo comportamento intimidador dos acusados e por simulação de porte de arma de fogo, configura o roubo simples, não sendo capaz de agravar o crime, já que não foi demonstrada a exteriorização do efetivo uso da arma, nem seu porte extensivo.

O porte simulado de arma caracteriza o crime de roubo, em razão da grave ameaça. No entanto, não pode também servir, no mesmo contexto fático, como ocorre na hipótese dos autos, para implicar o aumento de pena, pois pelo prova constante dos autos, não se operou o efetivo emprego da arma, como noticiado pelo próprio órgão acusador, na peça inicial acusatória.

Por isso, fica mantida a condenação dos acusados por crime de roubo agravado, na forma prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

O Ministério Público requer ainda a condenação dos acusados, nas penas do art. 288, parágrafo único do Código Penal (quadrilha).

O Magistrado da origem não acolheu essa pretensão ministerial, sob o seguinte fundamento:

*“(...) diz a denúncia que este corréu teria se associado aos corréus Tainara e Werllen, no mês de abril de 2015, em bando armado, para o fim de cometer crimes.*

*Da prova coligida, todavia, não houve a efetiva demonstração de que os três citados corréus uniram-se de maneira estável, habitual e duradora com o intuito de cometerem crimes, mas, isto sim, que pontualmente, entre os dias 16/17 de abril do ano pretérito, teriam, em concurso de agentes e em continuidade delitiva, praticado roubos.*

*Há que não se confundir “continuidade delitiva”, que é o caso dos autos, com o delito autônomo de associação criminosa.*

*O simples fato de três ou mais pessoas cometerem mais de um delito em conjunto – mesmo porque a continuidade exige esta pluralidade – não revela, por si só, o cometimento do ilícito tipificado no artigo 288 do CP. Para este é necessário que se demonstre, com*

*robustez, o vínculo associativo, o animus de se associar, e isto só se aperfeiçoa com a comprovação de que a dita união entre os agentes era, tal como exposto, habitual, estável e permanente.*

*Em elucidativo julgado, o então Tribunal de Alçada de São Paulo, bem delineou a questão, distinguindo, precisamente, associação criminosa (então formação de quadrilha ou bando) e continuidade delitiva, verbis:*

*Prática de uma série de roubos pelos mesmos delinquentes. Delito não configurado. A formação da quadrilha ou bando exige reunião estável ou permanente para o fim de perpetração de uma série de crimes. Não é de confundir-se uma coisa (societas delinquendi) com outra (societas in crimine), ainda no caso em que a co-participação ocorra em crime continuado, pois, em tal hipótese, inexistente organização estável entre os co-autores (TACRIM-SP – AC – Rel. Albano Nogueira – JUTACRIM 46/342).*

*No caso em tela não há indicação, por exemplo, de que estes três acusados (Gabriel, Tainara e Werllen) teriam, em conluio, se envolvido em outros delitos, semelhantes ou não, além dos roubos que constam da denúncia; não consta, de igual modo, nenhuma referência efetiva (interceptação telefônica; delações; apreensão de documentos etc) de que já tivessem se reunido em qualquer outra data, em qualquer outra circunstância, para planejarem a execução de mais delitos.*

*Mesmo a suspeita do envolvimento do corréu Gabriel em outros delitos de roubo não aponta para, em conjunto com ele, o também envolvimento de Tainara e Werllen, como se extrai, por exemplo, das declarações/reconhecimentos levados a efeito no inquérito policial por Gabriella dos Santos Rocha (fls. 144/145 e ) e Erivalto do Nascimento (fls. 148/149, 150/151 e 154/155), enfraquecendo, “e não reforçando”, a suspeita da existência da apontada societas delinquendi.*

(...)

*Vale, no mais, por serem idênticas as situações, todas as referências feitas ao réu Gabriel em relação aos crimes de roubo e associação criminosa, tanto no que tange ao afastamento da majorante do emprego de arma e reconhecimento da do concurso de agentes, como o do número de delitos (cinco) e do tipo de concurso (continuidade delitiva) entre eles a serem levados em conta (isto em relação ao roubo), bem como a absolvição, por falta de provas suficientes a respeito, do crime de associação criminosa qualificado. (...)*

Deve ser assentado que o crime de quadrilha exige uma associação estável e permanente de mais de três pessoas para a prática de delitos em geral.

As vítimas noticiam a atuação de três pessoas somente. Não restou demonstrado nos autos a associação permanente dos acusados.

Na hipótese dos autos restou configurado o concurso de pessoas. Os acusados reuniram-se para a prática dos crimes de roubos, como bem delineado pelo Magistrado sentenciante na sentença, o que deve ser mantido.

Dos recursos defensivos.

Gabriel Medeiros pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal. Por fim, prequestiona a matéria em discussão.

Werllen Ferreira Reginaldo pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da menoridade e da confissão espontânea, com a redução da pena aquém do mínimo legal.

Tainara Almeida Bispo pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição. Alternativamente, requer a redução da pena-base em seu mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da menoridade e da confissão espontânea, com a redução da pena aquém do mínimo legal.

Por se tratarem de pleitos comuns, passo ao exame dos recursos defensivos de forma conjunta porque referente às matérias correlacionadas.

Do pedido de absolvição formulados pelos condenados.

O julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

Verifica-se que o suporte fático probatório é suficiente para ensejar um juízo condenatório, haja vista que são capazes de evidenciar a materialidade e autoria dos delitos de roubo e tráfico de drogas.

A prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação. As provas formam um Juízo de certeza acerca da ocorrência do delito e no que se refere à atuação dos apelantes em questão. Vejamos:

Na fase investigativa, o testemunho dos policiais Renato Alexandre Zanoni (fls. 13-18 e fls.594-595) e Larissa Melgarejo Zapata (fls. 21-26 e fls. 594-595), somado ainda está com o depoimento das vítimas que narraram com detalhes a ação criminosa e as características dos acusados, reconhecendo-os.

Em juízo, no mesmo sentido, foram os depoimentos das testemunhas acima em comento, somados à confissão do acusado Gabriel Medeiros e do corréu Werllen Ferreira, sobretudo diante da apreensão de parte dos objetos roubados na residência de Werllen e Tainara.

Desse modo, em vista dos elementos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso.

O testemunho dos policiais é prova testemunhal válida e coesa que, inclusive, foi confirmada em Juízo.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado que bem se coaduna com o caso dos autos:

*“HABEASCORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. 1.(...)2. De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos. (...) 5. Ordem denegada.”<sup>3</sup> (grifo meu).*

Da mesma forma, a condenação de Gabriel pelo cometimento do crime de tráfico de drogas. O crime do art. 33 é crime de ação múltipla, ou seja, prevê mais de uma conduta, de forma alternativa, contemplando

3 HC 98766 / SP Relator(a) Ministro OG Fernandes Órgão Julgador T6 - Sexta Turma Data da Publicação/Fonte DJe 23/11/2009

cinco condutas a norma incriminadora, quais sejam, a conduta de adquirir (ato de aquisição da droga, da propriedade ou da posse); de guardar (tornar oculta a droga, zelar pela clandestinidade); de ter em depósito (manter a droga sob seu domínio, em condições de pronto alcance); de transportar (deslocar de um local para outro); de trazer consigo (portar a droga em local de fácil acesso).

Nesse passo, incorrer em qualquer das modalidades (condutas), resta configurado o crime de tráfico ilícito de drogas previsto no art. 33 da lei especial.

Na casa e no quarto onde estava Gabriel foi encontrada porções de maconha com peso de 814, 00 (oitocentos e quatorze) gramas.

Consta dos autos ainda o depoimento de Rafael afirmando que adquiriu a droga apreendida em sua residência, pelo que também foi condenado, com o réu Gabriel (fls. 594-595).

Enfim, como a prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação quanto ao crime de tráfico de drogas, a condenação, nesse ponto, deve ser mantida.

Do pedido de redução da pena-base formulado pelos condenados.

Para o exame do pleito recursal, hei por bem colacionar o trecho da sentença, onde foi aventada a fundamentação no tocante à dosimetria da pena:

*“A) Do réu Rafael*

*Da pena*

*Da pena base*

*Considerando que a culpabilidade do réu foi de intensidade comum ao tipo; que tal como já exposto, não registra antecedentes criminais (meros processos em trâmite ou que já tenham sido movidos contra ele, sem notícia de condenação, não podem macular seus antecedentes, no mesmo sentido do que dispõe a Súmula 444 do STJ); que nada há de concreto que possa macular sua conduta social ou personalidade; que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil, à custa da saúde alheia, quiçá com o intuito de satisfazer o próprio vício; que as circunstâncias e consequências estão dentro da normalidade típica; assim e atento ao disposto nos artigos 59 do CP (já apreciado) e 42 da Lei de Drogas (dando ênfase à natureza da droga, maconha, deixando a quantidade, para obstar bis in idem, para a última etapa da dosimetria), fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos (por falta de indicação mais precisa da capacidade econômica do acusado).*

*Das atenuantes e agravantes*

*A pena fica inalterada nesta fase, visto que não há agravantes e que a atenuante presente, a da confissão, não tem o condão de levar a pena para patamar aquém do mínimo previsto para o tipo, na linha do entendimento adotado pelo STJ na Súmula 231, com cujo entendimento comungo.*

*Das minorantes e majorantes/pena definitiva*

*Não há majorantes. Presente, de outro lado, a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, razão pela qual, e dando atenção à quantidade de droga apreendida (mais de 300 gramas de maconha), reduzo a pena antes fixada em ½ (patamar intermediário*

*dentre os admitidos na hipótese), deixando a reprimenda definitiva fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão E 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos.*

*(...)*

*“B) Do réu Gabriel*

*B.1) Dos crimes de roubo majorado (idêntica para os cinco crimes, já que as condições e circunstâncias são iguais).*

*Da pena*

*Da pena base*

*Considerando que a culpabilidade do réu foi de intensidade comum ao tipo; que registra antecedentes criminais (com ao menos três condenações definitivas antes dos fatos em tela, com uma delas gerando sua reincidência e as outras aqui consideradas); que nada há de concreto que possa macular sua conduta social ou personalidade (condenações anteriores já serviram para macular os antecedentes ou gerar a reincidência); que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil, à custa do sacrifício alheio, ou seja, dentro da normalidade do tipo; que as circunstâncias e consequências estão dentro da normalidade típica; que o comportamento das vítimas não concorreu para o crime; assim e atento ao disposto no artigo 59 do CP, fixo a pena base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos (por falta de indicação mais precisa da capacidade econômica do acusado).*

*Das atenuantes e agravantes*

*Presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea que, no caso concreto, devem ser compensadas, pelo que se extrai do artigo 67 do CP, até porque a confissão não foi prova isolada ou decisiva para o decreto condenatório e a reincidência é por delito de outra natureza, ficando a pena inalterada nesta fase.*

*Das minorantes e majorantes/pena final para este delito*

*Presente a majorante decorrente do concurso de agentes e ausentes minorantes, motivo pelo qual elevo a pena em 1/3 (uma única majorante e quantidade de agentes pouco acima do mínimo, foram 3 corréus), e a torno definitiva, para cada roubo, em 6 (seis) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.*

*Pela continuidade delitiva, e guiando-me pelo critério da proporcionalidade (quanto maior o número de delitos, maior o acréscimo da pena), elevo a pena sobre qualquer dos roubos (eis que todas idênticas), em 1/3, e a torno definitiva para este delito em 8 (oito) anos de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.*

*(...)*

*B.2) Do tráfico de drogas*

*Da pena base*

*Considerando que a culpabilidade do réu foi de intensidade comum ao tipo; que tal como já exposto, registra antecedentes criminais; que nada há de concreto que possa*

*macular sua conduta social ou personalidade; que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil, à custa da saúde alheia, ou seja, dentro da normalidade para o tipo; que as circunstâncias e consequências estão dentro da normalidade típica; assim e atento ao disposto nos artigos 59 do CP (já apreciado) e 42 da Lei de Drogas (dando ênfase à natureza da droga, maconha, e à sua quantidade, pouco mais de 800 gramas), fixo a pena base em 5 (cinco) anos e 1 (um) mês de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos (por falta de indicação mais precisa da capacidade econômica do acusado).*

#### *Das atenuantes e agravantes/pena definitiva para este delito*

*Presente a majorante da reincidência e ausentes atenuantes, motivo pelo qual, e levando em conta que a reincidência é por delito de outra natureza, elevo a pena em 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias-multa, e a torno definitiva em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 530 (quinhentos e trinta) dias-multa.*

#### *B.3) Do concurso material (roubos e tráfico)/pena definitiva*

*Aplicando o que dispõe o artigo 69, caput, do CP, no atendimento mais lógico e razoável (soma das penas finais de cada delito, após a operação de continuidade havida no roubo), a pena final do réu fica fixada em 13 (treze) anos e 3 (três) meses de reclusão e 556 (quinhentos e cinquenta e seis) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos.*

*Para fins de progressão, considerando que o réu é reincidente, será observado o patamar de 3/5 para o tráfico e 1/6 para os roubos.*

#### *Do regime prisional*

*Pela reincidência e maus antecedentes do réu e, ainda, pela quantidade final de pena, o regime prisional é o inicialmente fechado, que não se altera mesmo com eventual detração penal (a prisão, que dura pouco mais de 8 meses, é bem inferior aos patamares necessários para eventual progressão).”*

*(...)*

#### *Do réu Werlle*

*1. Da pena (idêntica para todos os roubos, eis que as circunstâncias e condições foram as mesmas).*

#### *1) Da pena base*

*Considerando que a culpabilidade do réu foi de intensidade comum ao tipo; que não registra antecedentes criminais (tal como já exposto alhures, sem notícia de ter sofrido qualquer condenação anterior aos fatos em tela); que nada há de concreto que possa macular sua conduta social ou personalidade (condenações anteriores já serviram para macular os antecedentes ou gerar a reincidência); que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil, à custa do sacrifício alheio, ou seja, dentro da normalidade do tipo; que as circunstâncias e consequências estão dentro da normalidade típica; que o comportamento das vítimas não concorreu para o crime; assim e atento ao disposto no artigo 59 do CP, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos (por falta de indicação mais precisa da capacidade econômica do acusado).*

*1. Das atenuantes e agravantes.*

*Presentes as atenuantes da confissão e da menoridade relativa de 21 anos e ausentes agravantes; a pena, todavia, resta inalterada nesta fase, na linha do entendimento adotado pela Súmula 231 do STJ, com cujo entendimento comungo (é tarefa do legislador fixar os patamar mínimos e máximos para os tipos penais).*

*Das minorantes e majorantes/pena final*

*Presente a majorante decorrente do concurso de agentes e ausentes minorantes, motivo pelo qual elevo a pena em 1/3 (uma única majorante e quantidade de agentes pouco acima do mínimo, foram 3 corrêus), e a torno definitiva, para cada roubo, em 5 (cincos) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.*

*Pela continuidade delitiva, e guiando-me pelo critério da proporcionalidade (quanto maior o numero de delitos, maior o acréscimo da pena), elevo a pena sobre qualquer dos roubos (eis que todas idênticas), em 1/3, e a torno definitiva em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão E 17 (dezessete) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos.”*

*(...)*

*D) Da ré Tainara*

*1) Da pena (idêntica para todos os roubos, eis que as circunstâncias e condições foram as mesmas)*

*1) Da pena base*

*Considerando que a culpabilidade do réu foi de intensidade comum ao tipo; que não registra antecedentes criminais (tal como já exposto alhures, sem notícia de ter sofrido qualquer condenação anterior aos fatos em tela); que nada há de concreto que possa macular sua conduta social ou personalidade (condenações anteriores já serviram para macular os antecedentes ou gerar a reincidência); que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil, à custa do sacrifício alheio, ou seja, dentro da normalidade do tipo; que as circunstâncias e consequências estão dentro da normalidade típica; que o comportamento das vítimas não concorreu para o crime; assim e atento ao disposto no artigo 59 do CP, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos (por falta de indicação mais precisa da capacidade econômica do acusado).*

*2) Das atenuantes e agravantes*

*Presentes as atenuantes da confissão e da menoridade relativa de 21 anos e ausentes agravantes; a pena, todavia, resta inalterada nesta fase, na linha do entendimento adotado pela Súmula 231 do STJ, com cujo entendimento comungo (é tarefa do legislador fixar os patamar mínimos e máximos para os tipos penais).*

*3) Das minorantes e majorantes/pena final*

*Presente a majorante decorrente do concurso de agentes e ausentes minorantes, motivo pelo qual elevo a pena em 1/3 (uma única majorante e quantidade de agentes pouco acima do mínimo, foram 3 corrêus), e a torno definitiva, para cada roubo, em 5 (cincos) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.*

*Pela continuidade delitiva, e guiando-me pelo critério da proporcionalidade (quanto maior o número de delitos, maior o acréscimo da pena), elevo a pena sobre qualquer dos roubos (eis que todas idênticas), em 1/3, e a torno definitiva em 7 (sete) anos, 1 (um) mês E 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos.”*

O réu Gabriel Medeiros insurge-se contra a pena aplicada pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, se insurgindo especificamente com a elevação da pena-base em razão da quantidade e natureza da droga apreendida.

Examinando a sentença prolatada, verifica-se que o magistrado sentenciante exasperou a pena-base pelo cometimento do crime de tráfico de drogas em 1 (um) mês e 10 (dez) dias-multa acima do mínimo legal.

Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa da circunstância judicial referente aos antecedentes criminais e fez menção à natureza e à quantidade da droga apreendida.

Bem se sabe que no âmbito dos delitos penais previstos na Lei 11.343/06, o julgador, ao fixar a pena na primeira fase da dosimetria, deverá considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Essa, aliás, é a inteligência expressa do art. 42 da Lei de Drogas.

Não se olvide que a natureza e a quantidade da droga, é circunstância judicial específica que justifica a exasperação da pena-base para além do mínimo legal.

Acrescente-se ainda, que não há um critério objetivo para a exasperação da pena-base, até porque essa dosagem está relacionada a fatos concretos relacionados à conduta criminosa e à pessoa do acusado.

Prevalece que o julgador tem certa margem de discricionariedade para realizar a dosimetria da pena, desde que seja respeitado um critério proporcional e lógico, adequado ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Convém ponderar que, no tocante à fixação da pena-base, não houve qualquer desproporcionalidade capaz de ensejar a redução da sanção penal estabelecida no âmbito da primeira etapa da dosimetria penal, eis que a elevação da pena em 1 (um) mês e 10 (dez) dias multa acima do mínimo legal é adequada e suficiente, diante da presença aliás da circunstância judicial referente aos antecedentes criminais.

Desse modo, deve ser mantida a pena-base fixada pelo Magistrado sentenciante, eis que atingirá a finalidade da pena, qual seja a reprovação e prevenção do crime de tráfico de drogas praticado pelo ora apelante Gabriel Medeiros.

Os réus Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo se insurgem com a pena aplicada, requerendo a redução ao mínimo legal.

Os apelantes em questão, de forma comum, pelo mesmo advogado, ainda que em recursos apresentados de forma separada, insurgem-se contra a sentença, pugnando pelo reconhecimento das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea e pelo afastamento da agravante da reincidência.

No entanto, quanto ao reconhecimento da atenuante da menoridade e da confissão espontânea, resta prejudicado o exame do pleito recursal formulado por esses apelantes, pelos seguintes fundamentos:

Verifica-se que na dosimetria da pena, na 1ª fase, o Magistrado sentenciante manteve a pena-base no mínimo legal.

Na 2ª fase, apesar de reconhecer as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, manteve a pena intermediária, nesse mesmo patamar, com fundamento na Súmula 231 do STJ.

Não se olvide que a menoridade relativa e a confissão espontânea são atenuantes genéricas estabelecida pelo art. 65, inciso I e III, “d”, do Código Penal. Daí, como bem se sabe, nessa condição, o abrandamento da pena, diante de atenuantes dessa natureza, deve observar o limite mínimo abstratamente cominado pelo tipo penal.

Ora, é princípio geral do direito penal que o Juiz 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, o que comporta absoluta aplicação na situação particular.

No que se refere ao reconhecimento de agravantes, constou expressamente da sentença a sua ausência, o que torna prejudicado o recurso dos apelantes, eis que sequer reconhecida a agravante da reincidência.

Por fim, na 3ª fase, em razão do reconhecimento de uma majorante (concurso de pessoas), o patamar de aumento da pena foi estabelecida no mínimo legal, pelo que não há que se admitir qualquer exasperação nesse aumento.

Em sendo assim, fica afastado o pleito recursal de redução da pena em seu mínimo legal.

No que se refere à insurgência quanto à pena de multa, como bem se sabe, dispõe o art. 49, *caput*, parte final, do Código Penal que a pena de multa, será, no mínimo de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Estabelece ainda a lei penal que o valor de cada dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

Nessas etapas, por força do art. 60, *caput*, do Código Penal, leva-se em conta a situação econômica do réu.

O Magistrado sentenciante aplicou a pena de multa no mínimo legal.

Com efeito, estabeleceu o valor de cada dia-multa em 1/30, ou seja, também no mínimo legal, pelo que não há qualquer desproporcionalidade a ser reconhecido na insurgência posta pelos apelantes porque estabelecidas no mínimo legal, não havendo qualquer reparo a ser feito na pena aplicada porque suficiente e necessária à reprovação e prevenção pelos crimes praticados em continuidade delitiva.

Desse modo, ficam prejudicados e afastados os pleitos recursais formulados pelos apelantes Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias suscitadas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, em parte com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento aos recursos defensivos e do Ministério Público.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

É de se afastar a aplicação da diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, vez que à configuração da causa de redução em apreço faz-se necessário o preenchimento cumulativo de alguns requisitos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Embora Rafael seja primário, não restou qualquer dúvida de que se dedicava às atividades criminosas, seja em razão da quantidade de drogas apreendida – 358 g (trezentos e cinquenta e oito gramas) de maconha – seja por força dos depoimentos dos policiais que afirmaram que durante as diligências o telefone celular do acusado tocou várias vezes, com pessoas solicitando a entrega de ilícitas substâncias, reforçando que o mesmo dedicava-se à atividade criminosa mediante o sistema de disque-drogas, sendo certo que a perenidade da conduta de Rafael é extraída pelo fato de diversos usuários possuírem o número do telefone do acusado para realizar as encomendas das drogas.

Desta forma não preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, a incidência da minorante resta absolutamente inviável.

Afastada a conduta eventual, resta a pena definitiva de Rafael em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, que deverá ser cumprido no regime semiaberto, em decorrência da alteração na reprimenda e por força do disposto no art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, salientando que o estágio mais gravoso poderia ser fixado – sobretudo em razão da quantidade de droga – todavia, ante a ausência de pleito ministerial nesse sentido, não há como realizar tal recrudescimento em observância ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

Ademais, ainda como consequência da modificação da pena, fica afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no tocante a Rafael.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, apenas para afastar a diminuta do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em relação ao acusado Rafael; e, nego provimento aos recursos manejados por Gabriel Medeiros, Werllen Ferreira Reginaldo e Tainara Almeida Bispo.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Acompanho o e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, para negar provimento ao recurso ministerial e negar provimento aos recursos defensivos.

Ressalvo apenas o meu entendimento pessoal acerca da matéria ora examinada, pois entendo que o reconhecimento de atenuantes, enquanto circunstâncias que sempre atenuam a pena (art. 65, *caput*, do CP), pode levar a reprimenda aquém do mínimo abstrato, ante a falta de previsão legal impondo tal limitação e em obséquio ao mandamento constitucional da individualização da pena.

No caso concreto, entretanto, as penas intermediárias fixadas no mínimo legal revelam-se necessárias e suficientes para reprovação e prevenção dos crimes neste caso concreto.

Assim, com essa ressalva, acompanho o e. Relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do Relator. Por maioria, negaram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 11 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
**Apelação n. 0001382-49.2013.8.12.0006 - Camapuã**  
**Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME DE DANO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE SUBSTÂNCIA INFLAMÁVEL EM ÂMBITO DOMÉSTICO – ARTIGO 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II – DE OFÍCIO – ABSOLVIÇÃO – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 20, DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGO 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ACUSADO QUE AGIU SOB FALSA PERCEPÇÃO DE QUE OS BENS ERAM SOMENTE SEUS – ERRO EVITÁVEL EM TIPO QUE NÃO PREVÊ A MODALIDADE CULPOSA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – MÉRITO RECURSAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – PREJUDICADO.

Incide erro de tipo evitável, o qual exclui-se o dolo do agente em cometer a infração penal (fato atípico), que embora permita a imputação por culpa se previsto no tipo penal incriminador, não é o caso dos autos, uma vez que inexistente previsão de dano culposo consoante se extrai do artigo 163, CP.

## 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 prejudicado o recurso.

Campo Grande, 5 de julho de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação interposta por Émerson Coelho contra a sentença de f. 152-161, que o condenou, pela prática do delito previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso II, do CP, à pena de 06 (seis) meses de detenção, inicialmente em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Em razões recursais, às f. 174-178, requer a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Ao final, elabora questionamentos.

Em contrarrazões, às f. 182-189, o Ministério Público Estadual pugna pelo improvimento do apelo defensivo. Prequestiona a matéria.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 211-215, opina pelo não provimento do recurso interposto. Por fim, prequestiona a matéria.

Em despacho, às f. 217, foi dado o prazo de 10 (dez) dias para as partes se manifestarem acerca do disposto no art. 181, I, CP, em que trata da isenção de pena (imunidade absoluta), bem como do artigo 20 do CP (erro de tipo).

A Procuradoria-Geral de justiça, às f. 224-225, reitera o parecer anteriormente emitido.

Por sua vez, em manifestação, às f. 228-237, a defesa requer, em síntese, o reconhecimento da ocorrência do erro de tipo (art. 20, do Código Penal), decretando a sua absolvição com fulcro no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, o reconhecimento da presença da causa de isenção de pena prevista no art. 181, I do CP, absolvendo-o com base no art. 386, VI, segunda figura do CPP.

## VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Émerson Coelho contra a sentença de f. 152-161, que o condenou, pela prática do delito previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso II, à pena de 06 (seis) meses de detenção, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Narra a denúncia, às f. 01-03, que:

*“(...) No dia 07 de outubro de 2012, por volta das 10h40min, na Rua Ariovaldo Pereira Coelho, 118, Vila Jardim América, nesta cidade de Camapuã/MS, o denunciado, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, destruiu, inutilizou e deteriorou, com o emprego de substância inflamável, móveis pertencentes a sua ex-companheira Maria do Socorro Queiroz Almeida (...)”.*

Em razões recursais, às f. 174-178, requer a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Ao final, elabora prequestionamentos.

Em despacho, às f. 217, foi dado o prazo de 10 (dez) dias para as partes se manifestarem acerca do disposto no art. 181, I, CP, em que trata da isenção de pena (imunidade absoluta), bem como do artigo 20 do CP (erro de tipo).

O Ministério Público Estadual, às f. 224-225, reitera o parecer anteriormente emitido, porquanto dispõe o Código Penal, no art. 181, I, acerca da isenção de pena. Todavia, tal não se aplica ao caso em comento, uma vez que não se trata de “*cônjuge, na constância da sociedade conjugal*”, isto, pois, “*como se vê da denúncia, o fato foi praticado pelo apelante, contra sua ex-companheira, já estando separado da mesma.*”

Sustenta ainda quanto ao erro de tipo, “*do mesmo modo, não se aplica o art. 20, do CP, uma vez que não houve discriminação de todos os bens danificados, não se podendo precisar aquele que exatamente pertencia a ambos, ou apenas à vítima, ou apenas ao réu, sendo que este confessou o crime e tentou reparar parte do dano causado.*”, logo, “*por certo, o fato subsume-se ao tipo penal, eis que destruiu coisa alheia (...)*”.

Ao final, opina pelo improvimento do apelo defensivo, nos termos do parecer já exarado.

Por sua vez, em manifestação, às f. 228-237, a defesa requer, em síntese, o reconhecimento da ocorrência do erro de tipo (art. 20, do Código Penal), decretando a sua absolvição com fulcro no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, o reconhecimento da presença da causa de isenção de pena prevista no art. 181, I do CP, absolvendo-o com base no art. 386, VI, segunda figura do CPP.

Com efeito, entendo ser o caso de absolvição, *ex officio*, de Emerson Coelho por atipicidade da conduta (386, III, CPP) uma vez que agiu em erro (artigo 20, do CP), restando prejudicado o pleito defensivo, pelos motivos a seguir expostos:

Prevê o artigo 20, do Código Penal (erro de tipo), transcreve-se, *in verbis*:

*“Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”*

Com efeito, “*tipo é a descrição legal do comportamento proibido, ou seja, a fórmula ou modelo usado pelo legislador para definir a conduta penalmente punível. Em vez de dizer “é proibido matar”, ou “é proibido furtar”, a lei descreve, pormenorizadamente, o que é crime. Assim, o tipo do homicídio está na descrição que o art. 121 do CP dá (“matar alguém”), e o do furto é encontrado no art. 155 do CP (“subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel”). Geralmente, tais descrições são compostas só por elementos objetivos, como no exemplo do homicídio (“matar alguém”). Noutras, como no exemplo do tipo do furto, aparecem, além de elementos objetivos (“subtrair coisa móvel”, elementos normativos de dolo (“alheia”) e elementos subjetivos (“para si ou para outrem”).* Diante disto, no “conceito de dolo (CP, 18, I), este compreende a vontade e a consciência de realizar a conduta descrita no tipo penal. Assim se o sujeito pensou matar um animal, mas estava na verdade, estava matando um ser humano (“alguém”) por erro, não tinha consciência de realizar o comportamento punível. **Semelhantemente, se o agente se engana e leva embora a mala alheia em vez da própria** [adende-se aqui, que este foi o erro do caso em testilha (destruir coisa alheia como se sua fosse)], **ele não tem consciência de estar subtraindo coisa “alheia” móvel. É para regular tais hipóteses e outras semelhantes que este art. 20 dispõe que o erro (engano) sobre elemento constitutivo (seja elemento objetivo, normativo ou subjetivo) do tipo legal do crime (de sua descrição legal) exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo (CP, art. 18, II), se for previsto em lei (CP, art. 18, parágrafo único).**<sup>1</sup> - Grifei.

No caso em tela, porquanto, conforme se extrai das provas colhidas, é inconteste que o agente agiu em erro, sobretudo porque já era de sua propriedade parte dos bens móveis destruídos, bem como acreditava ser seus todos os demais adquiridos na constância da união do casal, ou seja, sua realidade era de que todos esses bens lhe pertenciam, interpretando até então que não era alheia a propriedade dos bens, vejamos:

Na fase extrajudicial, o apelante Emerson Coelho, à f. 29, alegou que:

*“(.) que, quanto aos fatos ora em apuração o declarante informa que na data dos fatos, dia da eleição, por volta das 10h00min, após uma discussão com sua ex-companheira Maria Socorro Queiroz Almeida e após o desentendimento com a partilha dos móveis da residência do casal, em momento de descontrole, o declarante danificou os móveis com um machado e os jogou no terreno e colocou fogo; que, o declarante jogou álcool nos móveis e colocou fogo; que, em seguida o declarante saiu de sua residência para não ser localizado pela polícia e se escondeu um matagal; que, após dois dias escondido voltou para o local onde trabalha; que, trabalha na Empresa D’conto Reflorestamento; que, o declarante alega que não agrediu sua ex-companheira Maria Socorro; que, naquele dia, colocou fogo nos móveis de sua casa, porque estava muito nervoso, tendo em vista que Maria não queria dividir os móveis com a separação do casal; que, após o ocorrido, o declarante que comprou alguns móveis para sua ex-companheira para amenizar a situação. (...)”.*

Na fase judicial (conforme sistema audiovisual disponível no SAJ), à f. 122, narrou que:

*“JUIZ: Me diga uma coisa, isso que tá escrito aqui, foi assim mesmo que aconteceu?”*

*RÉU: Não, Doutor Deni. Eu posso falar a minha versão?”*

*JUIZ: Pode.*

<sup>1</sup> Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Júnior, Roberto e; Almeida Delmanto, Fabio Machado. **Código Penal comentado** : acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar – e ed., rev., atual., ampl. – São Paulo : Saraiva, 2010.

*RÉU: O negócio foi o seguinte, na semana anterior, teve uma festa, aí ela pegou e foi pra festa, aí eu falei pra ela: “Vamos separar.” Porque, não dava. Ela não levava as coisas a sério, sabe. Eu sempre comprava... Os trem era tudo meu. Quando ela veio morar comigo, ela tinha 01 sacola só. Eu assumi ela, os 03 filhos dela, e tudo que eu comprei foi tudo do meu bolso. Ela nunca deu nada. Muito pelo contrário. Ela só sabia gastar. Aí eu peguei ela com outro cara. Falei pra ela: “Vamos separar. Você fica com as coisas, e só me dá a cozinha”. Pra mim poder me virar, né. Ela pegou e falou bem assim pra mim: “Não. Você é homem, você que se foda-se, você que compra outra”. Por isso que me deu raiva. Foi 08 anos numa fazenda, eu construindo, pra comprar o que nós tinha. Aí eu peguei, pensei comigo, falei: “Ah, é, você quer ficar com tudo?” Então, peguei e quebrei tudo. Tudo era meu, Doutor. Tudo. Não tinha nada dela lá. Nada. Nem as roupas que ela usava, era dela. Eu que comprei tudo. Inclusive, até hoje eu to devendo. Tudo. Então, eu não tenho mágoa dela. Eu não tenho raiva dela. Comprei tudo os trem quase tudo pra ela de novo. Entre tudo que eu comprei pra ela, ficou R\$ 8.000,00.*

*JUIZ: O senhor tá comprando, comprou depois algumas coisas dessa...?*

*RÉU: Comprei. E bastante. Comprei um monte de trem. Comprei uma estante, televisão dessas nova, grandona. Comprei jogo de cozinha com geladeira, tudo, micro-ondas, tudo.*

*JUIZ: Entregou pra ela?*

*RÉU: Aham. Pessoalmente.*

*JUIZ: Tem recibo?*

*RÉU: Ah, rapaz, acho que eu devo ter, porque eu nem cheguei a pagar ainda. To pagando ainda. E, ainda, inclusive, nós moramos mais uns 03 meses junto.*

*JUIZ: Depois desse dia?*

*RÉU: Depois disso. Ela falou que não, mas eu não podia interferir, né. Mas, nós moramos muito mais. Mais de 03 meses. Mais ainda. Aí por último agora, a hora que eu dei todo esse trem pra ela, parece que ela fez jogo meio bolado, né. Porque, aí eu não ia voltar com ela, aí ela pegou, foi lá na oficina atrás de mim, aí daí nós voltou. Só que aí depois que eu comprei esses trem pra ela, ela me pôs um pé nas costas de novo. Só que eu sai de boa. Hoje nós é amigo, normal. Não tenho raiva dela. Tudo que ela falar, eu não vou questionar ela contra nem nada. Só que a única coisa que ela mentiu foi isso, que nós voltou junto, sim. E que tudo que ela tem, agora ali, foi eu que comprei.*

*JUIZ: O senhor acreditava que essas coisas que o senhor tava queimando eram suas?*

*RÉU: Era minha. Eu tenho até prova. Tudo que eu tenho lá era meu. Nada tem o nome dela.*

*JUIZ: Então, o senhor acreditava que o senhor tava queimando o que era seu?*

*RÉU: Aham. Sim, senhor.*

*JUIZ: E o senhor chegou a usar álcool mesmo?*

*RÉU: Álcool. Foi álcool. Sim, senhor.*

*JUIZ: E, isso tudo foi pelo fato de que tavam se separando, mas ela não queria dividir?*

*RÉU: Não queria. É, isso. E eu falei: “Eu não vou perder tudo o que eu construí sozinho.” Ela nunca deu nada.*

*JUIZ: Nesse tempo ela não trabalhava? Ela não dava dinheiro pro senhor?*

*RÉU: Trabalhava. Se o senhor procurar, ela tem mais ficha dela, mais suja em qualquer uma Delegacia. Ela trabalhava nessa lanchonete. A vida dela era vagabundagem, beber cachaça e brigaiada. Até, inclusive, o dia que eu peguei ela com esse rapaz, ele queria matar ela, esse dias, vieram pra Delegacia. Esses tempos atrás. Nós tava junto ainda. O cara queria cortar a garganta dela, porque ela tava mentindo pro cara que era solteira. E aí eu descobri, fui lá, falei pro cara. O cara me falou: “Não. Ela falou que era solteira”.*

*JUIZ: Ela falou que o senhor não teve filhos com ela.*

*RÉU: Não.*

*JUIZ: O senhor me disse agora há pouco que o senhor trabalha como operador de máquinas.*

*RÉU: Uhum. É.*

*JUIZ: Faz tempo que o senhor tem essa profissão?*

*RÉU: É. Faz tempo. Desde rapazote.*

*JUIZ: Sempre, desde jovem, o senhor trabalhou com isso?*

*RÉU: É. Aham.*

*JUIZ: Sempre trabalhou?*

*RÉU: É. Oficina e máquina de esteira.*

*JUIZ: O senhor tem família aqui em Camapuã?*

*RÉU: Rapaz, eu tenho a minha irmã só, mas...*

*JUIZ: Uma irmã aqui?*

*RÉU: É. Aham.*

*JUIZ: E o senhor tem filhos, outros filhos?*

*RÉU: Tenho. Tenho um filho. Chama Murilo. Morava em Corumbá, e agora mudou pra Campo Grande. Inclusive, ela deixou atrasar a pensão 06 meses, porque eu deixava o dinheiro com ela, ia pra fazenda e ela não pagava. Aí me deu uma bufunfa do caramba.*

*JUIZ: Mas, resolveu?*

*RÉU: Ainda não. To pagando aos poucos. Ainda bem que a dona lá entendeu o meu lado, e eu to mandando aos pouquinhos.*

*JUIZ: Entendi. O senhor já foi preso alguma vez?*

*RÉU: Não Graças a Deus, não, Doutor.*

*JUIZ: Já tinha respondido processo criminal?*

*RÉU: Também não, Doutor.*

*M.P.: É, eu só queria... Não sei se ele já afirmou, é... Quanto tempo que ele viveu junto com a vítima?*

*RÉU: Ela não mentiu, não. Foi em média de uns 05 anos, por aí.*

*M.P.: E todos esses móveis que tinha lá na residência, foram comprados durante esses anos?*

*RÉU: É. Um pouco eu já tinha do meu primeiro casamento, né. Não era só o que ela falou, não. Era a estante, tudo, cama, colchão, tudo. Ela, praticamente quando veio, ela veio só com 01 sacola de roupa. Ela podia bem ter falado a verdade pra vocês.*

*M.P.: Mas, durante esses 05 anos, vocês compraram outras coisas?*

*RÉU: É. Eu fui comprando. Pra melhorar, né. A gente pretende melhorar as coisas, né.*

*JUIZ: O que exatamente que o senhor tinha antes de morar com ela? Que o senhor levou pra dentro de casa quando o senhor foi morar com ela?*

*DEPOENTE: Quando ela veio morar comigo?*

*JUIZ: Isso.*

*DEPOENTE: Ah, eu tinha cama, colchão, estante, geladeira, fogão, máquina de lavar, televisão, guarda roupa, tinha tudo.*

*JUIZ: Isso o senhor já tinha?*

*DEPOENTE: Já tinha.”*

A vítima, Maria do Socorro Queiroz Almeida, por diversas vezes compareceu à fase extrajudicial, às f. 27, aduz que:

*“(...) a declarante informa que conviveu em união estável com a pessoa de Emerson Coelho durante 06 anos e do relacionamento, não tem filhos com ele; que em data de 06 de outubro do corrente ano, a declarante conversou pacificamente com Emerson, dizendo que iria por fim ao relacionamento entre ambos; que a declarante morava em uma casa de aluguel, juntamente com Emerson e para tanto, pediu para que ele saísse da casa; que Emerson disse que não iria sair e que era para a declarante deixar a casa; que a declarante então aceitou e disse que se mudaria na segunda-feira, dia 08/10/2012; que no domingo, 07/10/2012, a declarante tomou conhecimento, por informações de um vizinho de prenome Pedro, de que Emerson havia retirado móveis e roupas da declarante para fora da casa e ateado fogo nos mesmos, danificando-os; que a declarante esteve no local e constatou o ocorrido; que Emerson retirou alguns móveis como armário, balcão, guarda-roupas, televisão e roupas, levando até ao quintal da casa e ateou fogo; que os outros móveis da casa que ele não pode tirar, como geladeira, cama, sofá, dentre outros, Emerson danificou com faca e machado; que a declarante teve um prejuízo de aproximadamente 20 mil reais; que a intenção de Emerson era apenas danificar os móveis da declarante; que Emerson não ateou fogo na residência; que posteriormente, Emerson encontrou a declarante e disse que perdeu a cabeça em razão de a declarante ter dito que iria se separar dele e por isso, decidiu danificar os móveis da declarante. (...)”*

À f. 31, narra que:

*“(...) que, a declarante informa que conviveu maritalmente com a pessoa de Emerson Coelho por aproximadamente seis (6) anos; que, não tiveram filhos em comum; que, quanto aos fatos ora em apuração a declarante informa que na data dos fatos, um vizinho de nome Pedrinho disse que Emerson havia quebrado e colocado fogo nos móveis da residência da declarante; que, Emerson danificou os móveis com um machado e o guarda-roupa, cama, estante e televisão jogou para fora e colocou fogo; que, a declarante ficou muito assustada com a atitude de ex-companheiro Emerson, tendo em vista que nesse dia o casal não havia brigado; que, os móveis foram adquirido pelo casal ao longo de seis anos de convivência; que, atualmente a declarante esta separada de Emerson, pois não possibilidade de reatar o relacionamento amoroso; que, Emerson reparou o dano com a compra de alguns móveis da residência; que, a declarante renuncia o direito de prosseguir com as investigações, pois não tem mais interesse em vê-lo processado pelos danos causados por ele. (...)”.*

À f. 41, afirma que:

*“(...) que o depoente ratifica o boletim de ocorrência nº 990/12/PM e após a comunicação do incêndio por populares a guarnição de plantão seguiu para o local dos fatos; que, no local havia várias pessoas tentando apagar o fogo, sendo a guarnição também ajudou; que, segundo testemunhas, os objetos queimados eram móveis do proprietário da residência; que, as testemunhas informaram que próprio proprietário é quem colocou fogo nos móveis; que, o autor do incêndio não foi localizado; que, após o fato, a esposa do autor de nome Maria Socorro Queiroz Almeida disse que havia discutido com o marido de nome Emerson Coelho no trabalho dela, às 10h00 da manhã. (...)”.*

Por fim, à f. 75, esclarece que:

*“(...) a declarante ratifica as informações já prestadas nos autos; informa que somando os móveis danificados na casa da declarante, chega a um prejuízo de aproximadamente 16 mil reais; que o autor já comprou a maioria dos móveis danificados, estando faltado ele comprar apenas o aparelho de microondas, guarda-roupas, cama com colchão e o aparelho de DVD, o que somaria cerca de 5 mil reais; que o autor danificou na cozinha da residência um armário de parede, uma mesa, um fogão de 4 bocas, uma geladeira, um balcão e um microondas, avaliados em aproximadamente 4 mil reais; que na sala, o autor danificou um sofá, uma televisão de 29 polegadas, uma estante, um aparelho de som marca CCE e um aparelho de DVD, avaliados em cerca de 7 mil reais; que no quarto, o autor danificou o guarda-roupas e uma cama com colchão, avaliados em 5 mil reais; que o autor já comprou o armário de parede, mesa, fogão, geladeira, microondas, sofá, televisão, estante e aparelho de som; que o autor disse à declarante que assim que terminar de pagar os móveis que comprou, irá adquirir o restante para reparar todo o dano material causado à declarante; que depois desse fato, não teve mais problemas com o autor, o qual, sempre vem para a cidade e faz visitas à declarante, sempre pacificamente. Um armário de parede (cozinha) Uma mesa de cozinha Um fogão Uma geladeira Um balcão Um microondas Um guarda-roupas Uma cama com colchão Um jogo de sofá Um aparelho de televisão de 29 polegadas Uma estante Um aparelho de som marca CCE Aparelho DVD total geral da avaliação: RS 16.000,00 (dezesesseis mil reais) (...). Valor este de acordo com o Auto de Avaliação Indireto.”*

Em juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ), à f. 122, aduz que:

*“JUIZ: E aí como é que foi isso?”*

*VÍTIMA: Não tenho como falar como é que foi, porque eu não tava. Na hora que ele pôs eu tava trabalhando. Então, eu não sei, assim.*

*JUIZ: Mas, pegou fogo a casa?*

*VÍTIMA: Não. A casa, não. Só os materiais mesmo de dentro, que ele tirou pra fora, né. Pôs fogo e estragou os que tinha dentro.*

*JUIZ: Nessa época vocês já estavam separados, ou não?*

*VÍTIMA: É. Tava ainda não. Separados não. Tava mais ou menos, sabe. Não tava dando certo.*

*JUIZ: E o que que ficou danificado? O que que queimou?*

*VÍTIMA: Tudo.*

*JUIZ: Tudo de dentro de casa?*

*VÍTIMA: Tudo. O que ele conseguiu por pra fora, ele pôs fogo. O que ele não conseguiu, ele queria cortar no machado. E na faca, sabe? Sofá, essas coisas assim.*

*JUIZ: Então, pelo que a senhora tá dizendo, ele retirou os objetos de dentro de casa e pôs fogo do lado de fora?*

*VÍTIMA: Aham.*

*JUIZ: E essas coisas pertenciam a quem? Era do casal?*

*VÍTIMA: Era nosso, né.*

*JUIZ: E a senhora não tava ali naquele dia?*

*VÍTIMA: Não. Eu fui saber já era 4 horas da tarde. Eu acho que ele foi posto de manhã, sabe, o fogo, assim. Eu fui saber já era de tarde já. Já tinha acontecido, os policiais já tinham ido, né, lá. Tudo lá. Só soube a tarde.*

*JUIZ: A senhora chegou a ter filhos com ele? Tiveram filhos?*

*VÍTIMA: Não. Eu tenho 03, mas não é dele.*

*JUIZ: Esses objetos que foram, ficaram totalmente destruídos ou chegou a aproveitar alguma coisa?*

*VÍTIMA: Não. Todos destruídos. Tudo, tudo. Tudo destruído.*

*JUIZ: A senhora sabe se ele se utilizou de algum combustível pra por fogo?*

*VÍTIMA: Não sei.*

*JUIZ: Não sabe?*

*M.P.: Depois desse fato, dona Maria, a senhora teve contato com o Emerson? Depois disso?*

*VÍTIMA: Sim.*

*M.P.: Ele justificou? Disse por que teria feito isso?*

*VÍTIMA: É... Não justificou, não. Não teve justificativa pra isso aí, não. Mas, ele falou que ia pagar, né. Dar as coisas de volta, sabe? Até deu um pouco das coisas.*

*M.P.: Qual que foi o prejuízo aproximado? A senhora chegou a calcular?*

*VÍTIMA: Olha, quando ele pôs, né, o fogo, os policiais fez o levantamento, sei lá, por conta deles lá mesmo, e falou que tinha ficado quase R\$ 40.000,00. Mas, não sei. Isso foi coisa deles lá. Eu não sei.*

*M.P.: E quanto que a senhora já recebeu do Emerson?*

*VÍTIMA: Então, ele me deu um jogo de cozinha, jogo de sala. Só ficou meu jogo do quarto que ele não me deu.*

*M.P.: Ele foi te dando em imóveis, então, né? Não em dinheiro?*

*VÍTIMA: Isso.*

*M.P.: Vocês tinham tido um desentendimento antes, né? Desse fato?*

*VÍTIMA: É, né.*

*M.P.: Vocês estavam se separando?*

*VÍTIMA: Isso.*

*DEFESA: Tudo isso que foi destruído era do casal?*

*VÍTIMA: Era. Nós não tínhamos separado. Um pouco ficava pra um, um pouco pra outro, não, sabe. Tava tudo comigo as coisas, ainda.*

*DEFESA: Mas, assim, uma boa parte era só dele, uma boa arte era só da senhora, era dos dois, como é que era?*

*VÍTIMA: Nós construímos juntos, né. Assim, quando eu casei com ele, ele tinha uma geladeira, uma televisão e uma raque, né. Isso aí era dele, mas o restante depois, nós construímos juntos.*

*DEFESA: Mas, tinha alguma coisa que era só dele? No meio desse fogo todo?*

*VÍTIMA: Então, tinha essa televisão, o raque, né, e a geladeira, o fogão, né, que quando nós casou era dele, né, assim.*

*JUIZ: Quanto tempo vocês viveram juntos?*

*VÍTIMA: Acho que uns 05 anos.*

*JUIZ: O casal voltou a viver junto, ou não?*

*VÍTIMA: Não.*

*JUIZ: Vocês voltaram a viver juntos depois disso, ou não?*

*VÍTIMA: Não.*

*JUIZ: Atualmente a senhora e ele não moram juntos?*

*VÍTIMA: Não.*

*JUIZ: A senhora tem outro companheiro já?*

*VÍTIMA: Não.*

*JUIZ: E ele?*

*VÍTIMA: Também acho que não.”*

Foram ouvidos ainda, os vizinhos do casal à época, tal como Pedro Gonçalves da Costa, à f. 26, o qual relatou que:

*“(…) o depoente conhece o casal Maria Socorro Queiroz Almeida e Emerson Coelho, os quais residiam em um imóvel localizado ao lado da casa do depoente; que em data de 07 de outubro do corrente ano, por volta de 10:40h, o depoente estava em sua casa, quando ouviu alguns barulhos que vinham da casa de Emerson e Maria, ocasião em que saiu para verificar; quando viu Emerson saindo com duas malas, com roupas, do interior da casa dele, deixando o portão da casa aberto; que o depoente estranhou, tendo visto uma fumaça que vinha do quintal da casa de Emerson; que o depoente foi ao fundo do quintal e viu havia vários móveis amontoados em meio ao quintal e estavam em chamas; que o depoente efetuou uma ligação telefônica para a polícia militar, a qual esteve no local e conteve o fogo; que o depoente acompanhou os policiais no combate ao incêndio, inclusive também acompanhou os policiais quando eles adentraram à casa, que se encontrava com a porta da frente aberta; que no interior da casa, o depoente viu que sofás e outros móveis estavam danificados, acreditando o depoente que o autor desse dano tenha sido o Emerson, em razão de desentendimento com a esposa dele; que no período da tarde, o depoente informou o ocorrido à esposa de Emerson, a qual esteve no local e disse ao depoente que havia tido um desentendimento com Emerson naquela data, razão pela qual aquele teria cometido o crime. (...)”.*

Em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ), à f. 122, aduziu que:

*“M.P.: Você viu esses fatos acontecerem?”*

*DEPOENTE: É. Eu vi quando colocou fogo.*

*M.P.: Que que você viu?*

*DEPOENTE: Eu ouvi ele quebrando as coisas...*

*M.P.: Você ouviu?*

*DEPOENTE: Eu ouvi, entendeu? E vi quando ele saiu da casa. Ai quando ele saiu, eu saí na frente da minha casa, porque tem uma janela que dá pro lado da janela da casa deles, ai eu ouvi o barulho das coisas quebrando, ai começou a me incomodar, entendeu? Não parava. Ai eu saí pra ver, não vi nada. Ai voltei pra dentro de casa. Ai eu saí de novo, ai eu vi ele saindo, carregando a mochila dele, e a bota na mão. Ai quando eu saí, fui olhar o que que tinha acontecido, já vi o fogo, já.*

*M.P.: E aí, o senhor chegou de entrar lá dentro?*

*DEPOENTE: Na casa?*

*M.P.: É.*

*DEPOENTE: Não. Eu chamei a Polícia...*

*M.P.: O senhor primeiro chamou a Polícia?*

*DEPOENTE: É.*

*M.P.: E aí quando os policiais chegaram lá, o senhor acompanhou eles?*

*DEPOENTE: Acompanhei. Eu entrei lá pra ajudar a apagar.*

*M.P.: Aí o senhor viu como que tinha sido colocado o fogo?*

*DEPOENTE: É. Ele jogou as coisas pra fora da casa, entendeu? E amontoou e colocou fogo.*

*M.P.: O senhor sabe o que que ele usou pra colocar fogo?*

*DEPOENTE: Não, não. Não sei, porque na hora eu não vi ele colocando fogo, né.*

*M.P.: E dentro da casa?*

*DEPOENTE: O que que tem?*

*M.P.: Tinha fogo?*

*DEPOENTE: Não.*

*M.P.: Tinha alguma coisa danificada?*

*DEPOENTE: Tinham danificado. Os móveis que tavam lá dentro, tavam a maioria danificado.*

*M.P.: O senhor acredita que tenha sido esse barulho que o senhor ouviu de coisa quebrando?*

*DEPOENTE: É. Provavelmente.*

*M.P.: O senhor viu ele saindo, o senhor disse com uma mochila e uma bota? Seriam os pertences pessoais dele?*

*DEPOENTE: É. Correto.*

*JUIZ: O senhor sabe se ele utilizou de algum instrumento pra quebrar os bens dentro de casa?*

*DEPOENTE: Não. Isso aí eu não sei, porque eu só ouvi o barulho, né. Depois que a Polícia chegou, que eu fui lá. Ele não tava mais.*

*JUIZ: Depois disso o senhor chegou a conversar com ele ou com a Maria?*

*DEPOENTE: Não. A Maria, como eu sabia que ela trabalhava ali na lanchonete, né, e ela não tava lá, eu peguei e fui atrás dela pra avisar ela, porque acho que ela não sabia. E na realidade, ela não sabia ainda. Aí eu peguei ela ali na lanchonete, e levei lá na casa.*

*JUIZ: O senhor sabe se ela deu alguma explicação do por que que poderia tá acontecendo isso?*

*DEPOENTE: Não.*

*JUIZ: E o Emerson, o senhor chegou a saber se deu alguma explicação?*

*DEPOENTE: Não. Nunca entrei em contato pra...”*

Denise Pereira Medeiros, à f. 28, narrou que:

*“(...) a depoente conhece as pessoas de Maria Socorro de Queiroz e Emerson Coelho, cujas pessoas moravam em um imóvel localizado em frente à casa da declarante; que com relação aos fatos em apuração, alega que na data do ocorrido, por volta de 10:30h, estava em sua casa, quando viu uma fumaça preta que saía do quintal da casa de Maria e Emerson; que a depoente esteve próximo ao local e viu que vários móveis e utensílios foram retirado do interior da casa de Maria e colocado no quintal, juntamente com roupas, quando atearam fogo contra aqueles bens; que a depoente presumiu que o esposo de Maria, a pessoa de Emerson seria o autor do dano naqueles móveis; que os demais móveis que ficaram no interior da casa, foram danificados com cortes no sofá e amassamento em fogão, pia e armário. (...)”.*

Em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ), à f. 122, narrou que:

*“M.P.: Que que você sabe dizer sobre esse fato?”*

*DEPOENTE: Não. Eu estava lá. A minha casa é de frente que era com a dela, estava lá, próximo a hora do almoço. Aí começou a sair fumaça, sair fumaça, fomos lá ver o que que era. Eu tinha acabado de mudar, tinha 01 mês que eu mudei pra ali. Não conhecia nenhum dos dois. Aí fomos lá socorrer. Eu, meu marido, meus pais, meus avós, tava todo mundo lá. Fomos lá tentar apagar o fogo. Tava pegando fogo na cozinha, bastante na cozinha.*

*M.P.: Isso é por volta de que horas? Você se recorda?*

*DEPOENTE: Umas 10h30min.*

*M.P.: E não tinha ninguém dentro da residência mais?*

*DEPOENTE: Não. Não tinha ninguém, não.*

*M.P.: Você chegou a ver alguém sair dessa residência?*

*DEPOENTE: (Ininteligível) que a gente tava na varanda no fundo lá em casa, dá pra ver o portão. A gente viu uma pessoa, aí meu marido acha que era o rapaz que morava lá. Agora, não deu pra saber se era. Que daí a gente não tem... Não tava dando pra ver.*

*M.P.: Esse fogo então vinha dos móveis que estavam sendo queimados?*

*DEPOENTE: Dos móveis. Isso. Aham.*

*M.P.: No fundo da residência?*

*DEPOENTE: No fundo. Tinha uns móveis amontoados próximo ao muro, que ele colocou fogo, e dentro da cozinha também.*

*M.P.: Mas, dentro da cozinha tinha fogo?*

*DEPOENTE: Não. Na cozinha, não. Ele arrancou de fora, pôs tudo pra fora.*

*M.P.: Você chegou de entrar dentro da casa?*

*DEPOENTE: Não. Eu fiquei na varanda.*

*M.P.: Você não viu se tinha alguma coisa danificada dentro da casa?*

DEPOENTE: *Dentro da casa eu não cheguei a olhar.*

M.P.: *É, mas, ficou sabendo por alguém?*

DEPOENTE: *É. Tinha geladeira, eu vi uma estante, pia, fogão. E eu vi que tava amontoado na frente, depois que foi amontoado na frente da casa.*

M.P.: *Mas, tava danificado esses móveis?*

DEPOENTE: *Tava tudo danificado, tudo danificado.*

M.P.: *Você chegou de ver ali ao lado ou vocês puderam verificar como que foi iniciado esse fogo?*

DEPOENTE: *Não, porque a hora que a gente viu, já tava com a fumaça, pegando fogo já.*

M.P.: *E aí com relação ao relacionamento deles, você não sabe dizer?*

DEPOENTE: *Não.*

M.P.: *Você disse que há 01 mês...*

DEPOENTE: *Porque eu ficava fora o dia inteiro. Meu marido também. Chegava na parte da noite.*

JUIZ: *Tinha 02 focos de incêndio? Um do lado de fora da casa e um dentro da casa?*

DEPOENTE: *Não. Tinha amontoado os móveis lá próximo ao muro, que tinha um pé de goiaba até, que pegou até fogo no pé de goiaba.*

JUIZ: *E dentro da casa...?*

DEPOENTE: *Dentro da casa eu não cheguei a entrar. Mas, acho que não tinha fogo.*

JUIZ: *E a senhora, como que é o nome do seu marido?*

DEPOENTE: *Gustavo (ininteligível).*

JUIZ: *E ele disse que viu uma pessoa saindo dali?*

DEPOENTE: *É. A gente viu. A gente não sabe se foi dali. Subiu. Era bem pouco tempo antes. Subiu. A gente não sabe dizer se era a pessoa que tava dentro da casa. Que a gente só viu passando.*

JUIZ: *Mas, o seu marido falou que essa pessoa que ele viu subindo era parecida com o morador que, no caso, é o Emerson.*

DEPOENTE: *É. Com ele. Com o morador. Isso. A gente não pode afirmar certeza.*

JUIZ: *Sim. A senhora voltou a conversar com a Maria do Socorro depois desse dia?*

DEPOENTE: *Nós nunca chegou a conversar.*

JUIZ: *Nunca tinham conversado?*

*DEPOENTE: (Ininteligível).*

*JUIZ: A senhora tava morando há 01 mês só ali?*

*DEPOENTE: Aham. Nós mudou em setembro.*

*JUIZ: De onde a senhora veio?*

*DEPOENTE: Eu morava com meus pais.*

*JUIZ: Aonde?*

*DEPOENTE: Ali na São Miguel.*

*JUIZ: Aqui em Camapuã também?*

*DEPOENTE: Aqui em Camapuã.*

*JUIZ: E a senhora ouvia, antes desse dia, já tinha ouvido brigas?*

*DEPOENTE: A noite anterior, não sei se foi a noite anterior, teve barulho, assim, mas, a gente nem chegou... Não sei se foi a noite anterior, ou se foi no dia de manhã, ou se foi na madrugada. Eu não sei dizer precisamente.”*

De uma análise detida dos elementos de convicção carreados aos autos, sobretudo das provas produzidas em juízo sob o crivo do contraditório, corroboradas ainda pelos elementos da fase policial, não há sequer indícios de conduta dolosa por parte do agente em gerar dano a patrimônio de terceiros, ao contrário agia a todo momento como se proprietário fosse dos bens danificados.

Anoto que dos bens danificados, certa parte já era da propriedade do apelante anterior à união do casal, situação esta afirmada tanto por Emerson quanto por Maria do Socorro (como por ex.: rack, televisão de 29 polegadas, geladeira, fogão, bem como, embora afirmado só por ele, estante, colchão, máquina de lavar e guarda-roupas), além, é claro, dos demais foram adquiridos posteriormente pelos dois.

Ademais, nos delitos cometidos no âmbito doméstico, a palavra da vítima tem relevante valor probatório, motivo pelo qual não há razão/motivo para desmerecer a versão apresentada pelo apelante, até porque foram confirmadas pelo depoimento da vítima a falsa percepção da realidade do acusado sob a propriedade dos bens.

Como já assevera Greco<sup>2</sup>, “quando o agente tem essa ‘falsa representação da realidade’, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal e, dessa forma, resta afastado o dolo”.

Outrossim, ainda que na espécie seja o caso de erro de tipo evitável (vencível ou ainda denominado de inescusável), o qual exclui-se o dolo do agente em cometer a infração penal (fato atípico), permite a tipificação por culpa desde que haja tal previsão (exegese do artigo 20, *caput*, do Código Penal), o que não é o caso do delito ao qual está em discussão.

Verifico, portanto, que é medida impositiva à espécie a absolvição de Emerson Coelho, de ofício, da prática de conduta capitulada no artigo 163, parágrafo único, inciso II, em aplicação ao disposto no artigo 20, do Código Penal, c/c artigo 386, 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”<sup>3</sup>.

2 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, v. I. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Pág. 296.

3 Nucci, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. Ed rev., atual. E ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 737.

Destaco que conforme provas orais colhidas, à época dos fatos ainda não havia findado a união do casal, uma vez que o apelante afirmou ter convivido com a vítima por mais 3 (três) meses depois do ocorrido, bem como esta alega em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ), quando indagada se estava separada do acusado, que *“Tava ainda não. Separados não. Tava mais ou menos, sabe. Não tava dando certo”*, restando indubitável a incidência, se absolvido não o fosse, da escusa absolutória (ou também denominada de imunidade absolutória).

Com efeito, consoante o disposto no artigo 181, inciso I, do Código Penal, levando em consideração que é isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos no Título II (Dos Crimes Contra o Patrimônio), inclui-se nisso o artigo 163, em detrimento do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, equiparando-se, para tanto, a união estável, enquadrando-se perfeitamente à espécie.

Contudo, não há se falar em imunidade absoluta, porquanto resta absolvido o apelante Emerson Coelho.

Resta prejudicado o pleito defensivo de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos, tenho que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais em razão de terem sido devidamente debatidos nos presentes autos.

Ante o exposto, contra o parecer, de ofício, absolvo Emerson Coelho da prática de conduta capitulada no artigo 163, parágrafo único, inciso II, em aplicação ao disposto no artigo 20, do Código Penal, c/c artigo 386, III, do Código de Processo Penal, restando prejudicado o mérito recursal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram prejudicado o recurso.

Presidência da Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 05 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal*****Habeas Corpus* n. 1402372-68.2016.8.12.0000 - Três Lagoas****Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AÇÃO PENAL ORIUNDA DA “OPERAÇÃO XEQUE-MATE” – PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO – NULIDADE – AÇÃO PENAL TRANCADA – ORDEM CONCEDIDA.

Reconhecido em *habeas corpus* anterior, com trânsito em julgado, a nulidade de todas as interceptações telefônicas colhidas na chamada “Operação Xeque-Mate”, bem como as interceptações telefônicas derivadas da mesma, padece de nulidade a presente ação penal, ancorada em provas obtidas com base em informações exclusivas retiradas da referida operação.

**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, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de julho de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Iraceno Teodoro Alves Neto, em favor de Dirceu Garcia de Oliveira, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Sustenta, em apertada síntese, que em virtude de superveniente nulidade de interceptações telefônicas colhidas na denominada “operação xeque-mate” (autos n. 0005084-65.2007.8.12.0021 e HC 0009873-97.2012.8.12.0000), que deram origem à ação penal em seu desfavor do paciente e ante a inexistência de qualquer outra prova que comprove indícios de autoria e materialidade delitiva, deve se trancada a ação penal, com nulidade de todos os atos praticados.

Liminar parcialmente deferida às f. 2030-2032, determinando a suspensão do feito.

Informações prestadas às f. 1885-1886 e 2038-2056.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 2060-2064, pela denegação da ordem, e após decisão de f. 2066-67, em parecer complementar, pela concessão parcial da ordem, apenas para desentranhamento da prova ilícita por derivação.

**VOTO (EM 28.06.2016)**

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Iraceno Teodoro Alves Neto, em favor de Dirceu Garcia de Oliveira, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Para melhor julgamento do caso concreto, mister se faz uma retrospectiva fática:

Foi realizada em Três Lagoas-MS a chamada “Operação Xeque-Mate”, que, teve como objetivo inicial a investigação da máfia de caça-níqueis em vários Estados, o contrabando de componentes eletrônicos para referidas máquinas, o tráfico de drogas, entre outros delitos.

Essencialmente, a comprovação da materialidade e autoria dos delitos apurados foram obtidas através de interceptações telefônicas contidas nos autos 021.07.005403-8 (0005403-33.2007.8.12.0021).

As informações obtidas através das interceptações telefônicas nos autos 021.07.005403-8 (0005403-33.2007.8.12.0021) deram origem a novos inquéritos, novas interceptações telefônicas e a diversas ações penais.

Ocorre que a interceptação telefônica originária, colhidas nos autos nos autos 021.07.005403-8 (0005403-33.2007.8.12.0021) foram declaradas ilícitas por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 0009873-97.2012.8.12.0000, bem como, todas as provas decorrentes das referidas interceptações telefônicas (f.1.943)

O Ministério Público Estadual interpôs embargos de declaração contra a concessão da ordem, sendo os mesmos rejeitados.

Houve a interposição de recurso especial, sendo negado seguimento ao mesmo e o agravo de instrumento interposto no STJ foi conhecido e julgado com Recurso Especial, REsp 1.540.915/MS (f.53-62). Referido recurso foi improvido, sendo manejado, pelo Ministério Público Federal, embargos de declaração, rejeitados em 07 de dezembro de 2015 (f.63-64).

O Ministério Público Federal ainda interpôs embargos de divergência (f.65-72), que foram indeferidos liminarmente, com fulcro no artigo 266, § 3º, do Regimento Interno do STJ.

Desta forma, em 23/2/2016 houve o trânsito em julgado da decisão que declarou ilícitas as interceptações telefônicas colhidas nos autos nos autos 021.07.005403-8 (0005403-33.2007.8.12.0021) e, ainda, todas àquelas derivadas das refiras provas (f.74).

Versa o presente o *writ* sobre o pedido de trancamento da Ação Penal 0005084-65.2007.8.12.0021 por ter sido iniciada com base nas interceptações telefônicas ou prorrogações decorrentes dela derivada de provas colhidas na “Operação Xeque-Mate” ( AP 021.07.000803-6)

Conforme informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, f.2.038-2.040:

*“As interceptações telefônicas que deram ensejo a denúncia presente neste processo é oriunda dos autos nº 0000803-66.2007.8.12.0021. Nestes, o pedido de quebra do sigilo telefônico foi requerido pelos representantes do Ministério Público Estadual da comarca de Três Lagoas MS, em data de 14 de setembro de 2006, para apuração de fatos, os quais se vieram a conhecer por informações obtidas no inquérito policial nº 021.02.007381-0, instaurado para a investigação do homicídio que foi vítima José Batista Ferreira Lino, que*

*comprometem a conduta de alguns agentes policiais civis e de Delegados de Polícia da cidade de Três Lagoas MS, por suposto envolvimento nos crimes de formação de quadrilha, tráfico de entorpecentes, peculato, tráfico de influência e facilitação de fuga qualificada.*

*A interceptação foi requerida das linhas telefônicas das pessoas: Carlos Roberto Giacomelli, José Renato Miguel, Franck Jorge Lima Corpa, Luiz Ricardo Lara Dias, Orlando Vicente Abate Sacchi, Célio Natal Rodrigues, Valdemir Manzano Camacho, João Ramos dos Santos e Durval Quijadas Aro Junior.*

*O pedido foi deferido em parte, ressalvado em relação as pessoas de Franck Jorge Lima Corpa e de Orlando Vicente Abate Sacchi, para autorizar a interceptação telefônica pelo prazo de 15 dias das pessoas de Carlos Roberto Giacomelli, José Renato Miguel, Luiz Ricardo Lara Dias, Célio Natal Rodrigues, Valdemir Manzano Camacho, João Ramos dos Santos e Durval Quijadas Aro Junior.*

*O Delegado de Polícia Federal responsável pela condução dos procedimentos da escuta telefônica informou que “segundo denúncias recebidas na Delegacia de Polícia Federal de Três Lagoas MS e nesta Superintendência Regional de polícia Federal de Campo Grande MS, prestadas por indivíduos que preferiram não se identificar temendo represálias, os policiais civis Carlos Roberto Jacomelli, Luiz Ricardo de Lara Dias, José Renato Miguel, Rubens Baptista Filho, Durval Quijadas Aro Junior, Célio Natal Rodrigues, Valdenir Manzano Camacho, João Ramos dos Santos, José Lopes da Silva Junior E Iracemo Teodoro Alves Neto estão envolvidos com o tráfico ilícito de entorpecentes na região de Três Lagoas MS e estariam aproveitando das prerrogativas dos respectivos cargos para garantir a continuidade da atividade criminosa impunemente. A prova destas atividades ilícitas é dificultada exatamente pelo fato dos envolvidos serem policiais que se omitem na atividade de investigação policial e atuam na ocultação de provas e intimidação de possíveis testemunhas. Por oportuno, cumpre destacar que, exceto, os Srs. Rubens, José Lopes e Iracemo, os policiais civis supra elencados já foram apontados pelo Ministério Público como prováveis membros de quadrilha envolvida com tráfico de drogas, conforme autos do inquérito policial nº 021.01.002409-4.”.*

*A representação para escuta telefônica das pessoas nominadas foi deferida em 18 de setembro de 2006.*

*A escuta telefônica, especificamente em relação ao paciente Dirceu Garcia de Oliveira foi deferida, na decisão de fls 401/403 dos autos 0000803-66.2008.8.12.0021 em 07 de março de 2007, face a informação de envolvimento com falsificação de recibos de veículos, com que seria auxiliado pela pessoa de Márcio Dutra.*

*Na sequência foram deferidas a prorrogação da escuta e, ainda, a inclusão e exclusão de alguns números de telefones.*

*Por fim, com as interceptações originou-se o inquérito policial nº 0001971-06.2007.8.12.0021, do qual a presente ação penal é originária.*

*Por compreender satisfatórias as presentes informações aqui coligidas, as faço encaminhar para livre apreciação de Vossa Excelência, as quais seguem amparadas com cópias da denúncia da presente ação penal, da primeira decisão que determinou as interceptações telefônicas e a decisão de fls 401/403 que determinou a interceptação em face do paciente ambas dos autos 000803-66.2007.8.12.0021.”*

Ora, é de clareza solar que a presente Ação Penal foi derivada da “Operação Xequê Mate”, por uma razão, simples, constou expressamente no *obter dictum* do *Habeas Corpus* 0009873-97.2012.8.12.0000 o seguinte, voto da Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha:

*“O juiz ainda informou que nove processos têm entre suas provas essa interceptação telefônica mediante o procedimento 021.07.000803-6 (no qual se deferiu a escuta telefônica realizada na operação policial “Xeque-Mate”). São os seguintes os números dos processos: - 0004471-45.2007.9.12.0021, - 0005515-02.2007.8.12.0021, -0005403-33. 2007.8.12.0021, -0005383-2.2007.8.12.0021,- 0005289-4.2007.8.12.0021, -0005160-89.2007.8.12.0021, -0005114-03.2007.8.12.0021, -0001971-06.2007.8.12.0021/20 e 00019 47-75.2007.8.12.0021. Os crimes investigados nestes processos seriam de: formação de quadrilha, corrupção passiva, restituição de bens apreendidos, extorsão, comércio ilegal de arma de fogo, receptação”.*

Para que não fique dúvidas, nos autos do *Habeas Corpus* nº 1403672-65.2016.8.12.0000 – Três Lagoas (f.1.915-1.917), também de minha relatoria, pelo Juiz de Direito Rodrigo Pedrini Marcos, informa que a Ação Penal 0005160.89.2007.8.12.00 também é *“oriunda dos autos nº 0000803-66.2007.8.12.0021 [...] Com as interceptações originou-se o inquérito policial 0001971-06.2007.8.12.0021- ‘Operação xeque-mate’, do qual a presente ação penal é originária”.*

Desta forma, comprovada a prova ilícita por derivação, não há outra alternativa a não ser o trancamento da ação penal, como já decidido pela 2ª Câmara Criminal no HC 1402013-21.2016.8.12.0000 – Três Lagoas (acórdão pendente de publicação).

Conforme consignado pelo Des. Carlos Eduardo Contar:

*“No ponto, é de se lembrar que a simples extração dos laudos que contêm as interceptações telefônicas, não soluciona a questão. In casu, é de se destacar que o reconhecimento da ilegalidade das interceptações telefônicas deu-se justamente porque derivadas de “denúncias anônimas”, ou seja, não havia qualquer investigação preliminar acerca do paciente. Este entendimento evidencia que toda prova subsequente derivada das interceptações telefônicas também está eivada de nulidade. Precedentes jurisprudenciais reforçam a conclusão de que além das provas reconhecidamente ilícitas, aquelas produzidas por derivação devem também ser extirpadas do conjunto probatório, a fim de se garantir o julgamento em observância ao devido processo legal:[...] Assim, diante do novo cenário processual, a declaração de nulidade da ação penal, desde o seu nascedouro, é medida que se impõe, nada impedindo que, diante da existência de outros elementos de prova – que, obviamente, não mantenham relação alguma com as interceptações declaradas ilícitas – seja oferecida nova denúncia contra o paciente. [...] Ocorre que no caso concreto, a simples leitura da exordial acusatória permite constatar o enaltecimento às interceptações telefônicas declaradas ilícitas, o que, de fato, macula o convencimento do julgador para análise final da questão, ainda que o Parquet insista em afirmar que outras provas também servem de suporte à acusação. Com efeito, extrair a prova ilícita, mas não extirpar de vez sua menção nos autos mostra-se, na verdade, em verdadeira aberração jurídica, equivalendo a dizer que a denúncia, no tocante a tais citações é nula e, no tocante as demais, não. Afinal de contas: a denúncia encontra-se ou não hígida e de acordo com o Direito? É passível de ser declarada nula em determinados pontos e em outros não? Nos pontos em que se reconhece sua nulidade, dever-se-ia apor tarjas pretas como forma de impedir que o julgador deles tomasse conhecimento? Por certo que tal situação mostra-se de todo despropositada. Destarte, extraindo-se do simples exame dos autos, especialmente da denúncia ofertada, a menção explícita a provas ilícitas, a declaração da nulidade da ação penal, desde o seu nascimento, é medida que se impõe.”*

Aqui, ressalte-se que na inicial da Ação Penal 0005084-65.2007.8.12.0021, f.79, claramente o *parquet* descreve que (f.79) *“ocorre que, conforme investigação levada a efeito pela Superintendência da Polícia Federal/MS, que desencadeou a Operação ‘Xeque-Mate’, esta não fora a única vez que os denunciados aplicaram o mesmo golpe”.*

Assim, há contaminação das provas que deram início ao inquérito policial e, conseqüentemente à Ação Penal, sendo todas, provas ilícitas por derivação, não estando contempladas as exceções previstas no § 1º e no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, contra o parecer, confirmo a liminar e concedo a ordem para declarar a nulidade da Ação Penal 0005084-65.2007.8.12.0021, desde o recebimento da denúncia, pela existência de prova ilícita por derivação, restando a mesma trancada.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiado para próxima sessão, em face do pedido de vista da 1.ª Vogal (Des.ª Maria Isabel), após relator conceder a ordem acompanhado pelo 2º Vogal.

### **VOTO (EM 05.07.2016)**

A Sr.ª Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha. (1ª vogal)

Pedi vista para melhor examinar os autos e, após detida análise, acompanho o e. Relator para conceder a ordem.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência da Exma. Sr.ª Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 05 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
***Habeas Corpus* n. 1404829-73.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PACIENTE FLAGRADO COM JOIAS PRODUTO DE CRIME – DENÚNCIA ANÔNIMA PELA PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE (TRÁFICO DE DROGAS) – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA – ALEGAÇÃO DE BUSCA ILEGAL – IMPOSSIBILIDADE – INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA E OUTRAS PROVAS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

Inviável o trancamento da ação penal por realização de busca ilegal no imóvel, pois o paciente foi flagrado na posse de joias roubadas e, ainda havia denúncias de que o mesmo estava praticando o tráfico de drogas (crime permanente), sendo que a “cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. (STF. RE 603616, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, Acórdão eletrônico DJe-093 Divulg. 09-05-2016 Public. 10-05-2016)”.

Inexiste constrangimento ilegal pelo fato do julgador indeferir diligências e testemunhos que não guardam pertinência com o deslinde da causa.

## 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, denegar a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, em partes.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tiago José Figueiredo da Silva impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Aldair Antonio Garcia, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Versa o presente *writ* acerca da ilegalidade da violação do domicílio do réu, havendo prova ilícita nos autos, e contradições existentes nos depoimentos colhidos.

Argumenta que:

*“O Douto Magistrado reconhece na decisão que uma ilegalidade pode ter sido praticada contra o Réu, e mesmo assim indeferiu o seu direito a produção de*

*provas sob o argumento de que não há compensação de culpas no direito penal. Ainda reconhecendo a culpa do Réu com base em prova obtida mediante diligência policial que o Réu alega ser ilegal, o que contamina todas as provas decorrentes daquela diligência.”*

Afirma que “*não há razões para o indeferimento da oitiva da testemunha Alzira*”, como decidido às fls. 187/188. Buscou-se individualizar a testemunha apresentando o seu endereço completo, demonstrando que é vizinha do Réu. Foram realizadas diligências para identificar a testemunha, que se chama Alzira Regina.

Ao final requer:

*“Em sede de liminar, requer a suspensão do curso da Ação Criminal nº 0003027-22.2016.812.0001, em tramitação na 6ª Vara Criminal de Campo Grande/MS, até o julgamento do presente Habeas Corpus. 1. Ante o exposto, requer a declaração de nulidade de todos os atos processuais a partir das fls. 107 (inclusive) dos autos do processo n. 0003027-22.2016.8.12.0001, nos termos dos artigos 157, caput, e 573, § 1º (fruits of the poisonous tree), c/c 395, III, todos do Código de Processo Penal. 2. Caso não seja este o entendimento de V. Exa., requer o trancamento parcial da ação penal por falta de justa causa para a acusação de tráfico de drogas, delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, em razão da ilegalidade das provas nas quais se funda a denúncia, bem como impugna a inserção das provas ilícitas no procedimento penal e postula o seu desentranhamento, bem como as provas ilícitas pro derivação, compreendidas na diligência da busca e apreensão no imóvel, coisas apreendidas, laudos, relatórios, depoimentos e testemunhos decorrentes requeridas pelo réu, anulando as decisões de fls. 180- 182, 183-186, em que o juiz indeferiu uma das testemunhas arroladas, e todas as demais provas requeridas. Assim, que determine-se a remessa do exame de corpo de delito realizado no Réu, em resposta a Requisição de fls. 70/71 nos autos, e por último, a realização de auto de constatação de arrombamento do imóvel em que residia o Réu, lavrado por perito judicial, na forma indireta. 4. Apesar de ilegal o indeferimento da oitiva da testemunha às fls. 187-188, chamada “Alzira Medina”, o Réu não insistirá em sua oitiva. 5. Demonstrando a pertinência da prova, juntou fotos que demonstram que o ingresso no imóvel ocorreu sem o consentimento do réu e mediante arrombamento do imóvel (fls. 152 e seguintes/ fotos anexadas), bem como não havia situação de flagrância ou o devido mandado judicial. Anexa ainda cópia integral dos autos, e assim, os testemunhos e interrogatório citados. 6. Outrossim, requeremos que cópia dos autos seja enviada à Corregedoria da Polícia Civil e ao Grupo de Atuação Especial para o Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (GACEP), a fim que se apure suposta prática do crime de abuso de autoridade ocorrido quando da invasão ilícita do acima referido asilo inviolável, pois nenhuma medida foi adotada. Por fim, prequestionamos, para efeito de recurso especial e extraordinário, o art. 57 da Lei nº. 11.343/06, os artigos 157, caput, 395, III, 400, caput, e 573, § 1º., todos do Código de Processo Penal, além do artigo 5º., incisos XI, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal”. Documentos de f. 53-300”*

Liminar indeferida, às f. 303-305.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 309-310

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 314-321, pela denegação da ordem.

Pedido de expedição de ofícios indeferido, às f. 323.

**VOTO (EM 31.05.2016)**

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Tiago José Figueiredo da Silva, com pedido de liminar, em favor do paciente Aldair Antonio Garcia, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Primeiramente cumpre esclarecer que o *habeas corpus* é uma ação de cognição sumária e de prova pré constituída, sendo inviável que este Tribunal compare depoimento prestado em delegacia com áudio de depoimentos judiciais e ainda apure a eventual existência de tortura que sequer há indícios, pois não registrado boletim de ocorrência a respeito ou apresentado qualquer documento ou ainda sequer mencionada na Ata da Audiência de Custódia.

Feita referida observação, registro desde já que a ordem deve ser denegada.

Consta nos autos que o Investigador Judiciário Cláudio da Natividade Pereira recebeu a informação de que o paciente Aldair, pessoa com algumas passagens criminais, estaria na posse de drogas em sua residência.

De posse de referida informação, no dia 21/12/2015, os policiais civis Cláudio da Natividade Pereira e Rosimar da Silva Neco Patroni se dirigiram até a Rua do Aquário, localizada no Bairro Vila Nhá Nhá, em Campo Grande-MS, notória região de tráfico de drogas à procura do paciente, sendo o mesmo localizado conduzindo o veículo GM/Vectra, de cor preta e placa HRN-3232.

Aldair foi abordado pelos referidos policiais que passaram a revistar o automóvel, tendo encontrado no interior do porta-luvas joias que posteriormente tiveram sua origem ilícita descoberta (Ocorrência nº 17727/2015 DEPAC Centro).

Diante de tal fato policiais foram à residência dos genitores de Aldair, pois o mesmo afirmou que residia em tal local, sendo desmentido pelos mesmos (f. 12, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001).

Ato contínuo policiais retornaram ao plantão policial com Aldair, onde já estava aguardando seu genitor Aurelino, junto com sua irmã e informaram que o mesmo residia à Rua São Ciro, 265, Casa 6 - Vila Anahy, em Campo Grande-MS (f. 13, da Ação Penal 0003027-22. 2016.8.12.0001).

Ao chegarem no local, se depararam com a garagem aberta e a porta dos fundos aberta, como se alguém tivesse se evadido do local (f. 12, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001).

No referido imóvel havia mais joias, 4 porções de cocaína (60 gramas e 2 decigramas), 1 porção de maconha (10 gramas), a quantia de R\$ 11.288,00, 2 listas de contabilidade da venda de drogas contendo nomes de compradores e valores a receber, 2 aparelhos celulares da marca LG DUAL CHIP, 2 televisões marca SAMSUNG; 1 notebook marca SONY; cápsulas de plástico, utilizadas para a venda de entorpecentes e, ainda, R\$ 150,00 na carteira do paciente.

De acordo com o impetrante, houve busca ilegal na residência de Aldair, com arrombamento da porta e após às 18 horas.

Esclarece-se que, na denúncia consta que as diligências se iniciaram no dia 21 de dezembro de 2015, por volta de 10h30.

De acordo com Karla Monique Oliveira Ferreira, na fase policial, recebeu o pedido para identificação das joias no dia 21 de dezembro de 2015, por volta de 11h59 (f. 21, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001).

Aldair foi interrogado na Depac-Piratininga no dia 21 de dezembro de 2015, sendo seu interrogatório impresso para assinatura às 19h 09'42 (f. 23-24, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001), sendo que confessou que adquiriu as joias de “Alemão”, que a joia dentro da residência eram suas e que a droga era para consumo próprio, sendo a contabilidade de empréstimo feito a amigos.

Aqui destaca-se que o paciente possui Ensino Fundamental completo e declarou ser servente de pedreiro (f. 31, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001).

É irrelevante o fato de Aldair ter dado permissão para ingressar em sua residência ou, ainda, se a busca foi após às 18 horas, matéria, que aliás demanda dilação probatória.

O Supremo Tribunal Federal fixou por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616 - Rondônia fixou alguns critérios para ingresso na residência sem mandato, sendo que “*cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.* (STF. RE 603616, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, Acórdão Eletrônico, DJe-093, divulg. 09-05-2016, public 10-05-2016)”.

No caso concreto o paciente Aldair já havia sido surpreendido em flagrante delito na posse de joias roubadas (receptação) e havia denúncia anônima de tráfico de drogas (crime permanente), o que afasta violação ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Acresça-se que nem o juiz singular analisou a presença da existência de prova ilícita, pois deixou claro que ao prestar informações que feita cognição sumária das provas colhidas no inquérito para recebimento da denúncia e que as provas produzidas na fase judicial serão analisadas no momento oportuno (f. 309), o que afasta violação aos artigos 157, *caput* e 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Outrossim, insurge-se o impetrante contra o indeferimento da testemunha “*Alzira (vizinha do Réu), rua São Ciro, n. 246, casa 07, Bairro Anahy, Campo Grande/MS*”, bem como, indeferimento da realização de auto de constatação de arrombamento no imóvel onde residia, de forma indireta e exame de corpo de delito ou que requisite o mesmo.

O indeferimento de depoimento de testemunha não qualificada na defesa prévia não gera nulidade, no caso concreto, por dois motivos.

O primeiro é que não há nos autos comprovação de indispensabilidade do depoimento da referida testemunha para o deslinde da causa.

O segundo, é que, como consignado pelo Ministro Edson Fachin, do STF, relator do HC 131158/RS<sup>1</sup>, “*Não há direito absoluto à produção de prova. Em casos complexos, há que confiar no prudente arbítrio do juiz da causa, mais próximo dos fatos, quanto à avaliação da pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes. [...] (Informativo 823, 1ª Turma)*”, inexistindo violação ao artigo 400, *caput* e artigo 573, §1º, do Código de Processo Penal e artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

1 In: Informativo STF Mensal Brasília, abril de 2016 - nº 58 Compilação dos Informativos nºs 820 a 823. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensal\\_abril2016.Pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensal_abril2016.Pdf). Acesso em 25/4/2016, às 16h31.

Aliás, o *habeas corpus* só foi impetrado para se insurgir contra o indeferimento de oitiva de testemunha em 13 de maio de 2016 (f. 301), ou seja, após o encerramento da instrução criminal em 28/4/2016 (f.232, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001).

Em relação as demais provas, cabe ao juiz da causa indeferir diligências inúteis e protelatórias.

Ressalte-se que:

*“O indeferimento de diligências requeridas pela Defesa, pode ser realizado, desde que devidamente fundamentado, não cabendo a esta Corte imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade do magistrado sentenciante ao aferir se eram pertinentes ou não, especialmente, porque o destinatário das provas é o julgador, valendo para este, a discricionariedade regrada, no momento da colheita e análise das provas, razão pela qual não há nenhum vício de nulidade na sentença condenatória. Ademais, não havendo prejuízos ao réu, não se proclama a nulidade no decisum. Inteligência do art. 563 do CPP. (TJ-PI - APR: 00008657420108180073 PI 201300010026962, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 13/08/2013, 2ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 19/08/2013)”.*

Em relação ao prequestionamento, artigo 57, da Lei 11.343/2006 <sup>2</sup> não guarda a mínima relação com o caso concreto, principalmente porque realizada duas audiências de instrução e julgamento sem qualquer pedido defensivo (f. 225/232, da Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001).

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

Oficie-se, com urgência, à autoridade apontada como coatora, Ação Penal 0003027-22.2016.8.12.0001, a fim de a mesma verifique se realizado o exame para verificar a dependência química do paciente, deferido em sede de audiência de custódia (f. 27, do auto de prisão em flagrante 0000387-46.2016.8.12.0001).

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiado para sessão do dia 28/06/2016, em face do pedido de vista 1º Vogal (Des. Romero), após o relator denegar a ordem, acompanhado do 2º Vogal.

## **VOTO (EM 28.06.2016)**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (1º Vogal):

Vou divergir do e. Relator para conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, a fim de determinar a oitiva de testemunha arrolada pela defesa no processo, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

O pedido de produção de provas foi indeferido nos seguintes termos:

*“A produção de prova tem natureza jurídica de ônus processual (CPP, art. 156):*

*Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*

<sup>2</sup> Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

*A contrário sensu, em tendo a natureza jurídica de ônus processual da parte, a produção de prova não-tem natureza jurídica de dever processual ou obrigação processual do Poder Judiciário.*

*Por tal razão, as partes tem o ônus de promover a produção da prova testemunhal, arrolando a testemunha e a qualificando (nome, endereço, profissão, etc...) - (CPP, art. 396-A):*

*Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.*

*Tal fato (qualificação da testemunha), no que pertine ao juízo, se destina a possibilitar a intimação da testemunha, e, a acusação, possibilitar a contradita (princípio do contraditório).*

*Portanto, é ônus processual das partes qualificar as testemunhas arroladas na inicial acusatória e na resposta (nome, endereço, profissão, etc...).*

*Neste sentido, unânime e uníssona a doutrina pátria, exemplificada, nas palavras do Prof. Guilherme de Souza Nucci:*

*45. Necessidade de qualificação das testemunhas arroladas: não se pode admitir a apresentação de rol de testemunhas compostos por nomes vagos e indefinidos. Tal situação permitiria a burla ao momento processual adequado para o oferecimento do rol. Assim, arrolar “Fulano de Tal” para depor, sem fornecer os seus dados individualizadores completos, para que, no futuro, possa substituir por quem bem quiser, não é de se admitir pelo juízo. Logo, cabe a defesa (como também a acusação, que o faz na denúncia ou queixa) apresentar todos os dados da qualificação, que permitam identificar, perfeitamente, quem irá depor durante a instrução. Somente a testemunha que não for localizada por qualquer razão admite a substituição por outra. (Guilherme de Souza Nucci. Código de Processo Penal Comentado, Ed. RT., 11ª ed., pg. 771).*

*Portanto, sem embasamento legal a pretensão da defesa de oitiva da pessoa de ‘Alzira’, já que não possui nome completo.*

*Deste modo, o pedido de produção de prova testemunhal deve ser indeferido.”*

Referida decisão não se sustenta.

Com base na garantia de fundamentação das decisões judiciais prevista no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, os Tribunais tem repetido à exaustão a cantilena de que não é necessário que o juiz enfrente todas as teses e questões levantadas pelas partes, contanto que venha a decidir fundamentadamente.

Com efeito, o dever de fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do artigo 93 da CF) não permite que os julgadores fundamentem de qualquer modo, aleatoriamente, de forma desconectada da discussão engendrada pelas partes.

Não basta que haja uma coerência abstratamente considerada entre a decisão e o fundamento produzido, como se a decisão fosse um texto independente.

A fundamentação de que trata o comando do artigo 93, IX, da CF, é uma coerência entre o que se decide e todo o processo, com todas as suas vicissitudes, o que repugna a prática tão difundida de decisões padronizadas, que pouco ou nada se referem à concretude da discussão travada nos autos, como no caso em

concreto, em que o magistrado cita vários dispositivos legais mas nada discorre a respeito, divagando e não adentra as questões pertinentes, propriamente ditas, ficando no arbítrio do subjetivismo.

A defesa forneceu elementos mínimos, a fim de permitir a localização e qualificação de referida testemunha arrolada, sendo possível que, o oficial de justiça, ao efetuar a diligência no endereço apontado pela defesa, não somente intime Alzira, como também colha sua qualificação completa, a fim de fornecer elementos informativos ao processo.

Assim, não tenho dúvida em determinar a oitiva de referida testemunha, mormente por transparecer que se trata de testemunha que tenha presenciado a prisão em flagrante podendo fornecer elementos que auxiliem na busca da verdade real, embora o princípio *in dubio pro reo* prevaleça sobre ele.

Por todo exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*, a fim determinar ao juízo processante da 6ª Vara Criminal desta capital, que proceda com a intimação e oitiva da testemunha Alzira, arrolada na defesa prévia, nos autos da ação penal 0003027-22.2016.8.12.0001.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, denegaram a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, em partes.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal****Recurso em Sentido Estrito nº 0000586-49.2010.8.12.0043 - Três Lagoas  
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha**

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL CONTRA DECISÃO SINGULAR QUE EXTINGUIU O FEITO SEM ANALISAR SE HOUVE SUSPENSÃO OU REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO NO PERÍODO DE PROVA – PROVIDO – MINISTÉRIO PÚBLICO QUE REQUER ATUALIZAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DA REEDUCANDA – DECISÃO DO JUIZ DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE SEM ANALISAR ANTECEDENTES ATUALIZADOS – PERTINÊNCIA DA DILIGÊNCIA REQUERIDA – OBRIGAÇÃO DO MAGISTRADO SINGULAR ZELAR PELO CORRETO CUMPRIMENTO DA PENA – RECURSO PROVIDO PARA ANULAR DECISÃO – COM O PARECER.

Pode o MP pleitear a verificação dos antecedentes criminais do condenado que cumpre livramento condicional, para averiguar do perfeito cumprimento da pena antes da declaração da extinção da pena.

A possibilidade de o representante do Ministério Público requisitar diligências diretamente não exclui a de requerer ao juízo, se a diligência não é apenas meio de prova mas interessa à correta aplicação da lei penal.

Compete ao magistrado da execução zelar pelo correto cumprimento da pena, incluindo o dever de verificar se, além do critério objetivo, a reeducanda não deu causa à suspensão ou revogação do livramento condicional no período de prova deste.

A extinção de punibilidade pelo cumprimento da pena pressupõe alguns requisitos, entre os quais verificar se o sentenciado cumpriu condições do livramento condicional, sendo que a atualização de antecedentes é elemento necessário para verificar se no período de prova do livramento condicional adveio alguma causa para a suspensão ou revogação obrigatória do benefício.

**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, prover o recurso, nos termos do voto da Relatora, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 2 de agosto de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

**RELATÓRIO**

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso em sentido estrito contra decisão singular que declarou extinta a punibilidade de Fernanda Ramos Soares pelo integral cumprimento da pena.

O recorrente alega que o magistrado sentenciante deveria, antes de declarar tal extinção, verificar se houve alguma causa suspensiva ou revogatória do livramento condicional concedido à reeducanda, para somente então, deliberar acerca do cumprimento do período de prova.

A recorrida, às f. 390-394, opina pela manutenção da decisão lançada.

O Parecer Ministerial opina, às f. 367-372, pelo provimento recursal.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

A questão nodal ao deslinde do caso reside em se definir se o magistrado sentenciante é obrigado a verificar se houve alguma causa suspensiva ou revogatória do livramento condicional.

A decisão atacada, às f.334, foi assim lançada:

*“(...) Sentença*

*Os antecedentes criminais poderiam ser solicitadas pelo Ministério Público, que possui poder de requisição (art. 129, VIII, da Constituição Federal), não havendo sentido em solicitá-lo após a reeducanda ter cumprindo a pena.*

*Inexistindo fatores impeditivos nos autos, declaro extinta a punibilidade de Fernanda Ramos Soares, face o integral cumprimento da pena que lhe foi imposta (...)”.*

Sobre o poder de requisição do MP, embora o *parquet* possua poder de requisição, compete ao magistrado sentenciante o dever de zelar pelo bom andamento do feito robustecendo suas razões de decidir, veja-se decisão deste Tribunal:

*“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EXECUÇÃO PENAL – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DILIGÊNCIAS FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – REQUISIÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – DOCUMENTO DE INTERESSE DO JUÍZO – EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE POR TÉRMINO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL – NECESSÁRIO CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DE AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – ART. 89 DO CP – NULIDADE – PROVIMENTO, COM O PARECER.*

*A juntada da certidão de antecedentes criminais é indispensável para verificar a ausência de impedimentos à extinção de punibilidade em razão do término de liberdade condicional sem revogação, seja por ato ex officio do magistrado, já que matéria de interesse público e processual, seja a requerimento do parquet, através do poder de requisição consubstanciado no art. 129, VIII, da CF, sob pena de nulidade da sentença... (Recurso Em Sentido Estrito - Nº 0063560-83.2012.8.12.0001 - Três Lagoas Relator designado: Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul Prom. Justiça: Juiz Bueno Nogueira Recorrido: Gilmar Martins de Souza DPGE - 1ª Inst.: Alceu Conterato Júnior, Julgado em 14 de março de 2016).”*

O art. 66, VI da LEP assim ensina:

*“(...) Art. 66. Compete ao Juiz da execução:*

*VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (...)”.*

Vê-se claramente do dispositivo transcrito que, embora o *parquet* seja o “fiscal da lei”, a norma acima versada impõe ao Juiz da Execução velar pelo efetivo cumprimento da reprimenda imposta, analisando se o apenado atingiu os requisitos objetivos, tal como o decurso do período de prova, sem qualquer tipo de interrupção ou revogação.

Ora isso exige que se analisem os antecedentes criminais para fins de extinção da punibilidade, pois somente através do referido histórico se poderá verificar sobre a ocorrência de crime cometido durante o período de prova do benefício executório, e se redundou em condenação e se esta transitou em julgado.

Com efeito, a prática de novo delito no decurso do período de livramento é apta a acarretar a prorrogação de tal período e impedir seja declarada a extinção da punibilidade.

Nesse sentido, ensina Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Código Penal Interpretado, São Paulo: ed. Atlas, 2001, p. 551:

*“(...) Expirado o prazo sem revogação, deve ser declarada extinta a pena do beneficiário do livramento condicional (arts. 90 do CP e 146 da LEP).*

*Entretanto, como o Juiz não pode declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento (art. 89 do CP), o prazo do livramento condicional é prorrogado até que a sentença referente ao crime superveniente se torne irrecorrível.*

*Nessa hipótese há prorrogação automática do prazo do livramento, independente de declaração pelo juiz, pois, de outro modo, não teria sentido a regra estabelecida no último dispositivo.*

*Deve-se, assim, aguardar a decisão definitiva do processo: sendo o réu condenado, revoga-se o livramento; absolvido, declara-se extinta a pena privativa de liberdade (...).”*

Também é entendimento do STJ:

*“HABEAS CORPUS. CARTA DE GUIA PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. CORRETO CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. TRABALHO EXTERNO. COMUTAÇÃO DE PENA.*

*1. Já tendo sido encaminhada ao Juízo da Execução a carta de guia para o cumprimento da pena, não subsiste qualquer constrangimento ilegal decorrente da demora de sua remessa pela Corte Estadual.*

*2. À luz do artigo 66, inciso VI, da Lei nº 7.210/84, Compete ao juízo da execução, por primeiro, zelar pelo correto cumprimento da pena.*

*3. Não tendo sido o inconformismo do sentenciado sequer deduzido perante aquele juízo, não pode o writ, por isso mesmo, ser examinado por esta Corte Superior de Justiça, pena de intolerável supressão de instância.*

*4. Não se conhece de habeas corpus na hipótese da matéria da impugnação não ter sido suscitada perante a Corte Estadual.*

*5. Habeas corpus julgado prejudicado quanto ao pedido de remessa ao Juízo da Vara de Execuções Penais da carta de guia para o cumprimento da pena e não conhecido quanto aos pedidos de livramento condicional, trabalho externo e comutação de pena. (HC 18.713/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 06/05/2002, p. 323)”*

Ora, no caso presente, a f. 82, o Juiz singular concedeu a progressão do regime para o semiaberto, contudo, a reeducanda manteve-se foragida do Estabelecimento Penal do semiaberto, justificando o pedido do membro do *parquet* pela regressão de regime, o qual foi deferido, às f. 179/181.

À f. 221, a reeducanda obteve nova progressão de regime e a f. 241 obteve o livramento condicional.

Depois, o Membro do *parquet* solicitou ao Juízo Singular a atualização dos antecedentes criminais da reeducanda no intuito de averiguar a ocorrência de alguma das hipóteses de revogação ou suspensão do benefício, em observância ao disposto no art. 89 do CP, pugnando ao final, caso não constasse nenhuma informação que lhe desabonasse, pela extinção da pena.

Salienta-se que o MP, às f. 333, ao opinar acerca da extinção da pena, assinalou que a f. 241, consta que a sentenciada passou a gozar do benefício do livramento condicional, cujo período de prova findou, conforme cálculo de pena de f. 234/235. Porém, assinalou o MP o seguinte:

*“(...) No entanto, antes de decretar extinta a pena da apenada, imperioso perquirir se sobreveio, durante o período do livramento alguma das hipóteses de revogação ou suspensão do benefício, nos termos dos arts. 86 e 89 do CP. (...)”*

*Destarte, requeiro a atualização dos antecedentes criminais da sentenciada em consulta ao cartório distribuidor local, da capital, II/MS e INI/PF, devendo ser solicitado ao cartório respectivo certidão circunstanciada dos feitos criminais porventura em trâmite.*

*Em caso de inexistência de antecedentes negativos, pugno, desde logo, se não vier a constar no presente feito nenhuma comunicação que lhe prejudique, pela declaração da extinção da pena privativa de liberdade impingida à apenada, nos termos do art. 90 do Código Penal e do art. 146 da Lei de Execução Penal”.*

Tal pedido respeitava a competência do magistrado da execução da pena para verificar o devido cumprimento dessa pena.

Contudo, ao decidir o incidente, o Juiz ponderou e argumentou que os antecedentes criminais poderiam ter sido solicitados diretamente pelo Ministério Público, consoante dicção do art. 129, VIII, da CF, sendo inoportuna sua requisição apenas após o cumprimento da reprimenda pela apenada, declarando extinta a punibilidade da mesma pelo cumprimento integral da reprimenda.

A meu ver, como exposto acima, esse não foi o melhor entendimento, pois venho entendendo que tais pedidos do MP devem sim ser deferidos, quando se trate de questão que interessa ao correto cumprimento da pena, veja-se acórdão julgado por esta Primeira Câmara Criminal:

*“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – MINISTÉRIO PÚBLICO QUE REQUER ATUALIZAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DO AGRAVADO – INDEFERIMENTO PELO JUIZ – DECISÃO DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE SEM ANALISAR ANTECEDENTES ATUALIZADOS – PERTINÊNCIA DA DILIGÊNCIA REQUERIDA – DECISÃO CASSADA PARA SE DEFERIR O PEDIDO DO MP – RECURSO PROVIDO.*

*A possibilidade de o representante do Ministério Público requisitar diligências diretamente a quem possa ou deva fornecê-las não exclui a de requerer ao juízo, mormente quando a diligência não é apenas meio de prova mas elemento informador do processo e de importância para a correta aplicação da lei penal.*

*A extinção de punibilidade pelo cumprimento da pena pressupõe alguns requisitos, entre os quais se verificar se o sentenciado cumpriu condições do livramento condicional,*

*por isso não deve o juiz decidir pela extinção de punibilidade sem verificar se no curso do período de prova do livramento condicional adveio alguma causa para a suspensão ou revogação obrigatória do benefício.*

*A pesquisa e atualização dos antecedentes deve preceder a decisão a respeito de extinção de punibilidade, por isso o pedido ministerial de atualização de antecedentes deve ser deferido pelo Juiz, sendo incorreta a decisão que extingue a pena com base em requisitos cumpridos, quando antes indeferiu a atualização de antecedentes, pois esta é elemento necessário para verificar aqueles requisitos.*

*Contra o parecer, recurso provido para anular a decisão. (1ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito - Nº 0001489-87.2009.8.12.0021 - Três Lagoas, Relatora Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, Agravante : Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, julgamento em 1 de março de 2016)”.*

Entendo que o recurso deve ser provido, a fim de que seja cassada a decisão que decretou a extinção da punibilidade da reeducanda Fernanda Ramos Soares, haja vista a imprescindibilidade da análise dos antecedentes criminais.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso para cassar a decisão lançada e determinar que o magistrado proceda à análise do cumprimento do livramento analisando não só os quesitos objetivos, mas também as causas suspensivas/revogatórias do benefício, inclusive analisando os antecedentes criminais da reeducanda.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal)

Ouso discordar da relatora.

Trata-se de recurso em sentido estrito (f. 337-344) interposto pelo Ministério Público Estadual em 25 de setembro de 2014 contra sentença de f. 334 que extinguiu a punibilidade de Fernanda Ramos Soares, face o cumprimento integral da pena imposta, independentemente da juntada de certidão de antecedentes criminais, para se confirmar ou não, se durante o período de prova do livramento condicional, sobreveio alguma hipótese de revogação ou suspensão de tal benefício.

Consta nos autos que Fernanda foi condenada pela prática de tráfico de drogas, tendo obtido o benefício livramento condicional em 8 de agosto de 2012 (f. 241).

Pelo cálculo de f. 235, a previsão para o término da pena era 13 de novembro de 2013 .

Em 4 de abril de 2014, a recorrida ingressou com o pedido de extinção da pena pelo cumprimento da mesma (f. 329).

Em 8 de julho de 2014 (data da assinatura digital), o representante do Ministério Público Estadual em Três Lagoas -MS afirmou que o período de prova terminou em 13 de novembro de 2013 e requereu:

*“Destarte, requeiro a atualização dos antecedentes criminais do sentenciado em consulta ao cartório distribuidor local, da capital, II/MS e INI/PF, devendo ser solicitado ao cartório respectivo certidão circunstanciada dos feitos criminais porventura em trâmite. Em caso de inexistência de antecedentes negativos, pugno, desde logo, se não vier a constar no presente feito nenhuma comunicação que lhe prejudique, pela declaração da extinção da pena privativa de liberdade impingida ao apenado em 18/10/2014, nos termos do art. 90 do Código Penal e do art. 146 da Lei de Execução Penal (f. 301-304)”.*

Em 19 de outubro de 2014, pelo juízo da Execução Penal de Três Lagoas-MS prolatada a seguinte sentença:

*“Sentença*

*Os antecedentes criminais poderiam ser solicitadas pelo Ministério Público, que possui poder de requisição (art. 129, VIII, da Constituição Federal), não havendo sentido em solicita-lo após a reeducanda ter cumprindo a pena.*

*Inexistindo fatores impeditivos nos autos, declaro extinta a punibilidade de Fernanda Ramos Soares, face o integral cumprimento da pena que lhe foi imposta.*

*Feitas as comunicações de praxe, archive-se.*

*Publique-se. Registre-se. Intime-se.*

*Três Lagoas-MS, 19 de setembro de 2014.”.*

Pois bem. Realmente é tarefa do juízo da Execução Penal fiscalizar se as condições impostas no livramento condicional estão sendo cumpridas.

Ocorre que:

*“Praticado novo delito no período de prova do livramento condicional, cabe ao Juízo das Execuções a suspensão cautelar do benefício ainda durante o seu curso para, posteriormente, e se for o caso, revogá-lo, tendo em vista a existência de outra condenação sofrida pelo paciente durante o período de prova. Inteligência dos arts. 732, do Código de Processo Penal e 145 da Lei de Execuções Penais. Nos termos do art. 90 do Código Penal, descabe suspender ou revogar o livramento condicional somente após o período de prova, mesmo que em razão do cometimento de novo delito no período, pois terminado o referido prazo, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (STJ. HC 278.639/SP, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)”.*

Ora, nada mais do que a literalidade do artigo 90, do Código Penal “*Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade*”.

Por seu turno, dispõe o artigo 146, da LEP que “*Art. 146. O Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação*”.

Foi exatamente o que ocorreu nos autos: passado todo o período de prova sem revogação do livramento condicional, a pena privativa de liberdade de Fernanda foi extinta.

A recorrida não pode ser penalizada quase dois anos após a extinção de sua punibilidade pelo cumprimento da pena com a revogação da decisão, pois implicaria em violação ao princípio da razoabilidade, já que a pena já se encontrava automaticamente extinta.

Aliás, de muito advertia o saudoso Mirabete<sup>1</sup>, “*Ainda que haja ocorrido causa de revogação durante o período de prova, se não foi decretada a revogação, não será mais esta possível, restando apenas declara-se extinta a pena*”.

<sup>1</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 552.

No mesmo sentido, esclarece Damásio de Jesus<sup>2</sup>:

*“Vencido o período de prova sem prorrogação, ainda que se descubra posteriormente a existência de outro processo em andamento em face do sentenciado, iniciado durante o período de prova, há de prevalecer a decisão transitada em julgado, de modo que não se permite a desconsideração da extinção da pena, que se dá automaticamente. [...]”*

*Natureza da sentença*

*É meramente declaratória e não constitutiva.*

*Assim, tem-se por extinta a punibilidade na data do término do período de prova e não na em que o juiz profere o despacho”.*

Por oportuno:

*“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO DA PENA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CRIME COMETIDO DURANTE O PERÍODO DE PROVA. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO, REVOGAÇÃO OU PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. ART. 90 DO CÓDIGO PENAL. FISCALIZAÇÃO. ART. 145 DA LEP. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, que passou a não ser mais admitido nesta Corte Superior para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, ressalvado os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.*

*2. Compete ao magistrado das execuções criminais determinar a suspensão do livramento condicional, cautelarmente, quando cometido novo delito durante a sua vigência para depois, se for o caso, revogá-lo (art. 145 da Lei de Execução Penal).*

*3. Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, não ocorrendo o sobrestamento durante o período de prova, descabida é a sua revogação posterior, devendo ser declarada a extinção da pena, nos termos do art. 90 do Código Penal.*

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o aresto hostilizado e restabelecer a decisão proferida pelo Juízo da Execução que declarou extinta a pena privativa de liberdade imposta ao paciente nos Autos n. 28.282/08, da 9ª Vara Criminal da comarca da Capital/SP, em virtude de seu integral cumprimento. (STJ. HC 290.526/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015)”*

*“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO NO CURSO DO BENEFÍCIO. DECISÃO DE PRORROGAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. I - Cabe ao Juízo da Vara de Execuções Penais, nos termos do art. 145 da LEP, quando do cometimento de novo delito no período do livramento condicional, suspender cautelarmente a benesse, durante o período de prova, para, posteriormente, revogá-la, em caso de condenação com trânsito em julgado. II - Expirado o prazo do livramento condicional sem a sua suspensão ou prorrogação (art. 90 do CP), a pena é automaticamente extinta, sendo flagrantemente ilegal a sua revogação posterior ante a constatação do cometimento de delito durante o período de prova. (Precedentes do STJ e do STF). III - In casu, não*

<sup>2</sup> JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357.

*houve a suspensão cautelar do livramento condicional durante o seu curso, inexistindo, portanto, qualquer obstáculo para se reconhecer a extinção da pena, nos termos do art. 90 do Código Penal. Habeas corpus concedido. (STJ. HC 279.405/SP, Rel. Ministro Feliz Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014)”.*

*“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO, NO CURSO DO BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO CAUTELAR. PENA EXTINTA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. A teor da jurisprudência pacífica do STJ, ainda que praticado novo delito no curso do período de prova, extingue-se a pena, nos termos do disposto no art. 145 da Lei n. 7.210/84, se não houver suspensão cautelar do benefício do livramento condicional dentro desse prazo. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença que julgou extinta a pena. (STJ. HC 295.976/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 17/09/2014)”.*

*“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO DELITO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO APÓS O PERÍODO DE PROVA. INVIABILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A prática de crime durante o livramento condicional impõe ao magistrado das execuções penais a suspensão cautelar desse benefício dentro do período de prova, sendo inviável a adoção dessa medida acautelatória após esse período. 2. Inexistindo, portanto, decisão que suspenda cautelarmente o livramento condicional e transcorrendo sem óbice o prazo do benefício, é impositivo, nos termos da jurisprudência desta Corte, reconhecer a extinção da pena pelo integral cumprimento. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para julgar extinta a punibilidade do paciente, dado o término do cumprimento do período de prova do livramento condicional, sem a suspensão ad cautelam desse benefício, nos autos da Execução n. 639.576 Processo n. 050.04.050003-9) - Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo. (STJ. HC 295.881/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 08/09/2014)”.*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO DELITO DURANTE O PERÍODO DE PROVA. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO, REVOGAÇÃO OU PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Segundo entendimento desta Corte de Justiça, cumprido o prazo do livramento condicional, sem a suspensão ou a revogação do benefício pelo Juiz da Execução, a pena deve ser declarada extinta, nos termos do art. 90 do Código Penal e 145 da Lei de Execuções Penais, sendo inadmissível a prorrogação do período de prova. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente quanto ao crime objeto da 1ª Execução. (STJ. HC 301.945/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 15/12/2014)”.*

Portanto, no caso concreto, como não foram tomadas as providências necessárias no momento devido, a única alternativa é a manutenção da extinção da punibilidade de Fernanda pelo cumprimento da pena.

Frise-se que somente ocorreria a prorrogação automática do período de prova se houvesse a comprovação, no tempo devido, que o recorrido respondia a processo-crime, o que não ocorreu no caso concreto.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público Estadual.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto da Relatora, vencido o 1º Vogal.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 02 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0002064-75.2012.8.12.0026 - Bataguassu**  
**Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE PASSAR INFORMAÇÕES A GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DESTINADA AO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 37 DA LEI 11.343/06) – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO E DA *AFFECTIO SOCIETATIS* – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS DE QUE A APELANTE DOLOSAMENTE PASSOU INFORMAÇÕES A GRUPO COM VÍNCULO CRIMINOSO ESTÁVEL, ORGANIZADO, HIERARQUIZADO E COM DELIMITAÇÃO DE FUNÇÕES E RESPONSABILIDADES – ALEGAÇÃO DE QUE AS INFORMAÇÕES REPASSADAS FORAM IRRELEVANTES – NEGADO – ART. 37 DA LEI DE DROGAS QUE NÃO DISTINGUE O TEOR DAS INFORMAÇÕES – ADEMAIS, PROVAS DE QUE APÓS A APELANTE INFORMAR AOS TRAFICANTES QUE SEUS TELEFONES ESTAVAM GRAMPEADOS, ESTES DESACATARAM O DELEGADO QUE PROCEDIA ÀS INTERCEPTAÇÕES E EVITARAM FALAR SOBRE O TRÁFICO – PROVA DE QUE ELES TAMBÉM MUDARAM OS TERMINAIS, DIFICULTANDO SOBREMANEIRA A INVESTIGAÇÃO.

Deve ser mantida a condenação pelo crime de passar informação a grupo de traficantes se as provas nos autos demonstram que a recorrente, mediante dolo, arrecadou informações sigilosas no fórum local para repassá-las para organização criminosa destinada ao tráfico de drogas.

O art. 37 da Lei de Drogas não distingue o teor das informações fornecidas e sua relevância para fins de tipicidade, e ademais, provou-se a utilidade das informações repassadas (de que os celulares dos traficantes estavam sendo interceptados), que foram de bom proveito ao grupo, vez que evitaram falar sobre seus negócios escusos, xingaram o delegado e, por fim, trocaram os números dos terminais, dificultando as investigações.

PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO APLICADA NA 1ª FASE DA DOSIMETRIA – PLEITO INCABÍVEL POIS NÃO APLICADA QUALQUER CAUSA DE AUMENTO – CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO PREVISTA NO ART. 59 DO CP QUE NÃO SE CONFUNDE COM CAUSA DE AUMENTO – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – ART. 37 QUE NÃO ESTÁ ELENADO NO ROL DO ART. 33 – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO – PROCEDENTE – CRIME DO ART. 37 DA LEI DE DROGAS QUE NÃO É EQUIPARADO A HEDIONDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – COM O PARECER.

Não foi aplicada qualquer causa de aumento de pena na 1ª fase da dosimetria, pelo que não cabe sua retirada.

A circunstância do delito (prevista no art. 59 do CP e de aplicação na 1ª fase da pena) justifica a elevação da pena-base, haja vista que a recorrente adquiriu as informações sigilosas dentro do próprio Fórum local, aproveitando-se de ambiente de confiança por trabalhar naquele edifício e ter maior facilidade de acesso ao banco de dados da Justiça.

Não se aplica a redutora de um dispositivo legal a outro dispositivo (que cuida de outro crime) sob pena de inovação da norma jurídica e afronta à competência legislativa.

Ademais, incabível a aplicação integral do art. 33 da Lei de Drogas ao caso, pois implicaria em *reformatio in pejus*, quer em razão do tempo de duração da pena cominado (05-15 anos de reclusão) quer na forma de progressão de regime, vez que tal delito é equiparado a hediondo.

Não se substitui a pena corporal por restritiva de direitos se a recorrente possui circunstâncias judiciais negativas, nos termos do inciso III do art. 44 do CP.

O crime previsto no art. 37 da Lei de Drogas não é equiparado a hediondo, devendo ser decotada da pena a hediondez deste delito.

## 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 parcial provimento, nos termos do voto da relatora, vencido o vogal, parcialmente.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Mayara Cristina Manea foi condenada a 02 anos e 08 meses de reclusão no regime aberto, e ao pagamento de 400 dias-multa pelo crime de passar informações a grupo ou organização destinada ao tráfico de drogas, previsto no art. 37 da Lei 11.343/06.

Inconformada, recorre pleiteando sua absolvição vez que a tipificação do art. 37 da Lei de Drogas exige que tal informação seja passada para grupo, organização ou associação destinada ao tráfico, cuja *affectio societatis* não restou comprovada nos autos, sustenta que as informações repassadas foram irrelevantes a justificar sua condenação, que não houve dolo em sua conduta e que por isso deve ser absolvida pela atipicidade da conduta vez que a modalidade culposa desse crime não é apenada.

Alternativamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o afastamento da causa de aumento pelo crime ter sido cometido nas dependências do Fórum local, alegando que o art. 40 da Lei 11.343/06 não prevê tal causa de aumento, ferindo o princípio da reserva legal; a aplicação da causa de diminuição prevista o § 5º do art. 33 da Lei de Drogas e, por fim, requer o afastamento da hediondez do crime.

O *parquet* contra-arrazoa, às f. 370-403, pela manutenção da decisão lançada.

O Parecer Ministerial opina, às f. 409-425 pelo parcial provimento do recurso para afastar o caráter hediondo da conduta.

**VOTO (EM 07.06.2016)**

A Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Do pedido de absolvição:

A apelante não nega que tenha repassado as aludidas informações, e apenas alega que o crime não restou configurado, sob a alegação de que não há nenhuma prova nos autos da *affectio societatis* entre as pessoas que receberam referida informação.

Pois bem, o art. 37 da Lei 11.343/06 assim prescreve:

*“Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.”.*

Como se vê, referido dispositivo para sua tipificação exige que a informação tenha como destino grupos, organizações ou associações criminosas destinadas à prática do tráfico de drogas, fato que exige a comprovação da *affectio societatis*, ou seja, a existência de um vínculo estável para o tráfico de entorpecentes.

O que consta dos autos é que a apelante aproveitou-se da confiança que lhe era depositada pelos servidores do fórum da comarca de Bataguassu/MS, devido ao fato de ser assistente de apoio institucional da subseção local da Ordem dos Advogados do Brasil e, ao perceber que o auxiliar judiciário Cleiton Buzati havia deixado seu usuário do SAJ logado, acessou os autos nº 026.10.001385-1 (que desencadeou a Ação Penal nº 001845-33.2010.8.12.0026), e anotou os números de telefones que estavam sendo objeto de interceptação telefônica, os quais pertenciam a membros de uma associação que traficava drogas na cidade de Bataguassu/MS, repassando as informações para Taisi Aparecida Ariane Teixeira, que integrava referida associação criminosa e repassou as informações aos demais integrantes de seu grupo criminoso, com o propósito de prejudicar o trabalho investigativo da Polícia Judiciária.

Em consulta ao SAJ, verifica-se que Taisi Aparecida Ariane Teixeira é prima de Franciel Glebson Aparecido da Silva e de Tiago Ferreira Teixeira e amiga de Samuel Silva Santos e amiga de Patrick Hernandes Guimarães, os quais juntamente com Liliana Raquel Pires, Martiliano Rodrigues dos Santos e com Waldecir Sabino dos Santos são réus na Ação Penal nº 001845-33.2010.8.12.0026, em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Bataguassu/MS.

Nos presentes autos, a defesa pugna pela absolvição da apelante ao argumento de que não teria restado comprovada a existência de grupo, organização ou associação destinada ao tráfico, mas sem razão.

No caso em tela, o longo interrogatório prestado por Thiago Ferreira Teixeira, às f. 169-188, informa que este é primo de Taisi e Franciel, e que retornou ao uso de drogas há 04 meses, sempre fumando maconha com Franciel, que, mesmo sem possuir nenhuma forma de renda, lhe cedia gratuitamente referido entorpecente.

Embora este declarante afirme que nunca comprou droga de Franciel, seu esclarecedor depoimento permite concluir o *modus operandi* dos envolvidos no tráfico, que, por sua vez, possui o condão de comprovar a associação criminosa, vejamos:

No referido depoimento Thiago, acerca das interceptações telefônicas, esclarece que “FITA” refere-se a droga, e que fica na praça do peixe esperando que usuários de drogas o abordem pedindo o entorpecente, momento no qual entrava em contato com o fornecedor Samuel, que pelo que se permitia entrever, pegava droga com Franciel, veja-se:

*“(...) MP: Tá, consta aqui no dia 29 de maio, por volta das 17h49min, você negociava com o adolescente Samuel, acertando pra se encontrar na pracinha, da tal fita, fita codinome de substância entorpecente. Isso ocorreu?”*

*RÉU: Ocorreu sim senhor.*

*MP: Ocorreu?*

*RÉU: Ocorreu.*

*MP: Então o quê que aconteceu nessa pracinha?*

*RÉU: Não, tinha um homem lá estranho que pegou e perguntou se tinha droga, eu perguntei, eu liguei pro Samuel pra ver se o Samuel sabia quem tinha fita (...)”.*

Em continuidade, Thiago relata que Franciel fornecia drogas, a título gratuito também para Samuel consumir.

Também fica incoerente que Thiago ora afirme que Samuel não vendia drogas, e, no mesmo depoimento, acabe declarando que ao ser abordado por um usuário de entorpecente na praça do peixe ligou para Samuel proceder à venda.

Em veras o tráfico ocorria da seguinte forma:

Franciel estava no comando do tráfico de drogas, e distribuía entorpecentes a seus subordinados, que além de usarem também o revendiam da seguinte forma: Thiago fazia a captação de clientes/usuários e os direcionava para Samuel, depositário da droga fornecida por Franciel.

A isso some-se o relatório dos investigadores às f. 101-102, no qual relatam que:

*“(...) O tráfico de drogas, principalmente a droga vulgarmente conhecida como “crack” está sendo realizada por uma quadrilha comandada por Franciel Glebson Teixeira, o qual teria sido batizado na organização criminosa PCC e recebeu a comenda de disciplina entre outros integrantes da quadrilha.*

*Franciel impõe medo entre os usuários de drogas e esteve envolvido no furto ocorrido na Delegacia de Defesa da Mulher de Presidente Epitácio – SP, de onde foram furtados alguns coletes a prova de bala que seriam encaminhados para o PCC na capital paulista afim de ser utilizado em roubo a bancos. Os coletes foram apreendidos pela polícia paulista em poder de Franciel.*

*A quadrilha chefiada por Franciel estaria ameaçando usuários de drogas para cobrança de dívidas de drogas... Sob o comando de Franciel, estão traficando drogas os indivíduos Alexander Centurion Neto, vulgo “gordo”, Willian Pio dos Santos, Evandro Henrique Siqueira Carneiro, vulgo “Wandinho”, Thirago Ferreira Teixeira e o adolescente Samuel da Silva Santos (...)”.*

Portanto, a forma com a qual o tráfico ocorria, hierarquizada, com divisões de funções e responsabilidades, por pelo menos 04 meses, comprova a estabilidade dos envolvidos no crime de tráfico de drogas, tratando-se, pois, de grupo, organização ou associação criminosa destinada ao tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, as provas carreadas aos autos deixam claro que a apelante Mayara passou informações a pessoas que, de forma estável, organizada, hierarquizada e com atribuição de funções, praticavam o tráfico de entorpecentes na cidade, razão pela qual, mantenho a condenação da recorrente.

No que tange à alegação de que as informações passadas pela apelante foram insignificantes.

Cumprir registrar que o aludido art. 37 da Lei 11.343/06 não faz distinção do tipo de informação, se de maior ou menor insignificância, nem exige para sua consumação algum resultado naturalístico ou prejuízo resultante.

Todavia no caso provou-se que tal informação foi de extrema valia para os traficantes, posto que um dos critérios para a autorização judicial de interceptação telefônica reside na impossibilidade de outro meio de prova, e a ação da apelante acabou frustrando o prosseguimento da interceptação com bons resultados para a investigação, isto porque os interceptados, sabedores da interceptação, deixaram de falar livremente a respeito de ações criminosas.

Vê-se que na interceptação telefônica às f. 167, já sabedores da interceptação telefônica que sobre eles recaia, os traficantes passaram a xingar e afrontar o Delegado de Polícia, bem como passaram a ter a cautela de nada comentarem nas linhas investigadas e por fim, trocaram definitivamente os terminais telefônicos.

Vale citar os termos da sentença quando analisou este ponto:

*“(...) No que tange à alegada falta de comprovação de que a informação prestada pela acusada tenha ajudado a organização criminosa, verifica-se a dispensabilidade de tal requisito para configuração da conduta descrita no artigo 37 da Lei 11.343/2006, conforme remansoso entendimento doutrinário, segundo o qual trata-se de crime formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde de alguém, nem mesmo se exige a efetiva prática dos crimes dos arts. 33 e 34)*

*Outrossim, da análise dos elementos informativos trazidos aos autos é possível se extrair a potencialidade da conduta praticada pela acusada, haja vista que em razão das informações prestadas à organização criminosa, alguns de seus integrantes trocaram os números de suas linhas telefônicas, dificultando a ação policial em curso.”*

Portanto, muito embora o teor da informação e o resultado dessa ação não sejam requisitos essenciais para a tipificação do crime em espécie, sendo desnecessário provar o peso dessas informações na conduta dos informados, para incidência do art. 37 da Lei de Drogas, mesmo assim no caso em tela provou-se que tais informações em muito aproveitaram aos autores dos delitos, como acima exposto, causando assim prejuízo à investigação.

Quanto à alegada ausência de dolo na conduta:

A depoente Taisi Aparecia Ariane Teixeira relata que Mayara teria informado que os telefones do seu primo, do Franciel, do Patrick estavam grampeados e que era para avisar os demais, veja-se:

*“(...) RÉ: Ela foi na minha casa um dia no horário de almoço, e me deu um papelzinho com umas listas, número de telefone, e perguntou se eu conhecia o telefone de alguém, aí eu falei que só conhecia do Franciel, porque eu olhei no meu celular e vi que o número era o mesmo, aí ela pegou e falou para mim que era para mim avisar ele que a polícia estava rastreando o telefone dele?: E a senhora avisou?*

*RÉ: Avisei (...)”.*

Como se verifica do depoimento acima, resta patente que o *animus* da recorrente estava direcionado ao fornecimento das informações ao grupo criminoso, tanto que determinou que Taisi comunicasse os demais acerca das investigações, estando assim presente o dolo da apelante.

Ademais, toda a sua conduta mostra intenção específica direcionada ao delito em questão, pois a apelante aguardou o momento de lapso de vigilância por parte do servidor do Poder Judiciário, Cleiton Buzatti, para pesquisar o processo em questão, anotando os números telefônicos grampeados e repassando os dados aos investigados.

Mostrou sofisticação na empreitada delituosa (esperar por um momento de lapso de um servidor público), mostrando plena consciência e clara vontade em seu agir, o que figura a existência do dolo, motivo pelo qual a alegação defensiva não merece prosperar, eis que totalmente infundada.

A propósito o juiz sentenciante relatou sobre o *modus operandi* da apelante, o seguinte:

*(...) De início, é oportuno salientar que, no dia 09 de julho de 2010, ao ser ouvida pela primeira vez junto à autoridade policial, a acusada confessou a prática delitiva, conforme se verifica do teor de suas declarações acostadas à fl. 11 dos autos:*

*“ Que, em data que não se recorda, sabendo que foi em meados de junho, Clayton deixou a pagina do SAL com sua senha aberta e saiu da sala, momento em que a declarante ao realizar consulta dos processos de um dos primos de Taisi, viu que havia um processo de interceptação telefônica, tendo aberto tal processo e visto alguns ofícios pedindo as operadoras de celulares a interceptação de algumas linhas; Que, decidiu copiar o números de telefones em um papel e levou até a casa de Taisi, que ao ver os números reconheceu como sendo as linhas utilizadas por seus primos Franciel, Tiago e o amigo Samuel “*

Tal versão dos fatos é corroborada pela testemunha Taisi Aparecida Ariane Teixeira, no auto de qualificação e interrogatório de fls. 12/13, realizado na mesma data em que a ré foi ouvida, cujas informações são ratificadas no termo de depoimento de fls. 15, prestado em 15/09/2010, oportunidade em que é informado terem os fatos acontecido exatamente da forma narrada pela acusada:

*“Que, quer esclarecer que realmente em meados de junho não se recordando a data certa, foi procurada por sua amiga de nome Maiara, a qual trabalha na OAB do Forum e essa lhe confidenciou que tinha ficado sabendo que os aparelhos celulares de Franciel, Samuel E Tiago estavam grampeados pela polícia, quando numa atitude de impulso procurou seus primos e disse o que tinha ficado sabendo; que, Maiara levou até a interrogada os números de telefones celulares que segundo ela estavam grampeados, tendo reconhecido os números de seus primos”.*

Dessa forma, deve ser mantida integralmente a sentença condenatória.

Do pedido de afastamento da “causa de aumento”:

A recorrente alega que *“(...) O MM Juiz de piso aumentou a pena base com o fundamento de que a suposta conduta da apelante teria sido realizada dentro do Fórum (...)”* e alega que a Lei de Drogas é específica acerca das causas de aumento de pena.

Inicialmente cumpre registrar que o magistrado singular, ao dosar a pena da recorrente elevou a pena-base em razão das circunstâncias do delito, previstas no art. 59 do CP, veja-se a dosimetria:

*“(...) Passo à dosimetria da pena.*

*A culpabilidade da acusada é normal, sem elemento a ensejar o agravamento da pena, não obstante a gravidade do delito, que já foi sopesada na definição da pena em abstrato, em seu mínimo e máximo.*

*Quanto aos antecedentes criminais da acusada, verifica-se haver registros a desabonar sua conduta. Todavia, não há informações de que a decisão tenha transitado em julgado, daí porque incidir a Súmula 444 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao definir que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.*

*No pertinente à personalidade e conduta social da ré e motivos do crime, faltam elementos para análise.*

*Quanto às circunstâncias em que o crime ocorreu, deve ser considerado ter a ré praticado a conduta delituosa no interior do edifício do fórum local, colocando em xeque a credibilidade do Poder Judiciário sulmatogrossense, haja vista ter se aproveitado da confiança que lhe era depositada e do acesso facilitado que tinha às instalações do prédio para a realização do delito, o que deve ser levado em consideração para elevar a pena-base.*

*No atinente às consequências do crime, são elas desfavoráveis à denunciada, já que sua conduta teve o condão de prejudicar o trabalho investigativo da Polícia Judiciária desta cidade, haja vista ter possibilitado aos membros da organização criminosa beneficiada a troca de números de suas linhas telefônicas ante a informação acerca da interceptação realizada.*

*Não há que se falar no comportamento da vítima, frente à peculiaridade do crime.*

*Por tais razões, considerando-se os requisitos constantes do art. 59 do Código Penal, retro comentados, fixo a pena acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 400 (quatrocentos) dias multa, tornando-a definitiva neste patamar, pois não há atenuantes, agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena (...).”*

Em verdade, a apelante promove uma verdadeira confusão entre as circunstâncias do delito previstas no art. 59 do CP, e aplicáveis na 1ª fase da dosimetria, com as causas de aumento previstas no art. 40 da Lei de Drogas que somente têm aplicação na 3ª fase da pena.

Isto posto, tal tese defensiva não prospera, haja vista que a dosimetria da pena acima transcrita deixa claro que não foi aplicado à apelante nenhuma das causas de aumento do art. 40 da Lei 11.343/06, o que ocorreu foi que a forma como o crime ocorreu (circunstâncias do delito do art. 59 do CP) foi avaliada como circunstância desfavorável, por ser praticado por servidora da OAB-MS, dentro do Fórum local, (obtendo acesso à base de dados sigilosos da Justiça) justificando a elevação da reprimenda inicial.

Então, tal ponto foi ponderado na primeira etapa da dosimetria, para elevar a pena-base.

Com efeito, neste ponto o juiz justificou a elevação da pena com fundamentos muito pertinentes, relatando que tal ação da apelante colocou em xeque a credibilidade do Poder Judiciário sulmatogrossense, e de seu funcionamento, e acesso a seus dados não públicos, além de que mostra aproveitamento da confiança que lhe era depositada e do acesso facilitado que tinha às instalações do prédio para a realização do delito, tudo a tornar desfavoráveis as circunstâncias da sua conduta.

Do pedido de aplicação da redutora do § 5º do art. 33 da Lei de Drogas.

A recorrente alega, às f. 367, que “(...) O § 5º do art. 33 da Lei de Drogas traz um favor da lei para diminuição da pena, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa (...)”.

Inicialmente cumpre registrar que a pleiteada benesse não está encartada no §5º do art .33 da Lei de Drogas, mas em seu § 4º, veja-se:

*“(...) Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

*I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;*

*II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;*

*III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.*

*(...)*

*§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (...).”*

Nesse passo, registro que sequer existe § 5º no referido dispositivo.

Saneado tal equívoco, passo à análise da questão.

A recorrente foi condenada pelo crime de passar informação a organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas, previsto no art. 37 da Lei 11.343/06.

Como se verifica do referido § 4º acima transcrito, tal dispositivo não se refere de todo em todo a tal delito, limitando-se sua aplicação aos delitos descritos no art. 33 da Lei de Drogas.

Não há como aplicar um tal dispositivo apenas em parte, então, se o dispositivo da redutora fosse aplicado, haveria de ser em sua integralidade, mas é impossível fazer isso no caso presente, pois obviamente tal dispositivo não se refere à conduta pela qual a apelante ficou condenada.

Isto posto, e considerando que o art. 33 (05-15 anos de reclusão) possui pena superior àquela prevista no art. 37 (02-06 anos de reclusão) pelo qual a recorrente foi condenada, impossível a aplicação de tal benesse destacada de seu artigo sob pena de inovação do texto legal cuja competência é exclusiva do legislativo.

Ademais, assim agindo iria se promover uma verdadeira *reformatio in pejus* contra a apelante, não só do ponto de vista do quantitativo da pena, mas também na forma de seu cumprimento, já que, a

se aplicar o art. 33 de alguma forma, incidiria na conduta da apelante a hediondez que recai sobre o art. 33 da Lei de Drogas, o qual recrudesce os patamares para progressão e outras benesses, além de impedir a comutação de pena.

Impossível de atender o pleito da apelante.

Dessa forma, não aplico a redutora do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, por ser absolutamente descabida à espécie.

Do pedido de substituição da pena:

Embora a pena aplicada seja inferior a 04 anos, e a recorrente primária, não é possível a aplicação da substituição, pois, nos termos do inciso III do art. 44 do CP, a apelante ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis que impedem a aplicação da substituição da pena.

No que tange ao pedido de afastamento da hediondez do crime de passar informação a grupo de traficantes, tal pedido merece prosperar, haja vista que o crime pelo qual a recorrente foi condenada não está elencado como aqueles equiparados a tal no art. 2º da Lei de Crime Hediondos, nesses termos:

*“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:*

*I - anistia, graça e indulto;*

*II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)”.*

Portanto, neste ponto, afasto da condenação da recorrente a hediondez do delito, determinando que o cômputo de sua pena seja feito com base na LEP.

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para afastar o caráter hediondo do delito.

Conclusão de julgamento adiado para próxima sessão, em face do pedido de vista do revisor (Des. Romero), após a relatora dar parcial provimento ao recurso, o vogal aguarda.

### **VOTO (EM 21.06.2016)**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Revisor):

Pedi vista para melhor analisar o caso em julgamento, e vou acompanhar a e. Relatora para dar parcial provimento ao recurso a fim de afastar o caráter hediondo do crime.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal):

Divirjo da nobre Relatora apenas quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

*In casu*, verifica-se que pena aplicada é inferior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a ré é primária e as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis, preenchendo-se os requisitos exigidos no artigo 44, do CP.

Diante do exposto, divirjo em parte da nobre relatora para dar parcial provimento em maior extensão a fim de conceder à apelante a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito a ser definida pelo juízo da Execução Penal.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento, nos termos do voto da relatora, vencido o vogal, parcialmente.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
**Conflito de Jurisdição nº 1600575-73.2016.8.12.0000 - Campo Grande**  
**Relatora Des.<sup>a</sup> Maria Isabel de Matos Rocha**

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – AMEAÇA – JUÍZO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CENTRAL DE CAMPO GRANDE/MS X JUÍZO DA 2ª VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE/MS – DELITOS PRATICADOS PELO EX-GENRO CONTRA SOGRA – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006 – CONFLITO PROCEDENTE.

É da competência da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher apurar a prática do delito previsto no art. 147 do CP e da contravenção penal descrita no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/47 c/c art. 61, II, alínea “F”, todos do CP, praticados pelo ex-genro contra a sogra, uma vez que restou evidenciado que as condutas perpetradas tiveram nítido viés intimidatório, se circunscrevendo ao ambiente familiar e se deram em razão da vulnerabilidade da vítima em relação a seu agressor, caracterizando, assim, a violência de gênero a ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha.

Com o parecer, conflito conhecido e provido.

## 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 procedente o conflito.

Campo Grande, 2 de agosto de 2016.

Des.<sup>a</sup> Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des.<sup>a</sup> Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela Juíza de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande/MS, que se declarou incompetente para processar e julgar a ação penal n. 0038415-20.2015, que versa sobre a prática do delito previsto no art. 147 do CP e da contravenção penal descrita no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/47 c/c art. 61, II, alínea “F”, todos do CP, em face do Juiz de Direito da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS.

Alega a Suscitante que a competência para processar e julgar o feito é do juízo especializado, pois as condutas que lhes são imputadas deram-se no âmbito das relações domésticas e familiares, e o ato criminoso decorreu de vulnerabilidade da ofendida, em razão de seu gênero (fls. 102-106).

O juízo suscitado, por sua vez, declinou de sua competência, alegando não ser o caso de aplicabilidade da Lei n. 11.340/06, uma vez que não há relação íntima de afeto ou vulnerabilidade entre o acusado e a vítima daqueles autos, não restando evidente a subjugação feminina (fls. 83-85).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento do conflito, e manifesta-se pela procedência do mesmo, declarando como competente o Juízo Suscitado, qual seja, a 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (f. 113-120).

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Conheço do conflito, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento. Não há preliminares arguidas nem constatadas de ofício.

Pedro Marcos da Silva foi denunciado nos autos n. 0038415-20.2015 como incurso nas sanções dos artigos 147 do CP e 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, ambos c/c art. 61, II, alínea “f”, do referido *códex*, observando-se as disposições da Lei n. 11.340/06, porque no dia 22 de setembro de 2015, por volta das 20h10min, na Rua Damianópolis, quadra 38, lote 12, Jardim Aero Rancho, nesta capital, o denunciado ameaçou causar mal injusto e grave à ex-sogra Natalina Aparecida da Silva, afirmando que iria atear fogo na casa com todos dentro (f. 02-03).

Consta ainda, que Pedro perturbou a tranquilidade da vítima, ao chegar constantemente embriagado em sua residência, passando a proferir gritos, xingamentos e ameaças, tendo a vítima representado criminalmente contra o ex-genro.

Inicialmente o processado foi distribuído perante a 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS, que afastou a aplicabilidade da Lei Maria da Penha e determinou a remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial Criminal para julgamento do feito. Para tanto, alegou não ser o caso de aplicabilidade da Lei n. 11.340/06, uma vez que não há relação íntima de afeto ou vulnerabilidade entre o acusado e a vítima daqueles autos, não restando evidente a subjugação feminina (fls. 83-85).

De outro vértice, ao receber o feito, a Juíza de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande/MS suscitou o presente conflito, aduzindo que a competência é do juízo especializado, pois as condutas que são imputadas ao denunciado Pedro nos autos n. 0038415-20.2015, deram-se no âmbito das relações domésticas e familiares, e o ato criminoso decorreu de vulnerabilidade da ofendida, em razão de seu gênero (fls. 102-106). Requereu, assim, o acolhimento do incidente, a fim de reconhecer a competência do juízo especializado, remetendo-se os autos a 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Pois bem.

Corroboro o entendimento do i. Procurador de Justiça, pois entendo ser caso de procedência do presente conflito e atribuição da competência à Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande. Explico.

As Varas de Violência Doméstica excepcionam o regime geral, pois a isso mesmo vieram, para introduzir uma disciplina, estrutura e funcionamento mais céleres e eficazes de proteção às vítimas específicas contempladas pela Lei n.º 11.340/06.

Quando o caso puder ser inserido na competência especializada desta Vara, será então esta a competente, até porque, sendo Vara Especializada, com muito maior propriedade e celeridade poderá analisar o caso.

A lei prevê, além do âmbito da unidade doméstica, também o âmbito familiar, incluindo-se nesse conceito a comunidade formada por indivíduos que são, ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, como é o caso dos autos que envolve investidas do filho contra os genitores.

Aqui, válida é a transcrição do disposto no art. 5º, da Lei n.º 11.340/06:

*“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;”*

No caso, o autor da suposta ameaça praticou tal conduta no âmbito da família, pois era ex-genro da vítima, residindo todos em um mesmo terreno, em casas individualizadas, tendo convivido com ela durante o tempo em que manteve união estável com a filha dela. Frise-se que o denunciado relatou em seu interrogatório que *“não está separado da filha da vítima, apenas estão ‘afastados’ (...)”*, ou seja, há indicações de continuidade do relacionamento ou ao menos uma situação indefinida ou mal resolvida que pode contribuir para o mau relacionamento familiar.

É de se observar, ainda, que as ameaças proferidas por Pedro Marcos da Silva contra sua ex-sogra tem nítido viés intimidatório, se circunscrevendo ao ambiente familiar, pois ele mesmo confessou perante a autoridade policial ter ameaçado a vítima (f. 21).

A vítima, por sua vez, declarou que o ex-genro, que mora aos fundos de sua residência, começou a gritar e ameaçar que ia pôr fogo na casa e ninguém ia segura-lo, sendo o intento obstado pelo seu neto, que segurou o denunciado, impedindo-lhe de causar um mal maior (f. 15).

Nesse passo, da leitura do excerto da denúncia bem como dos depoimentos de fls. 15 e 21, pode-se concluir que o sujeito ativo do crime se beneficiou do convívio familiar para agredir e ameaçar sua ex-sogra, o que, sem sombra de dúvida, está albergado na competência do Juízo Suscitado.

Outrossim, é evidente que tais fatos guardam correlação com o gênero e foi resultante da fragilidade, vulnerabilidade e hipossuficiência da vítima em relação a seu ex-genro.

Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º 11.343/06, em âmbito familiar, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, acima transcrito.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, julgo procedente o Conflito Negativo de Competência aventado, declarando a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (Juízo Suscitado).

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 02 de agosto de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
**Agravo de Execução Penal nº 0001033-35.2016.8.12.0008 - Corumbá**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO EM RAZÃO DA APROVAÇÃO DO REEDUCANDO NO ENEM – RECURSO MINISTERIAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECOMENDAÇÃO N. 44, DO CNJ – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA AO ARTIGO 126, DA LEP – ESTUDO POR CONTA PRÓPRIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

É viável a concessão da remissão por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126, da Lei de Execução Penal.

A aprovação do reeducando no ENEM, nos termos da Recomendação n.º 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, autoriza a remissão na reprimenda privativa de liberdade.

### 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, 26 de julho de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá-MS, f. 16/19, que declarou a remissão “*de 70 (setenta) dias do total da pena imposta ao reeducando, sendo 04 dias referente à leitura e 66 dias pertinentes ao ENEM*”.

Alega o *parquet*, f. 01/07, que “*a recente reforma do artigo 126 da Lei de Execução Penal não trouxe a previsão da aprovação no exame nacional do ensino médio como causa apta a ensejar a postulada remissão*”, bem como “*de forma indubitável, seja pela absoluta falta de amparo legal na legislação regência, seja pela ausência de comprovação de forma efetiva da atividade estudantil (estudo ficto), se mostra inviável a concessão do benefício da remissão*”.

Em contrarrazões, f. 29/35, o agravado requer o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou provimento do agravo de execução penal, f. 43/46.

**VOTO**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser improvido.

O presente agravo de execução penal, interposto pelo Ministério Público Estadual, insurge-se em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá-MS, que declarou a remição “*de 70 (setenta) dias do total da pena imposta ao reeducando, sendo 04 dias referente à leitura e 66 dias pertinentes ao ENEM*”.

A decisão agravada pautou-se nos seguintes termos:

*“(...) 03. De outra banda, dispõe o artigo 126 da Lei de Execução Penal, in verbis:*

*Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*

*Ademais, a Portaria nº 02, de 12 de agosto de 2013, editada por este Juízo, dispõe em seu artigo 6º o seguinte:*

*Artigo 6º - A contagem do tempo para fins de remição será feita, segundo os critérios estabelecidos na Portaria Conjunta nº 276, de 20 de junho de 2012, do DEPEN, à razão de 4 dias de pena para cada 30 dias de leitura.*

*Considerando que a leitura é um trabalho intelectual, equiparando-se ao estudo, nos termos da Portaria supramencionada, imperioso conceder a remição pela leitura ao reeducando.*

*Pois bem. Revelam as fichas de avaliação feitas pela Comissão de Leitura do EPC local às f. 325-327, que a Resenha apresentada pelo reeducando às f. 296-324, atende às exigências consignadas na mencionada Portaria, razão pela qual imperiosa a declaração de 04 dias de remição.*

*Já com relação à remição em decorrência da aprovação do ENEM esta encontra amparo na Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013, pelo CNJ, mormente o artigo 1º, inciso IV, que decorre da interpretação do art. 126, § 5º da LEP. Confira-se:*

*“Na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE, isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio;”*

*Cumprе ressaltar que a base de cálculo será no caso a carga horária prevista no art. 4º, incisos II, III e parágrafo único da Resolução n. 03/2010, do CNE, qual seja “para os anos finais do Ensino Fundamental, a duração mínima deve ser de 1.600 (mil e seiscentas) horas; (...) para o Ensino Médio, a duração mínima deve ser de 1.200 (mil e duzentas) horas”., divididos pela metade.*

*Importa mencionar, que não se desconhece que a interpretação das normas que regem a execução penal deve privilegiar a interpretação em prol da sociedade. Mas no caso, tenho que reconhecer a remição vai justamente neste sentido, vez que é interesse da sociedade que o reeducando promova o seu processo individual de capacitação técnica e cultural. Nesse sentido, a presente remição deriva, como já se disse, de interpretação extensiva da norma prevista no artigo 126 da LEP, tudo com o objetivo de promover a ressocialização do reeducando por meio do aprimoramento estudantil. A propósito:*

*“De nossa parte, sempre entendemos cabível a remição tomando por base o tempo dedicado ao aprimoramento estudantil.*

*A melhor interpretação que se deve dar à lei é aquela que mais favoreça a sociedade e o preso, e por aqui não é possível negar que a dedicação rotineira deste ao aprimoramento de sua cultura por meio do estudo contribui decisivamente para os destinos da execução, influenciando de forma positiva em sua (re)adaptação ao convívio social. Aliás, não raras vezes o estudo acarretará melhores e mais sensíveis efeitos no presente e no futuro do sentenciado, vale dizer, durante o período de cumprimento de pena e no momento da reinserção social, do que o trabalho propriamente dito.*

*Tanto quanto possível, em razão de seus inegáveis benefícios, o aprimoramento cultural por meio do estudo deve constituir um objetivo a ser alcançado na execução penal, e um grande estímulo na busca deste ideal é a possibilidade de remir a pena privativa de liberdade pelo estudo.”<sup>1</sup>*

*No caso em tela, analisando o documento de f. 269, verifica-se que o reeducando obteve a aprovação no ENEM, a qual deriva de um trabalho intelectual. Desse modo, e considerando que o sentenciado atende às exigências consignadas na mencionada Recomendação, cabível a remição de 50 dias (50% de 1.200/12).*

*Ademais, imperioso o acréscimo de 1/3 sobre a supracitada remição em decorrência da conclusão do ensino médio, nos termos do artigo 126, § 5º, da Lei de Execução Penal, resultando na declaração de mais 16 dias de remição.*

*04. Ante o exposto, com fundamento no artigo 126, da Lei de Execução Penal, bem como na Portaria n. 02/2013 editada por este Juízo em 12/08/2013 e na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, DECLARO A REMIÇÃO de 70 (setenta) dias do total da pena imposta ao reeducando, sendo 04 dias referente à leitura e 66 dias pertinentes ao ENEM, tudo com base nos documentos juntados às f. 269 e 296-327(...)”*

Alega o *parquet*, que:

*“a recente reforma do artigo 126 da Lei de Execução Penal não trouxe a previsão da aprovação no exame nacional do ensino médio como causa apta a ensejar a postulada remição”, bem como “de forma indubitável, seja pela absoluta falta de amparo legal na legislação regência, seja pela ausência de comprovação de forma efetiva da atividade estudantil (estudo ficto), se mostra inviável a concessão do benefício da remição”.*

Pois bem.

Com efeito, diferentemente do que afirma o *parquet*, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que é viável a concessão da remissão por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126 da Lei de Execução Penal.

<sup>1</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219.

Nesse sentido o STJ:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELA LEITURA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*

*1. Hipótese em que o reeducando teve remidos quatro dias de sua reprimenda privativa de liberdade pela leitura, nos termos da Recomendação n.º 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça.*

*2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser viável a concessão da remissão por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento.”* (Processo: AgRg no AREsp 696637/SP; Relator: Ministro Jorge Mussi; Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma; Data do Julgamento: 23/02/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/03/2016)”

As denominadas “atividades não expressas na lei” que geram o direito de remição da pena ao condenado encontram amparo na Recomendação n. 44/2013, do CNJ.

Nesse sentido, o artigo 1º, IV, da recomendação n. 44 de 26/11/2013, do CNJ dispõe que:

*“Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:*

*(...)*

*IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio;”*

Sendo assim, ante possibilidade de remissão por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126 da Lei de Execução Penal.

Quanto a alegação de “ausência de comprovação de forma efetiva da atividade estudantil (*estudo ficto*), se mostra inviável a concessão do benefício da remição”, maiores considerações não se fazem necessárias, haja vista que para a aprovação do agravante no ENEM, embora o promotor ache que não é necessário, é preciso dedicação e estudo contínuo, pois, assim como em qualquer concurso público como o que o próprio suscrito do recurso prestou, não existe aprovação por sorte.

A aprovação do agravante no ENEM demonstra claramente que dedicou horas ao estudo, ainda que sem supervisão (estudo por conta própria como dispõem a recomendação do CNJ).

Outrossim, em caso análogo, seguindo a recomendação do Conselho Nacional de Justiça, a 3ª Câmara Criminal desta Corte, em 02 de junho de 2016, que assim acordou:

*“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DO TEMPO DE EXECUÇÃO DA PENA POR ESTUDO – APROVAÇÃO EM ENEM – CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – RECOMENDAÇÃO N. 44/CNJ – POSSIBILIDADE – EDUCAÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL – FINALIDADE DE REINERSÃO DO APENADO AO CONTEXTO SOCIAL – RECURSO IMPROVIDO.*

*I. A educação é um direito fundamental, e exerce papel de suma importância não só no desenvolvimento individual humano, mais em todo contexto social de um país. Desta forma, a Lei de Execução Penal visando estimular o aprimoramento intelectual e profissional do sentenciado, criou o instituto da remição, no qual possibilita que o reeducando alcance desconto parcial de sua reprimenda por trabalho e/ou por estudo, sendo descontado 1 (um) dia para cada 12 (doze) horas de frequência escolar, podendo as atividades escolares serem desenvolvidas de forma presencial ou à distância, sempre certificadas pela autoridade educacional competente (art. 126, §1º e §2º).*

*II. Assim, a Recomendação n.44/2013 do CNJ, orienta a adoção de critérios para a concessão da remição por estudos aos reeducandos que por dedicação pessoal ou ausência de atividades escolares continuam buscando por si mesmos a ressocialização, obtendo a conclusão do ensino fundamental ou médio mediante aprovação em exames periódicos nacionalmente realizados.*

*III. Recurso improvido. Contra o parecer da PGJ.” (Agravado de Execução Penal - Nº 0007039-92.2015.8.12.0008 – Corumbá; Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa)*

Posto isto, contra parecer, nega-se provimento ao recurso ministerial.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
**Agravo de Execução Penal nº 0006844-10.2015.8.12.0008 - Corumbá**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME – INDEFERIMENTO PELO JUIZ SOB O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO – NÃO OCORRÊNCIA – PARECER QUE CONCLUIU QUE O REEDUCANDO POSSUI CONDUTA CARCERÁRIA CLASSIFICADA COMO BOA – INFRAÇÕES DISCIPLINARES DE MEADOS DE 2014 AINDA NÃO PUNIDAS ADMINISTRATIVA E JUDICIALMENTE – BENESSE CONCEDIDA – AGRAVO PROVIDO.

Se o parecer disciplinar concluiu, malgrado os deslizes praticados pelo reeducando em 2014, ainda não analisados administrativa ou judicialmente, que ele possui conceito comportamental avaliado como bom, está preenchido o requisito subjetivo necessário para a concessão da progressão de regime. Agravo provido.

### 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 2ª vogal.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de agravo em execução penal ajuizado por Ismael Alves da Silva em face da decisão proferida às f. 19/20, que indeferiu a progressão de regime fechado para o semiaberto ao reeducando pois “no que toca ao requisito subjetivo, verifica-se que o sentenciado responde a dois procedimentos disciplinares, aguardando conclusão, conforme parecer disciplinar de f. 376”.

Inconformado o agravado requer a reforma da decisão, pois “caso o agravante seja condenado nos procedimentos disciplinares em questão cujos períodos de reabilitação já decorreram há muito tempo, o reinício da contagem do lapso temporal para a obtenção do requisito objetivo da progressão de regime não encontra previsão na Lei de Execução penal, nem tampouco em nenhuma norma vigente em nosso ordenamento jurídico”, f. 01/08.

Contraminuta pelo improvimento do agravo às f. 25/34.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso defensivo, f. 42/46.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser provido.

O *decisum* combatido pautou-se nos seguintes termos:

*“(...) Trata-se de pretensão regulada pelo artigo 112 da LEP:*

*Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*

*Depreende-se da leitura do dispositivo que são dois os requisitos para a obtenção da progressão de regime: a) o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior (requisito objetivo); e b) a ostentação de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (requisito subjetivo).*

*No caso, exsurge dos autos que o apenado cumpriu mais de um sexto da pena no regime atual, preenchendo, assim, o requisito objetivo para a obtenção da progressão, conforme cálculo de f. 366-8.*

*Por outro lado, no que toca ao requisito subjetivo, verifica-se que o sentenciado responde a dois procedimentos disciplinares, aguardando conclusão, conforme parecer disciplinar de f. 376.*

*Sendo assim, não preenchidos os requisitos legais exigidos, e na esteira do parecer ministerial, indefiro progressão para o regime semiaberto do apenado Ismael Alves da Silva. (...)” (destaque não original)*

Pois bem.

Denota-se que o magistrado de instância singela apesar de reconhecer que o agravante preenche o requisito objetivo, entendeu que ele não preenchia os requisitos subjetivo, uma vez que praticou faltas graves durante o cumprimento de sua pena, o que torna seu comportamento insatisfatório.

Todavia, verifica-se do cálculo da pena que o agravante cometeu, em tese, duas faltas graves, respectivamente, nos dias 10/07/2014 e 03/09/2014 (até a presente data não se tem informação acerca do processo disciplinar).

Constata-se, ainda, que o documento de f. 16, datada de 05 de maio de 2015, ou seja, elaborada depois do cometimento das faltas, registra que a conduta carcerária do agravante foi classificada como “boa”.

Diante dessa situação, ao contrário do registrado pelo juiz de instância singela, entendo que não há óbice para o deferimento da progressão de regime do agravante.

Denota-se que a última falta grave praticada pelo agravante foi há quase dois anos. Logo, ainda que punido já ocorreu a reabilitação dessas faltas.

Ante o exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça dá-se provimento ao agravo em execução interposto por Ismael Alves da Silva para deferir a progressão para o regime semiaberto ao apenado.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (2ª Vogal)

O i. Relator entende que o agravante preenche os requisitos objetivo e subjetivo para obter a progressão de regime pleiteada, não havendo óbice para o deferimento da progressão de regime.

Peço vênia para divergir do i. Relator, Des. Romero Osme Dias Lopes, pois entendo a decisão agravada deve ser mantida.

Trata-se de pretensão regulada pelo artigo 112 da LEP:

*“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”*

No caso em tela o agravante cumpre pena total de 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes dos artigos 155, *caput*, e 157, § 2º, I, e II, ambos do Código Penal.

Em suas razões de decidir o magistrado *a quo* ponderou (f. 19/20):

*“Depreende-se da leitura do dispositivo que são dois os requisitos para a obtenção da progressão de regime: a) o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior (requisito objetivo); e b) a ostentação de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (requisito subjetivo).*

*No caso, exsurge dos autos que o apenado cumpriu mais de um sexto da pena no regime atual, preenchendo, assim, o requisito objetivo para a obtenção da progressão, conforme cálculo de f. 366-8.*

*Por outro lado, no que toca ao requisito subjetivo, verifica-se que o sentenciado responde a dois procedimentos disciplinares, aguardando conclusão, conforme parecer disciplinar de f. 376.*

*Sendo assim, não preenchidos os requisitos legais exigidos, e na esteira do parecer ministerial, indefiro progressão para o regime semiaberto do apenado Ismael Alves da Silva No mais, aguarde-se o desfecho dos processos disciplinares para posterior análise.”*

Analisando o cálculo de pena acostado, nota-se que o agravante condenado evadiu-se por 06 (seis) vezes, no período de 05 (cinco) anos, além disso, numa das fugas ficou mais de vinte meses foragido, até ser recapturado de novo.

Ademais, ainda registrou outras 02 (duas) faltas graves, além dessas, veja-se o resumo do seu histórico prisional (f. 11/13):

*“Dados da prisão:*

*Termo inicial Termo final*

*22/04/2009 Prisão 09/08/2009 Fuga*

*07/09/2009 Recaptura 28/09/2009 Fuga*

*06/10/2009 Recaptura 29/01/2010 Fuga*

*10/10/2011 Recaptura 19/10/2011 Fuga*

*24/10/2011 Recaptura 20/09/2012 Falta disciplinar*

*20/09/2012 Falta disciplinar 09/02/2014 Fuga*

*10/02/2014 Recaptura 15/02/2014 Fuga*

*16/02/2014 Recaptura 25/02/2014 Falta disciplinar*

*25/02/2014 Falta disciplinar*

*Faltas disciplinares:*

*Data Descrição Complemento*

*20/09/2012 Falta disciplinar Grave*

*25/02/2014 Falta disciplinar Grave”*

Vê-se que o reeducando por várias vezes passou vários meses evadido antes de ser de novo capturado, e reitera em tais condutas de evasão, mostrando dificuldade de cumprir a pena.

É certo que as faltas praticadas pelos reeducandos ao longo do cumprimento da reprimenda não devem repercutir indefinidamente no histórico prisional a ponto de impedir a concessão de benefícios.

Entretanto, as diversas evasões supramencionadas demonstram seu despreparo para o retorno à sociedade, restando maculada sua conduta carcerária, pois frequentemente comete faltas graves, mostrando resistência em cumprir corretamente a sua pena.

O julgador não está adstrito à classificação que o diretor do estabelecimento prisional dê ao comportamento do apenado. Esta deve apenas servir de subsídio para sua análise, sendo o juiz livre para formar sua convicção de acordo com todos os outros elementos dos autos.

A propósito confira-se o julgamento do HC 95.884, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 12.6.2009, cuja ementa transcrevo:

*“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. ATESTADO DE CONDUTA CARCERÁRIA SATISFATÓRIA. FUGAS REITERADAS. NÃO VINCULAÇÃO DO JUÍZO AO ATESTADO EMITIDO POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. COMPROVAÇÃO DE COMPORTAMENTO SATISFATÓRIO. NECESSIDADE. ART. 83, III, DO CP. ORDEM DENEGADA. I - A interpretação da nova redação dada pela Lei 10.792/2003 ao art. 112 da LEP deve ser sistemática, sob pena de cingir-se o juiz das execuções penais ao papel de mero homologador de atestados de boa conduta exarados pelas autoridades administrativas.*

*II - Se na análise das provas processuais o juiz não está adstrito às conclusões de parecer ou laudo técnico para a formação de sua convicção, conforme estabelece o art. 182 do Código de Processo Penal, do mesmo modo, na fase da execução penal ele não está vinculado ao atestado de conduta carcerária. III - Não se afastou, portanto, a necessidade da verificação de comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena previsto no art. 83, III, do Código Penal, inócurre no caso, em espécie, pelas reiteradas faltas graves cometidas pelo paciente com as fugas do estabelecimento prisional. IV - Ordem denegada”.*

As fugas configuram faltas graves descritas no art. 50, II, da LEP.

O Superior Tribunal de Justiça assim pronunciou-se:

*“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DO PAD. INOCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. NÃO RECOLHIMENTO DO CONDENADO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FUGA. CARACTERIZADA. FALTA GRAVE. CABIMENTO.*

*(...) 3. A Lei n.º 7.210/84, em seu art. 50, enumera os casos em que o reeducando cometeria falta disciplinar; mas o faz de maneira ampla, deixando a cargo do julgador emoldurar a conduta na hipótese cabível.*

*4. Os condenados inseridos em regime semiaberto que deixam de retornar ao estabelecimento prisional, violam as determinações exigidas para o cumprimento da pena, caracterizando a fuga.*

*5. Ordem denegada. (STJ. HC 159155 / RS. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Quinta Turma . Julgado em 15/05/2012).”*

*“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRAZO REGULADO PELO ART. 109 DO CÓDIGO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME, PERDA DOS DIAS REMIDOS E REINÍCIO DA CONTAGEM DOS PRAZOS PARA A AQUISIÇÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.*

*(...)6. O cometimento de falta grave implica na regressão de regime prisional, com esteio no que preceitua o art. 118, I, da Lei nº 7.210/84. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.*

*7. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ. HC 238.877/SP. Rel. Min. O. G. Fernandes. Sexta Turma. Julgado em 02/08/2012).”*

Em idêntico sentido é o entendimento deste Sodalício, que decidiu em recente julgado, no Agravo de Execução Penal nº 0005352-50.2015.8.12.0018 – Paranaíba, publicado em 05/04/2016, Relator – Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence:

*“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO AO FECHADO – INDEFERIMENTO DE PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*Se a reeducanda já havia praticado falta que estava pendente de julgamento e, nesse ínterim, praticou falta grave de evasão, o seu direito à progressão ao regime mais brando (aberto) já havia perecido, sendo adequada a regressão ao regime mais gravoso (fechado) imediatamente anterior ao intermediário (semiaberto) no qual se encontrava cumprindo a pena.”*

Incontroverso que o agravante, durante o cumprimento da pena evadiu-se por 06 (seis) vezes, sendo que em uma dessas fugas, ficou foragido por quase 02 (dois) anos, conforme o registro no cálculo de pena (f. 11/13) supracitado.

O mérito pessoal, baseado no atestado de conduta carcerária, não assegura que ele esteja de fato apto a galgar o benefício pleiteado, se outros elementos apontam em contrário.

Assim, não provados os pressupostos subjetivos indispensáveis, de rigor a manutenção da decisão impugnada.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao agravo interposto por Ismael Alves da Silva.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencida a 2ª vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

\*\*\*

**1ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0040374-07.2007.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – RÉU PROPRIETÁRIO DE SÍTIO DE CLASSIFICADOS VIRTUAIS – CONDUTA ATÍPICA – ABSOLVIÇÃO – RECURSOS PROVIDOS.

A manutenção de sítio de classificados virtuais de acompanhantes não configura o elemento subjetivo do crime tipificado no art. 228, do CP “*induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone*”. Conduta atípica. Absolvição decretada.

### 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 aos recursos, nos termos do voto do relator, vencida a vogal.

Campo Grande, 5 de julho de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis, foram condenados, respectivamente, às penas de (i) 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, fixado o dia-multa em 2/30 do salário mínimo, posteriormente substituída a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistente, uma, na prestação de serviços à comunidade, à razão de 08 horas semanais, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, em local que poderá ser indicado pelo Juízo da Execução da Pena e, duas, prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, para entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução Penal (§ 2º) e (ii) 03 (três) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixado o dia-multa no mínimo legal, posteriormente substituída a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistente, uma, na prestação de serviços à comunidade, à razão de 08 horas semanais, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, em local que poderá ser indicado pelo Juízo da Execução da Pena e, duas, prestação pecuniária no valor de 05 (cinco) salários mínimos, para entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução Penal (§ 2º), como incurso no artigo 228, do Código Penal (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), porque, segundo consta da denúncia:

*“No período de 10.09.2004 até 31.08.2006, o denunciado, por meio de um site denominado Classisexy, facilitava a prostituição de homens, mulheres e homossexuais, vez que realizava anúncios pornográficos, os quais eram divulgados no endereço eletrônico [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br)”.*

*Conforme se defluiu dos autos, após investigações judiciais, vislumbrou-se que o denunciado era proprietário de um site na internet onde eram realizados anúncios de pessoas que queriam se prostituir.*

*A conduta delituosa ocorria da seguinte forma: a pessoa interessada em divulgar-se no site contatava o denunciado pelo e-mail [gustavo10\\_1@hotmail.com](mailto:gustavo10_1@hotmail.com) ou pelo telefone 9925-5739, oportunidade em que o mesmo informava a necessidade do pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais) a título de adesão e mais R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, a fim de que o anúncio permanecesse no site, valor este que era pago mediante boleto bancário ou cobrança pessoal.*

*Ocorre, porém, que não versavam sobre simples anúncios, na realidade eram pornográficos, ou seja, o denunciado publicava fotografias dos anunciantes nus ou semi-nus, com seus respectivos telefones ou endereço de contato, ofertando serviços de “acompanhantes femininos e masculinos, travestis”, bem como de estabelecimentos que laboram no ramo da prostituição, tais como, casas de massagens, boates, motéis, sex shop, casas de show, dentre outros.*

*Após celebração do negócio entre o denunciado e o anunciante, caso este quisesse, o Tenente Coronel da Polícia Militar – Gustavo enviava um fotógrafo de sua confiança para que tirasse as fotos eróticas, a fim de serem publicadas no site, sendo que se esse tal cliente tivesse interesse em adquiri-las, teria que comprar no mínimo 30 (trinta) fotos a R\$ 1,00 (um real) cada.*

*Durante as investigações, restou comprovado, por meio de perícia, que o site CLASSISEXY MS tinha seu domínio registrado na entidade registro.br, órgão que regula os domínios no Brasil, o qual estava em nome de Glória G. Barbosa Com. Var. de Merc. em Lojas, com registro no CNPJ 007.117.713/0001-89, sendo que a responsável legal era a irmã do denunciado, Glória Gonçalves Barbosa, entretanto, o contrato de hospedeiro firmado com a Locaweb foi realizado em nome do denunciado – documento de fls. 120.*

*Além disso, verificou-se também que o denunciado tinha um “Controle de Clientes” onde constava o endereço de cada anunciante, a melhor data para pagamento, forma de cobrança, bem como uma classificação se o cliente era “bom ou complicado”.*

*Em degravação realizada em uma fita enviada pela TV Morena, o denunciado confessou ser o proprietário do site, bem como informa como era o procedimento para adesão e utilização.*

*Destarte, diante das provas carreadas nos autos, não restam dúvidas de que o denunciado facilitava o acesso à prostituição, que por ele deveria ser combatida, vez que o mesmo é Tenente Coronel da Polícia Militar do nosso Estado, sendo que na ocasião de sua conduta delituosa, exercia o cargo de Corregedor da PMMS, função que exigia reputação e moral ilibada.” (f. 02/05)*

O *parquet* aditou a denúncia para retificar o período em Gustavo David Gonçalves fio proprietário do site classisexyms (10/09/2004 a 31/08/2006) e incluiu no pólo passivo da ação Patrícia Gradwool Panis (apelante) e Gladis Glaciela Gonçalves (absolvida em primeiro grau sem recurso ministerial):

*“Da denunciada Patrícia Gradwool Panis*

*Consta dos autos que no ano de 2003, nesta Capital, a denunciada Patrícia Gradwool Panis teria conhecido um pessoa de prenome “Paulo”, o qual solicitou que a mesma fizesse a montagem de um site de divulgação de profissionais do sexo, denominado [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br), o que foi atendido pela denunciada.*

*Durante a montagem do site, a denunciada recebeu ligações de “anunciantes” solicitando que a mesma fotografasse-os para selecionar poses eróticas para a montagem do site, ocasião em que a denunciada fotografou algumas mulheres e recebeu algumas mensalidade pagas pelos “anunciantes”.*

*Apurou-se que o domínio do site [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br) estava no nome da denunciada Patrícia que, posteriormente, anunciou a venda do domínio em um jornal local, no ano de 2006, sendo que recebeu a ligação de uma pessoa do sexo masculino solicitando informações sobre o site e, logo após, negociou a venda pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), assinando o documento de transferência para a denunciada Gladis Glaciela Gonçalves, irmã do denunciado Gustavo David Gonçalves.*

*Com isso comprovou-se que a denunciada Patrícia Gradwool Panis montou e administrou o site [classisexyms](http://www.classisexyms.com.br) antes do denunciado Gustavo David Gonçalves, sendo, posteriormente vendido para esse último, de modo que enquanto responsável pelo site, atraía pessoas para a prostituição e facilitava tal prática, como já exposto na denúncia inicialmente ofertada.” (f. 411/415)*

Irresigandos com a condenação, Patrícia Gradwool Panis, f. 753/764, e Gustavo David Gonçalves, f. 765/805, recorrem a esta Corte.

Patrícia Gradwool Panis busca: i) a absolvição ante a ausência de provas produzidas em juízo; ii) a absolvição pela atipicidade da conduta e iii) a fixação da pena basilar no patamar mínimo legal; iii) o abrandamento do regime inicial do cumprimento de pena, do semiaberto para o aberto e iv) a redução e multa para o patamar de um salário mínimo.

Gustavo David Gonçalves requer i) a absolvição pela atipicidade da conduta; ii) a absolvição ante a ausência de provas e iii) a redução da pena (com o reconhecimento da confissão) e da multa, ao patamar mínimo legal.

Em contrarrazões, o *parquet* requer o improvimento dos apelos defensivos, f. 810/829.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento dos recursos, f. 835/851.

## **VOTO (EM 28.06.2016)**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser provido.

Patrícia Gradwool Panis busca: i) a absolvição ante a ausência de provas produzidas em juízo; ii) a absolvição pela atipicidade da conduta e iii) a fixação da pena basilar no patamar mínimo legal; iii) o abrandamento do regime inicial do cumprimento de pena, do semiaberto para o aberto e iv) a redução e multa para o patamar de um salário mínimo.

Gustavo David Gonçalves requer i) a absolvição pela atipicidade da conduta; ii) a absolvição ante a ausência de provas e iii) a redução da pena (com o reconhecimento da confissão) e da multa, ao patamar mínimo legal.

A sentença condenatória pautou-se nos seguintes termos:

*“Trata-se de ação penal pública incondicionada de crime de favorecimento da prostituição, previsto no artigo 228, § 3º, do Código Penal. (...)*

*A materialidade dos fatos está comprovada através da portaria (f. 07-08); boletim de ocorrência (f. 09); laudo pericial em CPUs (f. 174-184); laudo pericial de exame em CD-R (f. 200-245); degravação do conteúdo de CD (f. 121-123) e documentos de f. 23-25, 96-97, 125-155 e 283-293.*

*A autoria é inequívoca e recai sobre os acusados Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis.*

*O réu Gustavo David Gonçalves, na fase policial, admitiu ter adquirido o “site”, dizendo que viu o anúncio sobre a venda daquele em um jornal e ficou interessado; pediu para sua irmã emprestar o nome para o negócio e, na conveniência daquela, encontrou a pessoa conhecida como “Patrícia”, a qual se apresentou como sendo a responsável pela página virtual; afirmou, por fim, que manteve o “site” por aproximadamente 07 (sete) meses (f. 316-317, volume II).*

*Em juízo, o acusado Gustavo manteve a admissão quanto a aquisição e propriedade da página virtual denominada “classisexyms”, porém negou a prática delitativa, dizendo que, ao adquirir aquela, já havia anúncios de cunho sexual - “propaganda de meninas e rapazes” -, sendo que pretendia diversificá-los para outros produtos e serviços voltados ao consumo feminino, tais como, cosméticos, joias, entre outros (f. 603-605, volume III).*

*A ré Patrícia Gradwool Panis, na fase extrajudicial, relatou que foi procurada por terceiro conhecido como “Paulo” para elaborar o “designer” de um “site” de divulgação de “profissionais do sexo”, oportunidade em que criou o “classisexyms”; revelou que, durante a montagem da página virtual, atendeu algumas “anunciantes”, a fim de angariar “material” e, em algumas ocasiões, tirou fotos daquelas, bem como recebeu a mensalidade das “meninas”, sempre a pedido de “Paulo”.*

*Asseverou, ainda, que o domínio do “site” fora registrado em seu nome, para garantir o pagamento de “designer”, no entanto, “Paulo” teria desaparecido, razão pela qual decidiu vender aquele, negociando com a pessoa de Gustavo (f. 297-298, volume II).*

*Em juízo, a acusada Patrícia negou qualquer responsabilidade com os anúncios, dizendo que possuía uma empresa de “web designer” e foi contratada por terceiro para “desenhar” o “site”, recebendo os “anúncios” do indivíduo apenas para digitar e montar.*

*A acusada afirmou, também, ter registrado o domínio da página virtual em nome de sua empresa, pois a pessoa que lhe contratou não possuía “empresa aberta”; posteriormente, não recebeu o pagamento referente ao seu serviço e decidiu vendê-lo, o que o fez pela importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ao corréu Gustavo (f. 608-610, volume III).*

*Como se vê, o réu Gustavo David Gonçalves confirmou a propriedade do “site”, porém sustentou que os anúncios de cunho sexual já constavam naquele quando da sua aquisição.*

*Por sua vez, a ré Patrícia Gradwool Panis negou qualquer responsabilidade quanto aos anúncios daquele, alegando ter elaborado a parte gráfica da página virtual, sem qualquer envolvimento com os anunciantes.*

*No entanto, as provas produzidas nos autos são contundentes e revelam que os réus atuaram diretamente na publicação dos anúncios com teor de prostituição, no*

*período em que permaneceram como proprietários e administradores da página virtual, senão vejamos.*

*A testemunha Janice Flávia de Souza Pereira, na fase extrajudicial, afirmou ser “garota de programa” e que pelo período de um ano e meio, anunciou seus “serviços” no “site classisexyms”; narrou que a pessoa de “Patrícia” foi quem fez seu cadastro para anunciar na página virtual, sendo que dois meses antes do fechamento daquela, foi informada que o “site” seria vendido (f. 271, volume II).*

*No mesmo sentido é o relato da testemunha Maria Emilia da Silva Marques que, na fase policial, narrou ter divulgado suas fotos e seu telefone no “classisexyms”, no período de um mês, sendo que fez seu cadastro com a “representante” do “site”, conhecida como “Patrícia”, a qual também tirou suas fotos para aquele (f. 273, volume II).*

*Corroborando tais relatos, tem-se o depoimento da testemunha Maria do Carmo Lima que, em juízo (f. 525, volume III) ratificou seu depoimento prestado na fase policial à f. 282, volume II, no qual afirmou ser proprietária de uma locadora e possuir naquela um setor de “sexy shop”, tendo anunciado seus produtos na página virtual “classisexyms”, negociando com a pessoa de Patrícia Gradwool Panis.*

*A aludida testemunha relatou, também, que pagava o valor de R\$ 47,00 (quarenta e sete reais) mensais, através de boletos bancários – acostados à f. 284-293 -, o que fez até fevereiro de 2006, quando pediu o cancelamento da prestação de serviço, sendo que o “site” já estava sob a administração de um outro proprietário.*

*Ressalte-se que nos recibos apresentados pela testemunha, a acusada Patrícia Gradwool Panis figura como cedente, o que indica que sua atuação no “site” não se limitou a elaboração gráfica, mas também teve contato direto com os anúncios daquele, aderindo a conduta ilícita de favorecimento da prostituição, atuando ativamente para a publicação de “serviços de prostituição”.*

*Outrossim, a própria ré, na fase policial, alegou ter tirado fotos de algumas “anunciantes” e, inclusive, ter recebido a mensalidade de certos clientes, versão esta que restou corroborada pelo conjunto probatório, de forma que inexistente dúvida quanto a sua autoria.*

*Ainda, restou cabalmente demonstrado que o domínio da página virtual “classisexyms” estava registrado em nome da acusada, a qual por determinado período foi a responsável por aquele, tanto que efetuou a sua venda e transferência para o corréu Gustavo; obtendo vantagem econômica. O corréu Gustavo, disse também que, ao adquirir o “site”, já havia anúncios de cunho sexual, circunstâncias que reforçam a prova da autoria da ré Patrícia, ensejando o édito condenatório da acusada Patrícia Gradwool Panis.*

*O fato de a(s) testemunha(s) de defesa da ré Patrícia, ouvidas em juízo (f. 612, volume III), afirmar(em) que a ré é pessoa de boa índole não exclui a tipicidade da conduta por ela(e)(s) perpetrada.*

*De igual forma, restou demonstrada a autoria do réu Gustavo David Gonçalves, que além de adquirir o “site” com os anúncios de cunho sexual, manteve aqueles; em outras palavras, o acusado deu continuidade ao favorecimento da prostituição, o que restou sobejamente comprovado através da prova angariada nos autos.*

*Consta no caderno processual a reportagem realizada por uma emissora de televisão, onde uma pessoa – mulher - se diz interessada em anunciar no “site” e, em contato com o acusado Gustavo, recebe informações dos procedimentos e valores exigidos.*

*A degravação da referida reportagem foi realizada e juntada à f. 122-123; ainda, entendendo oportuno transcrever trecho relevante da citada prova:*

*“(...) Mulher: eu queria saber como eu faço pra mandar minhas fotos pra você.*

*Coronel Gustavo: tem que mandar no meu e-mail.*

*Mulher: qual é o seu e-mail?*

*Coronel Gustavo: é gonçalves 10 under line 1*

*Mulher: 10 under line 1*

*Coronel Gustavo: Arroba hotmail ponto com*

*Mulher: quanto que custa pra eu publicar minhas fotos?*

*Coronel Gustavo: 50 reais adesão e 50 da mensalidade.*

*Mulher: 50 a inscrição e mais 50 por mês?*

*Coronel Gustavo: isso.*

*Mulher: todo mundo gosta do trabalho?*

*Coronel Gustavo: vixe o pessoal adora.*

*Mulher: é? Tem bastante acesso?*

*Coronel Gustavo: bastante.*

*Mulher: bastante.*

*Coronel Gustavo: nossa, bastante mesmo.(...)” (f. 122-123).*

*Cumpre observar que o acusado foi entrevistado na mesma reportagem, oportunidade que não refutou a referida conversa, ao contrário, admitiu a propriedade da página virtual e disse “eu faço o contrato e anuncio o que a menina quer anunciar” (f. 122-123).*

*Não bastasse isso, os arquivos de um computador portátil - “notebook” - que foi de propriedade do acusado Gustavo (f. 74) foram arquivados em um CD e acostados nos autos.*

*Realizada perícia naquele, constatou-se a existência de inúmeros documentos que relacionam o réu Gustavo com o “site” “classisexyms” (f. 200-245).*

*A referida prova descreve que nos arquivos foram encontradas duas pastas nomeadas com o nome da página virtual, as quais continham subpastas denominadas: clientes, “dreamweaver” e instruções.*

*Naquelas foram localizados “layout” das páginas do(a)s “anunciantes” (f. 204-206; 234-243), uma lista de clientes, com dados sobre vencimento, endereço e tempo que anuncia no “site”; tipo de cobrança – boleto/pessoalmente -, bem como a descrição se o cliente é “bom cliente” ou “complicado” (f. 207-216).*

*Ainda, o contrato de compra e venda do domínio e as informações de “hospedagem” do “site”, este último realizado em nome do acusado Gustavo, também constam no laudo pericial mencionado (f. 217-233).*

*Ademais, o outro exame pericial realizado no computador do acusado, cujo laudo fora acostado à f. 174-184, também constatou a presença de documentos relacionados à página virtual “classisexyms”, tais como fotografias pornográficas, todas com a “assinatura” do “site” (f. 177 e 179).*

*Assim, a comprovada propriedade do “site” pelo acusado Gustavo, o fato de ter adquirido aquele ciente do tipo de anúncios daquele, as provas documentais produzidas, as quais indicam que o réu manteve os anunciantes anteriores e continuou a receber novos anunciantes do mesmo gênero, somados constituem prova robusta de que o réu facilitou o acesso à prostituição, o que tipifica o delito de favorecimento da prostituição.*

*Portanto, não há que se falar em precariedade da prova como quer fazer crer as defesas dos acusados Gustavo e Patrícia.*

*No tocante ao §3º, do artigo 228, do Código Penal, entendo que não se aplica ao caput do tipo penal, isto porque apesar da conduta ter finalidade de lucro, a pena de multa já é exigível no caput do delito.*

*Conforme o magistério de Nucci o §3º “torna-se aplicável somente à figura do § 2º, quando houver violência, grave ameaça ou fraude, pois no tocante ao caput, a multa será sempre exigível”<sup>1</sup>.*

*Entretanto, nada impede que a pretensão de auferir lucro, devidamente comprovada no caso, seja utilizada na dosimetria da pena, em sua primeira fase, haja vista que se mostra como circunstância relevante para a avaliação do grau de censura da ação criminosa.*

*As defesas dos acusados sustentam, ainda, a atipicidade da conduta, argumentando que os réus Gustavo e Patrícia não incorreram em nenhum dos verbos do tipo penal.*

*A defesa da ré Patrícia sustenta, mais, que a acusada prestou um serviço publicitário, sem qualquer contato com os anunciantes.*

*Sem razão as defesas.*

*O artigo 228 do Código Penal assim diz “Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”; ou seja, “a conduta típica consiste em levar alguém à prostituição (ação de induzimento), ou em facilitar a prostituição de quem a ela se entregue, afastando dificuldades ou empecilhos ou lhe propiciando meios (ação de facilitar)”<sup>2</sup>.*

*“Facilitar quer dizer dar acesso mais fácil ou colocar à disposição<sup>3</sup>”, o que ocorreu no caso em concreto.*

*Na página do “site” intitulada “as vantagens em anunciar no classisexyms”, verifica-se que este prometia aos anunciantes mais oportunidades e a possibilidade de atenderem clientes de qualquer parte do mundo: “seus clientes terão livre acesso à sua página, dando mais visitas ao seu site e com isso lhe trazendo mais oportunidades”; estar 24 horas por dia fazendo propaganda em nível mundial, podendo atender clientes de qualquer parte do mundo” (f. 24, volume I).*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª ed., RT, p. 946.

2 TJSC – Apelação Criminal - APR 791435 SC 2008.079143-5 – Relator(a) Sérgio Paladino - Segunda Câmara Criminal - Julgamento 11/05/2009.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed., RT, p. 943.

*Dessarte, é certo que os acusados promoviam anúncios de “acompanhantes” no “site classisexyms”, o que restou cabalmente comprovado através da prova oral (f. 271; 273; 284-293) e material (f. 34; 117-179; 204-206 e 234-244), eis que consta no feito inúmeras capturas de imagens da página virtual, onde se verifica a natureza da propaganda realizada que constituía em ofertar serviços sexual visando lucro, sendo que tal conduta, certamente afastou empecilhos e propiciou meios para a prostituição, tanto que no próprio “site” se fazia tal promessa.*

*Saliento que o crime em questão se consuma com o início ou o prosseguimento de uma vida de prostituição, sendo irrelevante para caracterização do delito, a consumação da prostituição e/ou se a vítima – prostituta – assim já agia<sup>4</sup>.*

*Portanto, a conduta dos réus Gustavo e Patrícia se enquadra perfeitamente ao tipo penal imputado<sup>5</sup>.*

*Outrossim, a assertiva de que a ré Patrícia prestou um serviço publicitário, cai por terra, diante dos depoimentos e documentos - cópia de recibos – acostados e já mencionados alhures, os quais deixam cristalino que a ré não só teve contato com os anunciantes, como atuou diretamente na realização dos anúncios e posterior venda do “site”, obtendo vantagem econômica, com a oferta de serviços sexuais.*

*Sob outro vértice, a defesa do acusado Gustavo argumentou que a conduta seria atípica, ante a incidência do princípio da adequação social, eis que existiria aceitação social do serviço de “acompanhantes”, locais destinados à “encontros”, entre outros.*

*Não merece prosperar a assertiva da defesa.*

*Entender que o favorecimento da prostituição seria conduta irrelevante é agir contra legem, ignorando fato de suma relevância, eis que o bem jurídico protegido é a moralidade sexual, valor de elevada importância social e que deve ser resguardado por nosso ordenamento jurídico.*

*Destaque-se que a página virtual administrada pelos acusados foi criada especificamente com a finalidade de “divulgação de profissionais do sexo (f. 297, volume II)”, sendo que o lucro daquele era diretamente interligado ao favorecimento da prostituição, o que não ocorre com o tabloide jornalístico, que não tem o objetivo específico de cunho sexual e seu lucro independe deste tipo de anúncio.*

*Além disso, ser a conduta socialmente aceita, como alega a defesa, não afasta a tipicidade do delito praticado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal “quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais”<sup>6</sup>.*

*No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:*

*“(...) A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. O enunciado legal (art. 229 e art. 230) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais.” “Os crimes em comento estão gerando grande comoção social, em face da repercussão, existindo uma mobilização nacional de proteção dos menores.” Recurso*

4 neste sentido: i) TJSP - RT 449/382; ii) “(...) Não importa teriam as mulheres, encaminhadas a prostituição, experiência sexual. E indiferente que se trate de vítima já desencaminhada, para que se caracterize o crime, pois a Lei no tanto pune o aliciamento, como, também, a facilitação (TJSP, Rel. Alvaro Cury, RJTJSP, 99/439 e RT, 606/328).”

5 STJ: “àquele que facilita, dando condições favoráveis à continuação ou ao desenvolvimento da prostituição, pratica o crime de favorecimento da prostituição” (HC 94.168/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 22/04/2008).

6 STF - HC 104467/RS – Relator(a) Min. Cármen Lúcia, Órgão Julgador – Primeira Turma – Julgamento 08/02/2011 – Publicação Dje 044 – 09/03/2011.

*conhecido e provido*". (REsp 585.750/RS, Rel. Ministro José Arnaldo Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 15/03/2004 p. 295)

*Destarte, não há que se falar em incidência do princípio da adequação social, tratando-se de conduta típica.*

*Inesquecível, mencionar nesse ponto que o réu Gustavo David Gonçalves à época dos fatos ocupava a função de Corregedor da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (f. 58, BCG 014), o que indica, maior repúdio da conduta realizada.*

*Ressalto, por fim, que a admissão do réu Gustavo quanto a propriedade do "site" e da ré Patricia quanto a elaboração daquele, não autoriza a atenuação da pena, já que negaram a prática delitativa de favorecimento da prostituição, a qual restou comprovada.*

*Assim, aquela admissão não se mostrou espontânea, ou seja, fruto de arrependimento sincero, padecendo, pois, de requisito legal necessário para a sua consideração como circunstância atenuante.*

*O Supremo Tribunal Federal, sobre a questão, já decidiu:*

*"(...) EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. HIPÓTESE EM QUE O PACIENTE ADMITE FATO DIVERSO DO COMPROVADO NOS AUTOS. INCOMPATIBILIDADE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A PRISÃO EM FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA. 1. A atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal (ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), configuradora da confissão, não se verifica quando se refere a fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, porquanto, ao invés de colaborar com o Judiciário na elucidação dos fatos, dificulta o deslinde do caso. Precedentes: HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011; HC 94295/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 31/10/2008. 2. In casu, o paciente admitiu a subtração dos bens, mas não a violência e a grave ameaça, que restaram comprovadas nos autos, sendo certo que tal estratégia, ao invés de colaborar com os interesses da Justiça na busca da verdade processual, visou apenas a confundir o Juízo diante da prisão em flagrante do paciente. (...) "7 (destaquei)*

*Por outro lado, a autoria da ré Gladis Glaciela Gonçalves não restou segura nos autos.*

*Na fase extrajudicial, a ré disse que, no início de 2006, "emprestou" o nome de sua empresa para seu irmão - corréu Gustavo -, para que ele efetuasse um negócio; alega que não questionou sobre o que se tratava e, somente alguns dias depois, foi informada por Gustavo de que se tratava de um "site" de anúncios por nome "Classisexyms", porém não achou nada de anormal (f. 300, volume II).*

*Em juízo, a acusada Gladis manteve a sua versão, afirmando que seu irmão pediu emprestado o nome de sua empresa, dizendo que iria adquirir um "site de classificados", desconhecendo a natureza daquele (f. 615-616, volume III).*

*O corréu Gustavo limitou-se a afirmar que pediu emprestado o nome de sua irmã para adquirir a página virtual (f. 316-317, volume II e 603-605, volume III).*

*A corré Patricia, na fase extrajudicial, alegou se recordar que assinou o documento de transferência do domínio para a pessoa de prenome "Gladis" (f. 297-298, volume II); já em juízo nada alegou.*

7 STF - HC 102002 / RS - Relator(a): Min. Luiz Fux - Julgamento: 22/11/2011 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

*É certo que a empresa da ré Gladis constava no registro do domínio do “site” e embora aquela tenha afirmado que alguns dias depois foi informada de que aquele se destinava anúncios e que tinha o nome “classisexyms”, não há nos autos qualquer outra prova ou testemunha que indique ter ela ciência do efetivo gênero de anúncios que eram veiculados na página virtual.*

*Nenhuma outra testemunha ou qualquer outro meio de prova consta nos autos a demonstrar que a ré tenha agido com o dolo exigido no tipo.*

*Nessa linha de provas, não há certeza da autoria e ausente lastro eficaz para garantir um juízo condenatório, a absolvição se impõe<sup>8</sup>.*

*Por conseguinte, comprovada a ação típica, em sua materialidade e autoria, bem como improcedente a alegação da defesa, a condenação dos réus Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis resta imperiosa, no que se refere à imputação do crime de favorecimento da prostituição, previsto do artigo 228 do Código Penal; por outro lado, em relação a ré Gladis Glaciela Gonçalves, a absolvição é devida.”*

Por primeiro, analiso a alegada atipicidade da conduta dos embargantes, para, se considerada típica, analisar o pleito absolutório por ausência de provas.

Da atipicidade da conduta.

Conforme restou demonstrado nos autos os apelantes, primeiro Patrícia Gradwool Panis, em tese (tal alegação será analisada com profundidade quando, se superada a análise da atipicidade da conduta, no pleito absolutório por ausência de provas), e posteriormente, Gustavo David Gonçalves, foram proprietários do endereço eletrônico [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br).

Referido site disponibilizava na internet anúncios de pessoas que ofereciam serviços sexuais mediante o pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais) como adesão e R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, para que o anúncio permanecesse disponível no site.

Ainda restou demonstrado, conforme disposto na denúncia, que os anúncios:

*“Na realidade eram pornográficos, ou seja, o denunciado publicava fotografias dos anunciantes nus ou semi-nus, com seus respectivos telefones ou endereço de contato, ofertando serviços de “acompanhantes femininos e masculinos, travestis”, bem como de estabelecimentos que laboram no ramo da prostituição, tais como, casas de massagens, boates, motéis, sex shop, casas de show, dentre outros” bem como “após celebração do negócio entre o denunciado e o anunciante, caso este quisesse, o Tenente Coronel da Polícia Militar – Gustavo enviava um fotógrafo de sua confiança para que tirasse as fotos eróticas, a fim de serem publicadas no site, sendo que se esse tal cliente tivesse interesse em adquiri-las, teria que comprar no mínimo 30 (trinta) fotos a R\$ 1,00 (um real) cada”.*

Os apelantes foram condenados como incurso no delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual disposto no artigo 228, do Código Penal porque, com os anúncios divulgados na internet, teriam facilitado acesso à prostituição, conforme se constata do *decisum* condenatório.

Em contrapartida, também restou demonstrado que os apelantes não agenciavam os anunciantes e tampouco auferiam renda (participação) pelos programas agendados por estes em razão do anúncio.

<sup>8</sup> “O Direito Penal não opera com conjecturas ou probabilidades. Sem certeza total e plena da autoria e da culpabilidade, não pode o juiz criminal proferir condenação” (Ap.162.055, TACrim., Rel.Goulart Sobrinho).

Os apelantes tão somente disponibilizavam no site, mediante pagamento de mensalidade, os anúncios dos profissionais do sexo, com o telefone destes. Ou seja, o site era um classificado virtual de anúncios sexuais.

Nesse prisma, somente a título de argumentação, cumpre destacar que os periódicos de grande circulação, regional e nacional, ainda que não sejam exclusivos para tal fim como o dos apelantes, possuem em seus classificados sessões próprias para o mesmo tipo de anúncio que os apelantes ofereciam digitalmente, inclusive nos autos, f. 802, a defesa de um dos apelantes acostou tal documento aos autos.

Vale destacar que, a finalidade exclusiva dos classificados digitais dos apelantes, especializado em anúncios de cunho sexual, em nada distancia dos classificados diversificados, digitais ou impressos, que possuem, além de outros tipos de ofertas, os mesmos tipos de anúncio de cunho sexual do existente no site dos apelantes, pelo menos no entender deste relator, diferentemente do que pensa a colega singular.

O simples fato dos anúncios digitais dos apelantes exibiram fotos sensuais, ou até mesmo pornográficas, não muda em nada a finalidade do anúncio impresso que mostram apenas, e eventualmente, o rosto do(a) anunciante.

Se compartilhasse do mesmo entendimento da magistrada de piso, por coerência, teria que ser tolerante com os anúncios dos(as) profissionais do sexo nos jornais impressos, pois eles só informam os dados físicos e de contato da anunciante com, eventualmente, uma foto de rosto, mas ficaria irrisado com o mesmo anúncio, que poderia ser vinculado pelo(a) mesmo(a) profissional no site dos apelantes porque, além das informações constantes no jornal impresso, existiriam fotos do(a) anunciante em poses sensuais ou eróticas. O que no meu entender, é uma completa discrepância já que a conduta é a mesma, oferecimento de serviços sexuais.

Pois bem.

O artigo 228, do CP dispõe o seguinte:

*“Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:”*

A facilitação trazida no artigo 228, do CP, segundo o *decisum* condenatório “*quer dizer dar acesso mais fácil ou colocar à disposição*”.

Todavia, esse dar acesso ou colocar à disposição não é da oferta, mas sim da prostituição em si. Se não fosse o entendimento, na linha de raciocínio da magistrada *a quo* alugar apartamento, ou *flat*, para que a inquilino(a) use o local como ponto de encontros sexuais, seria facilitar a prostituição. Nesse mesmo sentido, franquear a entrada em hotéis ou motéis seria facilitar a prostituição.

Com efeito, entendo que esse facilitar seria “*dar acesso mais fácil ou colocar à disposição*” tem que ter participação direta, ou seja, esse facilitar, exemplo, os apelantes se, além dos anúncios, marcassem clientes para os anunciantes ou se colocassem à disposição de fazê-lo, aí os apelantes estariam facilitando a prostituição.

Pelo entendimento do *parquet*, por analogia, dever-se-ia condenar o fabricante de arma pelo delito induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, do CP: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça) quando tal prática ocorresse por meio de arma de fogo, pois a venda de tal artefato facilitaria a sua prática.

*In casu*, a atipicidade na conduta dos apelantes estabelecesse no fato de que eles não auferiram lucro com os encontros sexuais agendados por meio dos anúncios virtuais veiculados pelo site de propriedade deles.

O TJSP, no caso da Boate Bahamas absolveu o proprietário da casa exatamente pela mesma fundamentação, ou seja, não houve facilitação à prostituição, pois o proprietário, seus sócios ou funcionários não “*auferiram alguma espécie de lucro com os encontros sexuais voluntariamente entabulados por essas mulheres dentro do Bahamas*”.

Dado o segredo de justiça do processo, e impossibilidade de acesso ao acórdão do jugado, segue notícia veiculada no site jurídico Conjur acerca do caso (<http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/oscar-maroni-filho-absolvido-crimes-relacionados-prostituição>):

*“Boate Bahamas*

*Maroni é absolvido de crimes relacionados à prostituição*

*O empresário Oscar Maroni Filho, dono da boate Bahamas, foi absolvido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo da acusação de crimes de favorecimento da prostituição, manutenção de casa de prostituição e concurso material. A decisão, proferida nesta terça-feira (9/4), é da 4ª Câmara Criminal do TJ-SP.*

*No entendimento da maioria dos desembargadores, as garotas de programa que atuavam na boate Bahamas não mantinham nenhum grau de hierarquia com o empresário, tampouco repassavam valores a ele. De acordo com a decisão, as moças, que serviram de testemunha na ação penal, eram maiores e já haviam exercido a prostituição antes de manter encontros na casa noturna.*

*“Em suma, para tipificação da conduta ilícita, é imperioso que as prostitutas residam no local e, paralelamente, que ele se destine à prostituição. E, com a devida vênia, mais uma vez, tais fatos não ocorreram na hipótese vertente”, afirmou em voto o relator Euvaldo Chaib. “Noutros dizeres, dentre as múltiplas atividades exercidas no interior do Bahamas (v.g. restaurante, american bar, sauna, bilhar, pista de dança, piscina), era possível o encontro sexual mediante pagamento que, ressalte-se, à luz da prova concatenada na espécie, não há lastro de que era repassado à casa noturna.”*

*O desembargador continuou adiante: “as vítimas dão conta na instrução que se sentiram atraídas pela casa Bahamas porque ali, segundo pessoas de suas convivências, era possível sexo consensual pago (...). E, em consequência, inexistente lastro de que o réu Oscar, ou seus funcionários e sócia, auferiram alguma espécie de lucro com os encontros sexuais voluntariamente entabulados por essas mulheres dentro do Bahamas”.*

*Em primeira instância, a 5ª Vara Criminal da Capital condenou Oscar Maroni a 11 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de multa por incursão nos artigos 228, parágrafo 3º, e 229, parágrafo 3º, combinado com o artigo 69, todos do Código Penal. Tanto o réu quanto o Ministério Público, autor da ação de primeira instância, recorreram. A Procuradoria apelou, requerendo a condenação dos demais réus absolvidos na ação inicial. A defesa de Oscar Maroni pediu sua absolvição. Por maioria de votos, a Câmara deu provimento ao recurso do empresário e negou ao do Ministério Público.*

*Com informações da Assessoria de Imprensa do TJ-SP. Apelação 0002569-48.2005.8.26.0050”*

Mesma notícia retirado do site jurídico Migalhas (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI175996,21048-Dono+da+boate+Bahamas+e+absolvido+dos+crimes+relacionados+a>):

*“Dono da boate Bahamas é absolvido dos crimes relacionados à prostituição*

*A decisão é da 4ª câmara criminal do TJ/SP.*

*O empresário Oscar Maroni Filho, dono da casa noturna Bahamas, foi absolvido pela 4ª câmara Criminal do TJ/SP dos crimes de favorecimento da prostituição, manutenção de casa de prostituição e concurso material. Em setembro de 2011, ele havia sido condenado pela 5ª vara Criminal da capital paulista a 11 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de multa por incursão nos artigos 228, § 3º, e 229, § 3º, combinado com o art. 69, todos do CP.*

*De acordo com aos autos, o empresário foi acusado de fazer fortuna através da exploração da prostituição alheia, transformando-a em negócio que gerava R\$ 1 mi por mês, também de incentivar o meretrício “virtual” com o ‘Cyber Bahamas’, tornando-se proprietário de quase uma quadra das regiões nobres da capital, onde erigiu um prédio de 11 andares com ligação subterrânea para as instalações da boate.*

*Após sua condenação, a defesa Maroni Filho recorreu da decisão pedindo sua absolvição. O MP também interpôs recurso e a Procuradoria apelou, requerendo a condenação dos demais réus absolvidos na ação inicial. Por maioria de votos, a câmara deu provimento ao recurso do empresário e negou ao do MP.*

*Segundo a assessoria do TJ, o entendimento da turma julgadora foi o de que as garotas de programa que atuavam na boate Bahamas não mantinham nenhum grau de hierarquia com o empresário, tampouco repassavam valores a ele. As moças, que serviram de testemunha na ação penal, eram maiores e já haviam exercido a prostituição antes de manter encontros na casa noturna.*

*Em seu voto, o relator, desembargador Euvaldo Chaib, avaliou que “para tipificação da conduta ilícita, é imperioso que as prostitutas residam no local e, paralelamente, que ele se destine à prostituição. E, com a devida vênia, mais uma vez, tais fatos não ocorreram na hipótese vertente”. Ressaltou ainda que “dentre as múltiplas atividades exercidas no interior do Bahamas (v.g. restaurante, american bar, sauna, bilhar, pista de dança, piscina), era possível o encontro sexual mediante pagamento que, ressalte-se, à luz da prova concatenada na espécie, não há lastro de que era repassado à casa noturna”.*

*O processo corre em segredo de Justiça.*

*Processo: 0002569-48.2005.8.26.0050”*

Ora, se dono da Boate Bahamas, cujo local conta com um complexo de lazer frequentado por garotas de programa e, lá dentro, estas após se encontrarem com os clientes, marcam encontros sexuais e dirigem-se à um hotel ligado ao próprio complexo da boate não é facilitação à prostituição, apenas os apelantes que tão somente, por meio da internet, disponibilizam a veiculação de anúncios das profissionais do sexo seria um completo contrassenso.

Além do mais, existe um site de internet, igual ao dos apelantes, com proporções infinitamente superiores e abrangência nacional, o *M Class* ([www.mclass.com.br](http://www.mclass.com.br)). E, até o momento, não se tem informação de que este tenha sido retirado do ar ou que esteja sendo investigado pelo Ministério Público, pelo contrário, no caso do homicídio do empresário Marcos Matsunaga, diretor-executivo da Yoki, conforme documento de f. 803/805, o Promotor de Justiça, Tomás Ramadan em entrevista ao portal de notícia G1 afirmou que:

*“(...) essas mulheres são maiores de idade e capazes, não há vocação criminosa para esses sites, até porque a prostituição no Brasil não é considerada crime. Pode haver apenas uma reprovação moral por parte das pessoas, mas a oferta de serviços de natureza sexual não é considerada criminosa” (...) “Em geral as acompanhantes que aparecem nesses sites pagam por seus anúncios e recebem seus clientes em apartamentos alugados, então não há como punir isso, porém se for comprovada a exploração da prostituição, ou a submissão de menores a práticas sexuais, a conduta configura crime (...)”.*

Eis a notícia veiculada no portal de notícia G1 acerca do caso (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/06/dono-de-site-que-uniu-elize-e-diretor-diz-que-nao-controla-acompanhantes.html>):

*“De acordo com o Código Penal, o crime de rufianismo é caracterizado quando se tira “proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte”. A definição, portanto, delimita o tipo de site considerado criminoso no Brasil.*

*Para a ONG SaferNet Brasil, não é possível enquadrar todos os sites com esse perfil em uma única categoria. Há sites, segundo a organização, que vendem espaço para o anúncio de serviços sexuais e outros que agenciam, recrutam, facilitam inclusive viagens.*

*O site que se limita a vender espaço publicitário geralmente não está cometendo atividade ilegal. De acordo com a Polícia Civil de São Paulo, sites com anúncios de acompanhantes não configuram crime já que a prostituição no Brasil não é crime. Nestes sites, ainda segundo a polícia, cada garota de programa apresenta números telefônicos pessoais, portanto não há configuração de agenciamento.*

*“Partindo da premissa que essas mulheres são maiores de idade e capazes, não há vocação criminosa para esses sites, até porque a prostituição no Brasil não é considerada crime. Pode haver apenas uma reprovação moral por parte das pessoas, mas a oferta de serviços de natureza sexual não é considerada criminosa”, explica o promotor de Justiça Tomás Ramadan.*

*São consideradas criminosas, no entanto, as práticas de agenciamento e exploração da prostituição, ou rufianismo.*

*“Em geral as acompanhantes que aparecem nesses sites pagam por seus anúncios e recebem seus clientes em apartamentos alugados, então não há como punir isso, porém se for comprovada a exploração da prostituição, ou a submissão de menores a práticas sexuais, a conduta configura crime”, diz.”*

Sendo assim, por todo o exposto, não vejo como típica a conduta dos apelantes, pois ausente o elemento formador do injusto.

Por tais considerações, contra o parecer, dá-se provimento ao recurso para absolver Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis, da imputação de favorecimento à prostituição, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Revisor)

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Romero Osme Dias Lopes para dar provimento ao recurso para absolver os apelantes Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis, da imputação de favorecimento à prostituição, com fulcro no artigo 386, III do CPP.

Conclusão de julgamento adiado para a próxima sessão, em face do pedido de vista da Vogal (Des<sup>a</sup>. Maria Isabel), após o relator dar provimento aos recursos, acompanhado pelo revisor.

### VOTO (EM 05.07.2016)

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (Vogal)

Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis, foram condenados, respectivamente, às penas indicadas na sentença, como incurso no artigo 228, do Código Penal (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual).

Segundo a denúncia:

*“No período de 10.09.2004 até 31.08.2006, o denunciado, por meio de um site denominado Classisexy, facilitava a prostituição de homens, mulheres e homossexuais, vez que realizava anúncios pornográficos, os quais eram divulgados no endereço eletrônico [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br).*

*Conforme se deflui dos autos, após investigações judiciais, vislumbrou-se que o denunciado era proprietário de um site na internet onde eram realizados anúncios de pessoas que queriam se prostituir.*

*A conduta delituosa ocorria da seguinte forma: a pessoa interessada em divulgar-se no site contatava o denunciado pelo e-mail [gustavo10\\_1@hotmail.com](mailto:gustavo10_1@hotmail.com) ou pelo telefone 9925-5739, oportunidade em que o mesmo informava a necessidade do pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais) a título de adesão e mais R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, a fim de que o anúncio permanecesse no site, valor este que era pago mediante boleto bancário ou cobrança pessoal.*

*Ocorre, porém, que não versavam sobre simples anúncios, na realidade eram pornográficos, ou seja, o denunciado publicava fotografias dos anunciantes nus ou semi-nus, com seus respectivos telefones ou endereço de contato, ofertando serviços de “acompanhantes femininos e masculinos, travestis”, bem como de estabelecimentos que laboram no ramo da prostituição, tais como, casas de massagens, boates, motéis, sex shop, casas de show, dentre outros.*

*Após celebração do negócio entre o denunciado e o anunciante, caso este quisesse, o Tenente Coronel da Polícia Militar – Gustavo enviava um fotógrafo de sua confiança para que tirasse as fotos eróticas, a fim de serem publicadas no site, sendo que se esse tal cliente tivesse interesse em adquiri-las, teria que comprar no mínimo 30 (trinta) fotos a R\$ 1,00 (um real) cada.*

*Durante as investigações, restou comprovado, por meio de perícia, que o site CLASSISEXY MS tinha seu domínio registrado na entidade Registro.br, órgão que regula os domínios no Brasil, o qual estava em nome de Glória G. Barbosa Com. Var. de Merc. em Lojas, com registro no CNPJ 007.117.713/0001-89, sendo que a responsável legal era a irmã do denunciado, Glória Gonçalves Barbosa, entretanto, o contrato de hospedeiro firmado com a Locaweb foi realizado em nome do denunciado – documento de fls. 120.*

*Além disso, verificou-se também que o denunciado tinha um “Controle de Clientes” onde constava o endereço de cada anunciante, a melhor data para pagamento, forma de cobrança, bem como uma classificação se o cliente era “bom ou complicado”.*

*Em degravação realizada em uma fita enviada pela TV Morena, o denunciado confessou ser o proprietário do site, bem como informa como era o procedimento para adesão e utilização.*

*Destarte, diante das provas carreadas nos autos, não restam dúvidas de que o denunciado facilitava o acesso à prostituição, que por ele deveria ser combatida, vez que o mesmo é Tenente Coronel da Polícia Militar do nosso Estado, sendo que na ocasião de sua conduta delituosa, exercia o cargo de Corregedor da PMMS, função que exigia reputação e moral ilibada.” (f. 02/05)*

O *parquet* aditou a denúncia para retificar o período em Gustavo David Gonçalves foi o proprietário do site *classisexyms* (10/09/2004 a 31/08/2006) e incluiu no pólo passivo da ação Patrícia Gradwool Panis (apelante) e Gladis Glaciela Gonçalves (absolvida em primeiro grau sem recurso ministerial), como consta abaixo:

*“Da denunciada Patrícia Gradwool Panis*

*Consta dos autos que no ano de 2003, nesta Capital, a denunciada Patrícia Gradwool Panis teria conhecido um pessoa de prenome “Paulo”, o qual solicitou que a mesma fizesse a montagem de um site de divulgação de profissionais do sexo, denominado [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br), o que foi atendido pela denunciada.*

*Durante a montagem do site, a denunciada recebeu ligações de “anunciantes” solicitando que a mesma fotografasse-os para selecionar poses eróticas para a montagem do site, ocasião em que a denunciada fotografou algumas mulheres e recebeu algumas mensalidade pagas pelos “anunciantes”.*

*Apurou-se que o domínio do site [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br) estava no nome da denunciada Patrícia que, posteriormente, anunciou a venda do domínio em um jornal local, no ano de 2006, sendo que recebeu a ligação de uma pessoa do sexo masculino solicitando informações sobre o site e, logo após, negociou a venda pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), assinando o documento de transferência para a denunciada Gladis Glaciela Gonçalves, irmã do denunciado Gladis Glaciela Gonçalves.*

*Com isso comprovou-se que a denunciada Patrícia Gradwool Panis montou e administrou o site *classisexyms* antes do denunciado Gladis Glaciela Gonçalves, sendo, posteriormente vendido para esse último, de modo que enquanto responsável pelo site, atraía pessoas para a prostituição e facilitava tal prática, como já exposto na denúncia inicialmente ofertada.” (f. 411/415)*

Patrícia Gradwool Panis, f. 753/764, e Gustavo David Gonçalves, f. 765/805, recorrem a esta Corte.

Patrícia Gradwool Panis busca: i) a absolvição ante a ausência de provas produzidas em juízo; ii) a absolvição pela atipicidade da conduta e iii) a fixação da pena basilar no patamar mínimo legal; iii) o abrandamento do regime inicial do cumprimento de pena, do semiaberto para o aberto e iv) a redução e multa para o patamar de um salário mínimo.

Gustavo David Gonçalves requer i) a absolvição pela atipicidade da conduta; ii) a absolvição ante a ausência de provas e iii) a redução da pena (com o reconhecimento da confissão) e da multa, ao patamar mínimo legal.

O Relator dá provimento aos recursos para absolver os recorrentes, por entender que não é típica a conduta dos apelantes, pois ausente o elemento formador do injusto.

Trata-se então de saber acerca da tipicidade das condutas.

Apresento voto divergente, para manter a condenação do(a) apelante(s). Explico:

Do pleito de absolvição dos apelantes:

A prostituição é considerada uma das profissões mais antigas da história da humanidade. Escrevo profissão sem aspas, pois felizmente hoje em nossa sociedade e segundo a nossa lei, o profissional do sexo tem de ser respeitado como qualquer outro profissional e ninguém há de dizer que não se trata de uma profissão, pois dela essas pessoas angariam seu sustento para viverem licitamente em sociedade. E por isso tais pessoas não precisam mais se esconder e hoje se autodenominam, quando indagadas por exemplo como testemunhas, que sua profissão é “profissional do sexo”, estando felizmente longe o tempo em que tal seria algo de que deveriam se envergonhar ou se esconder.

Se quiserem dizer “garotos ou garotas de programa”, pode entender - se que seja um desejo de certa “glamourização” da profissão, por via da nomenclatura, o que no entanto a meu ver vem a dar no mesmo, porém já remete a uma terminologia mais complexa e necessitada de maiores detalhes, pois há que explicar que “programa” (termo genérico para alguma atividade) no caso precisaria ser detalhado como “programa do tipo sexual”. Ao que parece, ainda essa nomenclatura mais vaga refletiria o tabu social para nominar assuntos de cunho sexual, pois se omite a palavra “sexual”.

Bom, feita esta introdução que já ela mostra a delicadeza destas questões, do ponto de vista da visão socio-cultural, há que adentrar na questão deste processo.

Ora, se a prostituição, em si, é considerada uma conduta indiferente ao Direito Penal, atípico, a lei brasileira porém ainda vê essa profissão como uma das que não deva ser incentivada por terceiros, e investe na preservação da plena liberdade de escolha, e mesmo no desejo de não se incentivarem tais práticas, por exemplo criminalizando quem a facilite (crime em comento), talvez porque seja uma profissão cheia de riscos pessoais e de saúde, e mesmo perigo de sofrimento de violências das mais variadas espécies, além de que sabemos que a ela chegam muitas vezes pessoas que não tiveram oportunidade de outra profissão.

É bem verdade, porém, que isto pode ocorrer também com outras profissões, e nem por isso são criminalizados os incentivos a elas.

Outrossim, não se pode negar, também, que muitos e muitos profissionais do sexo (aposto que seja a maioria, mas não conheço estatísticas a respeito), pelo contrário, fizeram escolha livre e mesmo persistem na profissão e se adaptaram a ela e não pretendem mudar de profissão, e por certo estes (assim como os outros) poderão procurar pessoas ou empresas que os auxiliem em sua profissão, e, visto por esta ótica, a criminalização de tais ajudas atrapalha tal profissão ou pelo menos não a facilita.

A verdade é que, questionando ou não a escolha legislativa, ela aí está para ser interpretada e aplicada, e essa lei penal pune aqueles que estimulam o chamado comércio sexual.

Com efeito, há três sistemas de tratamento legislativo da prostituição: o da regulamentação; o da proibição e o abolicionista, e nossa lei optou pelo abolicionista, deixando de responsabilizar criminalmente aquele que pratica a prostituição, porém permanece a punição para pessoas que contribuem ou facilitam o seu exercício.

Então, cabe analisar os autos e a sentença condenatória. Ela pautou-se nos seguintes termos:

Primeiro, afirmou a materialidade dos fatos, com efeito comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 09); laudo pericial em CPUs (f. 174-184); laudo pericial de exame em CD-R (f. 200-245); degravação do conteúdo de CD (f. 121-123) e documentos de f. 23-25, 96-97, 125-155 e 283-293.

Também reconheceu a autoria dos apelantes Gustavo e Patrícia, justificando:

*“O réu Gustavo David Gonçalves, na fase policial, admitiu ter adquirido o “site”, dizendo que viu o anúncio sobre a venda daquele em um jornal e ficou interessado; pediu para sua irmã emprestar o nome para o negócio e, na conveniência daquela, encontrou a pessoa conhecida como “Patrícia”, a qual se apresentou como sendo a responsável pela página virtual; afirmou, por fim, que manteve o “site” por aproximadamente 07 (sete) meses (f. 316-317, volume II).*

*Em juízo, o acusado Gustavo manteve a admissão quanto a aquisição e propriedade da página virtual denominada “classisexyms”, porém negou a prática delitiva, dizendo que, ao adquirir aquela, já havia anúncios de cunho sexual - “propaganda de meninas e rapazes” -, sendo que pretendia diversificá-los para outros produtos e serviços voltados ao consumo feminino, tais como, cosméticos, joias, entre outros (f. 603-605, volume III).*

*A ré Patrícia Gradwool Panis, na fase extrajudicial, relatou que foi procurada por terceiro conhecido como “Paulo” para elaborar o “designer” de um “site” de divulgação de “profissionais do sexo”, oportunidade em que criou o “classisexyms”; revelou que, durante a montagem da página virtual, atendeu algumas “anunciantes”, a fim de angariar “material” e, em algumas ocasiões, tirou fotos daquelas, bem como recebeu a mensalidade das “meninas”, sempre a pedido de “Paulo”.*

*Asseverou, ainda, que o domínio do “site” fora registrado em seu nome, para garantir o pagamento de “designer”, no entanto, “Paulo” teria desaparecido, razão pela qual decidiu vender aquele, negociando com a pessoa de Gustavo (f. 297-298, volume II).*

*Em juízo, a acusada Patrícia negou qualquer responsabilidade com os anúncios, dizendo que possuía uma empresa de “web designer” e foi contratada por terceiro para “desenhar” o “site”, recebendo os “anúncios” do indivíduo apenas para digitar e montar.*

*A acusada afirmou, também, ter registrado o domínio da página virtual em nome de sua empresa, pois a pessoa que lhe contratou não possuía “empresa aberta”; posteriormente, não recebeu o pagamento referente ao seu serviço e decidiu vendê-lo, o que o fez pela importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ao correu Gustavo (f. 608-610, volume III).*

*Como se vê, o réu Gustavo David Gonçalves confirmou a propriedade do “site”, porém sustentou que os anúncios de cunho sexual já constavam naquele quando da sua aquisição.*

*Por sua vez, a ré Patrícia Gradwool Panis negou qualquer responsabilidade quanto aos anúncios daquele, alegando ter elaborado a parte gráfica da página virtual, sem qualquer envolvimento com os anunciantes.*

*No entanto, as provas produzidas nos autos são contundentes e revelam que os réus atuaram diretamente na publicação dos anúncios com teor de prostituição, no período em que permaneceram como proprietários e administradores da página virtual, senão vejamos.*

*A testemunha Janice Flávia de Souza Pereira, na fase extrajudicial, afirmou ser “garota de programa” e que pelo período de um ano e meio, anunciou seus “serviços” no “site classisexyms”; narrou que a pessoa de “Patrícia” foi quem fez seu cadastro para anunciar na página virtual, sendo que dois meses antes do fechamento daquela, foi informada que o “site” seria vendido (f. 271, volume II).*

*No mesmo sentido é o relato da testemunha Maria Emilia da Silva Marques que, na fase policial, narrou ter divulgado suas fotos e seu telefone no “classisexyms”, no período de um mês, sendo que fez seu cadastro com a “representante” do “site”, conhecida como “Patrícia”, a qual também tirou suas fotos para aquele (f. 273, volume II).*

*Corroborando tais relatos, tem-se o depoimento da testemunha Maria do Carmo Lima que, em juízo (f. 525, volume III) ratificou seu depoimento prestado na fase policial à f. 282, volume II, no qual afirmou ser proprietária de uma locadora e possuir naquela um setor de “sexy shop”, tendo anunciado seus produtos na página virtual “classisexyms”, negociando com a pessoa de Patrícia Gradwool Panis.*

*A aludida testemunha relatou, também, que pagava o valor de R\$ 47,00 (quarenta e sete reais) mensais, através de boletos bancários – acostados à f. 284-293 -, o que fez até fevereiro de 2006, quando pediu o cancelamento da prestação de serviço, sendo que o “site” já estava sob a administração de um outro proprietário.*

*Ressalte-se que nos recibos apresentados pela testemunha, a acusada Patrícia Gradwool Panis figura como cedente, o que indica que sua atuação no “site” não se limitou a elaboração gráfica, mas também teve contato direto com os anúncios daquele, aderindo a conduta ilícita de favorecimento da prostituição, atuando ativamente para a publicação de “serviços de prostituição”.*

*Outrossim, a própria ré, na fase policial, alegou ter tirado fotos de algumas “anunciantes” e, inclusive, ter recebido a mensalidade de certos clientes, versão esta que restou corroborada pelo conjunto probatório, de forma que inexistente dúvida quanto a sua autoria.*

*Ainda, restou cabalmente demonstrado que o domínio da página virtual “classisexyms” estava registrado em nome da acusada, a qual por determinado período foi a responsável por aquele, tanto que efetuou a sua venda e transferência para o corréu Gustavo; obtendo vantagem econômica. O corréu Gustavo, disse também que, ao adquirir o “site”, já havia anúncios de cunho sexual, circunstâncias que reforçam a prova da autoria da ré Patrícia, ensejando o édito condenatório da acusada Patrícia Gradwool Panis.*

*O fato de a(s) testemunha(s) de defesa da ré Patrícia, ouvidas em juízo (f. 612, volume III), afirmar(em) que a ré é pessoa de boa índole não exclui a tipicidade da conduta por ela(e)(s) perpetrada.*

*De igual forma, restou demonstrada a autoria do réu Gustavo David Gonçalves, que além de adquirir o “site” com os anúncios de cunho sexual, manteve aqueles; em outras palavras, o acusado deu continuidade ao favorecimento da prostituição, o que restou sobejamente comprovado através da prova angariada nos autos.*

*Consta no caderno processual a reportagem realizada por uma emissora de televisão, onde uma pessoa – mulher - se diz interessada em anunciar no “site” e, em contato com o acusado Gustavo, recebe informações dos procedimentos e valores exigidos.*

*A gravação da referida reportagem foi realizada e juntada à f. 122-123; ainda, entendo oportuno transcrever trecho relevante da citada prova:*

*“(…) Mulher: eu queria saber como eu faço pra mandar minhas fotos pra você.*

*Coronel Gustavo: tem que mandar no meu e-mail.*

*Mulher: qual é o seu e-mail?*

*Coronel Gustavo: é gonçalves 10 under line 1*

*Mulher: 10 under line 1*

*Coronel Gustavo: Arroba hotmail ponto com*

*Mulher: quanto que custa pra eu publicar minhas fotos?*

*Coronel Gustavo: 50 reais adesão e 50 da mensalidade.*

*Mulher: 50 a inscrição e mais 50 por mês?*

*Coronel Gustavo: isso.*

*Mulher: todo mundo gosta do trabalho?*

*Coronel Gustavo: vixe o pessoal adora.*

*Mulher: é? Tem bastante acesso?*

*Coronel Gustavo: bastante.*

*Mulher: bastante.*

*Coronel Gustavo: nossa, bastante mesmo.(...)” (f. 122-123).*

*Cumpre observar que o acusado foi entrevistado na mesma reportagem, oportunidade que não refutou a referida conversa, ao contrário, admitiu a propriedade da página virtual e disse “eu faço o contrato e anuncio o que a menina quer anunciar” (f. 122-123).*

*Não bastasse isso, os arquivos de um computador portátil - “notebook” - que foi de propriedade do acusado Gustavo (f. 74) foram arquivados em um CD e acostados nos autos.*

*Realizada perícia naquele, constatou-se a existência de inúmeros documentos que relacionam o réu Gustavo com o “site” “classisexyms” (f. 200-245).*

*A referida prova descreve que nos arquivos foram encontradas duas pastas nomeadas com o nome da página virtual, as quais continham subpastas denominadas: clientes, “dreamweaver” e instruções.*

*Naquelas foram localizados “layout” das páginas do(a)(s) “anunciantes” (f. 204-206; 234-243), uma lista de clientes, com dados sobre vencimento, endereço e tempo que anuncia no “site”; tipo de cobrança – boleto/pessoalmente -, bem como a descrição se o cliente é “bom cliente” ou “complicado” (f. 207-216).*

*Ainda, o contrato de compra e venda do domínio e as informações de “hospedagem” do “site”, este último realizado em nome do acusado Gustavo, também constam no laudo pericial mencionado (f. 217-233).*

*Ademais, o outro exame pericial realizado no computador do acusado, cujo laudo fora acostado à f. 174-184, também constatou a presença de documentos relacionados à página virtual “classisexyms”, tais como fotografias pornográficas, todas com a “assinatura” do “site” (f. 177 e 179).*

*Assim, a comprovada propriedade do “site” pelo acusado Gustavo, o fato de ter adquirido aquele ciente do tipo de anúncios daquele, as provas documentais produzidas, as quais indicam que o réu manteve os anunciantes anteriores e continuou a receber novos anunciantes do mesmo gênero, somados constituem prova robusta de que o réu facilitou o acesso à prostituição, o que tipifica o delito de favorecimento da prostituição.*

*Portanto, não há que se falar em precariedade da prova como quer fazer crer as defesas dos acusados Gustavo e Patrícia.*

*No tocante ao §3º, do artigo 228, do Código Penal, entendo que não se aplica ao caput do tipo penal, isto porque apesar da conduta ter finalidade de lucro, a pena de multa já é exigível no caput do delito.*

*Conforme o magistério de Nucci o §3º “torna-se aplicável somente à figura do § 2º, quando houver violência, grave ameaça ou fraude, pois no tocante ao caput, a multa será sempre exigível”<sup>9</sup>.*

*Entretanto, nada impede que a pretensão de auferir lucro, devidamente comprovada no caso, seja utilizada na dosimetria da pena, em sua primeira fase, haja vista que se mostra como circunstância relevante para a avaliação do grau de censura da ação criminosa. “*

Portanto, nada há que acrescentar ao teor da sentença quanto à autoria do delito, demonstrada suficientemente.

Cabe analisar a tese alegada em defesa, da atipicidade da conduta.

A sentença refutou a tese entendendo que a conduta do artigo 228 do Código Penal consiste em levar alguém à prostituição (ação de induzimento), ou em facilitar a prostituição de quem a ela se entregue, afastando dificuldades ou empecilhos ou lhe propiciando meios (ação de facilitar)<sup>10</sup>, e entendeu que a conduta de “Facilitar”, “dar acesso mais fácil ou colocar à disposição<sup>11</sup>”, ocorreu no caso em concreto.

Justificou da seguinte forma:

*(...) “Na página do “site” intitulada “as vantagens em anunciar no classisexyms”, verifica-se que este prometia aos anunciantes mais oportunidades e a possibilidade de atenderem clientes de qualquer parte do mundo: “seus clientes terão livre acesso à sua página, dando mais visitas ao seu site e com isso lhe trazendo mais oportunidades”; estar 24 horas por dia fazendo propaganda em nível mundial, podendo atender clientes de qualquer parte do mundo” (f. 24, volume I) .*

*Dessarte, é certo que os acusados promoviam anúncios de “acompanhantes” no “site classisexyms”, o que restou cabalmente comprovado através da prova oral (f. 271; 273; 284-293) e material (f. 34; 117-179; 204-206 e 234-244), eis que consta no feito inúmeras capturas de imagens da página virtual, onde se verifica a natureza da propaganda realizada que constituía em ofertar serviços sexual visando lucro, sendo que tal conduta, certamente afastou empecilhos e propiciou meios para a prostituição, tanto que no próprio “site” se fazia tal promessa.*

*Saliento que o crime em questão se consuma com o início ou o prosseguimento de uma vida de prostituição, sendo irrelevante para caracterização do delito, a consumação da prostituição e/ou se a vítima – prostituta – assim já agia<sup>12</sup>.*

9 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª ed., RT, p. 946.

10 TJSC – Apelação Criminal - APR 791435 SC 2008.079143-5 – Relator(a) Sérgio Paladino - Segunda Câmara Criminal - Julgamento 11/05/2009.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed., RT, p. 943.

12 neste sentido: i) TJSP - RT 449/382; ii) “(...) Não importa teriam as mulheres, encaminhadas a prostituição, experiência sexual. E indiferente que se trate de vítima já desencaminhada, para que se caracterize o crime, pois a Lei no tanto pune o aliciamento, como, também, a facilitação (TJSP, Rel. Alvaro Cury, RJTJSP, 99/439 e RT, 606/328).”

*Portanto, a conduta dos réus Gustavo e Patrícia se enquadra perfeitamente ao tipo penal imputado<sup>13</sup>.*

*Outrossim, a assertiva de que a ré Patrícia prestou um serviço publicitário, cai por terra, diante dos depoimentos e documentos - cópia de recibos – acostados e já mencionados alhures, os quais deixam cristalino que a ré não só teve contato com os anunciantes, como atuou diretamente na realização dos anúncios e posterior venda do “site”, obtendo vantagem econômica, com a oferta de serviços sexuais.”. (destaques nossos).*

Cabe comentar que nos autos há provas de que os apelantes, primeiro Patrícia Gradwool Panis, posteriormente, Gustavo David Gonçalves, foram proprietários do endereço eletrônico [www.classisexyms.com.br](http://www.classisexyms.com.br).

Referido site disponibilizava na internet anúncios de pessoas que ofereciam serviços sexuais mediante o pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais) como adesão e R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, para que o anúncio permanecesse disponível no site.

Ainda restou demonstrado, conforme disposto na denúncia, que os anúncios

*(...) “na realidade eram pornográficos, ou seja, o denunciado publicava fotografias dos anunciantes nus ou semi-nus, com seus respectivos telefones ou endereço de contato, ofertando serviços de “acompanhantes femininos e masculinos, travestis”, bem como de estabelecimentos que laboram no ramo da prostituição, tais como, casas de massagens, boates, motéis, sex shop, casas de show, dentre outros”.*

*E mais, também se provou que “após celebração do negócio entre o denunciado e o anunciante, caso este quisesse, o Tenente Coronel da Polícia Militar – Gustavo enviava um fotógrafo de sua confiança para que tirasse as fotos eróticas, a fim de serem publicadas no site, sendo que se esse tal cliente tivesse interesse em adquiri-las, teria que comprar no mínimo 30 (trinta) fotos a R\$ 1,00 (um real) cada”.*

Portanto, havia uma atividade habitual que perdurou longo tempo, em que eram oferecidos pelos apelantes serviços, mediante pagamento regular (inscrição e mensalidades pagas pelas clientes), e esses serviços não consistiam apenas em publicar anúncios no site, mas sim em efetuar trabalho prévio de fotografar as clientes em poses sensuais ou pornográficas e inserir tais fotos no site, com conteúdo sensual ou pornográfico e visando facilitar a oferta de serviços de prostituição.

Mesmo que não houvesse agenciamento pelos apelantes entre os anunciantes e os clientes de seus serviços sexuais, é certo que pela atividade de fotografar as clientes do site e inserir os anúncios foi auferida renda habitual e mensal, a ponto de os apelantes terem caderno de anotações ou banco de dados com a lista das/dos anunciantes dos serviços de sexo, e mantinham serviço de cobrança especializado e direcionado se caso houvesse inadimplência das mensalidades contratadas, como explicado na sentença citada.

O objetivo de lucro e o real lucro ficaram assim evidenciados, assim como ficou evidenciado que a atuação dos apelantes era direcionada exclusivamente a esse tipo de anúncios e não outros: os apelantes disponibilizavam no site, mediante pagamento de mensalidade, os anúncios dos profissionais do sexo, com o telefone destes, o site era um classificado virtual de anúncios sexuais.

Não há como comparar tal atuação ao dos periódicos de grande circulação, regional e nacional, que não veiculam exclusivos anúncios de serviços de sexo, nem muito menos intervêm em etapas anteriores para fotografar as pessoas em poses sensuais, para depois inserir tais fotos nos seus veículos.

<sup>13</sup> STJ: “àquele que facilita, dando condições favoráveis à continuação ou ao desenvolvimento da prostituição, pratica o crime de favorecimento da prostituição” (HC 94.168/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 22/04/2008).

A finalidade exclusiva dos classificados digitais dos apelantes, especializado em anúncios de cunho sexual, o conteúdo exposto, que podia ser produzido pelos apelantes e cujos serviços de produção também lhes proporcionavam maior renda, e o tipo de fotos expostas (muito mais sensuais, desnudas ou apelativas ao sexo) indicam atividade direcionada a facilitar a prostituição, inclusive com relacionamento direto entre os apelantes e as clientes, no oferecimento dos serviços de fotógrafo e de inserção dos materiais produzidos no site, como demonstrado inclusive quando a própria ré, na fase policial, alegou ter tirado fotos de algumas “anunciantes” e, inclusive, ter recebido a mensalidade de certos clientes, e quando o apelante garante serviços de qualidade (como consta do telefonema degravado citado na sentença, em que a cliente indaga como fazer pra mandar as fotos, e o apelante responde que tem que mandar no e-mail dele, gonçalves 10 *under line* arroba hotmail ponto com, ao preço de 50 reais a adesão e 50 da mensalidade, garantindo que todo mundo gosta do trabalho: “vixe o pessoal adora”), ou seja, no telefonema citado, ele inequivocamente garante que seu serviço vai facilitar a oferta de serviços de prostituição.

Ocorre a facilitação da prostituição quando o agente proporciona à vítima meios eficazes de exercer a prostituição, arrumando-lhe clientes, colocando-a em lugares estratégicos enfim, ajudando a que a vítima, já entregue ao comércio carnal, nele se mantenha com o seu auxílio, com as facilidades por ele proporcionadas.

Saliente-se que foram identificadas algumas dessas clientes, porém, independentemente de as pessoas que anunciaram serem maiores de idade, tal não elide o crime, pois o bem juridicamente protegido pelo tipo penal é a moralidade e dignidade sexual, evidenciando ainda claramente uma opção legal no sentido de que não se facilite ou incentive o comércio do corpo.

As provas indicam que de fato a atuação dos apelantes era de facilitar a prostituição, e esse mesmo objetivo estava claro no próprio site, como explicou a sentença:

*“(...) Na página do “site” intitulada “as vantagens em anunciar no classisexyms”, verifica-se que este prometia aos anunciantes mais oportunidades e a possibilidade de atenderem clientes de qualquer parte do mundo: “seus clientes terão livre acesso à sua página, dando mais visitas ao seu site e com isso lhe trazendo mais oportunidades”; estar 24 horas por dia fazendo propaganda em nível mundial, podendo atender clientes de qualquer parte do mundo” (f. 24, volume I).*

*Dessarte, é certo que os acusados promoviam anúncios de “acompanhantes” no “site classisexyms”, o que restou cabalmente comprovado através da prova oral (f. 271; 273; 284-293) e material (f. 34; 117-179; 204-206 e 234-244), eis que consta no feito inúmeras capturas de imagens da página virtual, onde se verifica a natureza da propaganda realizada que constituía em ofertar serviços sexual visando lucro, sendo que tal conduta, certamente afastou empecilhos e propiciou meios para a prostituição, tanto que no próprio “site” se fazia tal promessa.” (destaques nossos)*

A sentença assim justificou quanto ao afastamento da atipicidade da conduta:

*“Sob outro vértice, a defesa do acusado Gustavo argumentou que a conduta seria atípica, ante a incidência do princípio da adequação social, eis que existiria aceitação social do serviço de “acompanhantes”, locais destinados à “encontros”, entre outros.*

*Não merece prosperar a assertiva da defesa.*

*Entender que o favorecimento da prostituição seria conduta irrelevante é agir contra a lei, ignorando o fato de suma relevância, eis que o bem jurídico protegido é a moralidade sexual, valor de elevada importância social e que deve ser resguardado por nosso ordenamento jurídico.*

*Destaque-se que a página virtual administrada pelos acusados foi criada especificamente com a finalidade de “divulgação de profissionais do sexo (f. 297, volume II)”, sendo que o lucro daquele era diretamente interligado ao favorecimento da prostituição, o que não ocorre com o tabloide jornalístico, que não tem o objetivo específico de cunho sexual e seu lucro independe deste tipo de anúncio.*

*Além disso, ser a conduta socialmente aceita, como alega a defesa, não afasta a tipicidade do delito praticado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal “quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais”<sup>14</sup>.*

*No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:*

*“(…) A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. O enunciado legal (art. 229 e art. 230) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais.” “Os crimes em comento estão gerando grande comoção social, em face da repercussão, existindo uma mobilização nacional de proteção dos menores.” Recurso conhecido e provido”. (REsp 585.750/RS, Rel. Ministro José Arnando da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 15/03/2004 p. 295)*

Destarte, não há que se falar em incidência do princípio da adequação social, tratando-se de conduta típica.

É indubitável que estamos perante uma polêmica, pois, muito embora haja decisões dos Tribunais de Justiça no sentido do voto do ilustre Relator, os Tribunais Superiores têm enfrentado tais questões ou similares não reconhecendo a atipicidade pelo princípio da inadequação social.

Cito por exemplo o Recurso Especial nº 1.508.423 - MG (2015/0007063-5) Relator Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convoacado do TJ/SP). Recorrente Ministério Público do Estado de Minas Gerais, decisão em 16 de junho de 2015:

#### *“DECISÃO*

*Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado (fls. 485/486):*

*APELAÇÃO CRIMINAL - FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO - ART. 228 e 229, AMBOS DO CP - CASA DE PROSTITUIÇÃO - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA - PRÁTICA DE ATO SEXUAL VOLUNTÁRIO ENTRE PESSOAS MAIORES E CAPAZES QUE NUNCA FOI CONSIDERADO ATO CRIMINOSO - EVOLUÇÃO DOS USOS E COSTUMES - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL - CONDUtas PENais NÃO VERIFICADAS - ABSOLVIÇÃO TAMBÉM POR TAL MOTIVO QUE AFIGURA POSSÍVEL. A realidade social na qual se projetou a norma do artigo 229 do Código Penal é completamente diversa da realidade social dos dias atuais. O direito penal contemporâneo não atua sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas seleciona aquelas que efetivamente ameaçam a convivência harmônica da sociedade para puni-las com a sanção mais grave do ordenamento jurídico que é - por enquanto - a sanção penal. Adota-se o posicionamento segundo o qual, o crime previsto no art. 229 do Código Penal se aperfeiçoa quando fica comprovado que o estabelecimento mantém com permanência as mulheres como residentes para o fim exclusivo da prostituição.*

14 STF - HC 104467/RS – Relator(a) Min. Cármen Lúcia, Órgão Julgador – Primeira Turma – Julgamento 08/02/2011 – Publicação Dje 044 – 09/03/2011.

*Portanto, o eventual ato de alugar quartos, oferecer serviços de bar, ainda que de forma modesta e rudimentar, descaracteriza o tipo penal, pois o local não é exclusivo de encontros libidinosos. A atipicidade material é reconhecida quando a sociedade não apenas tolera a conduta como também consensualmente a considera como natural e insignificante, ou seja, a figura delitiva da manutenção de casa de prostituição por sua ampla aceitação social, não pode ser tida como criminosa, tornando-se possível a aplicação do princípio da adequação social. Sendo também a prova dos autos imprecisa, a absolvição mostra-se medida mais prudente. V.V.: O favorecimento da prostituição, bem como a manutenção de casa de prostituição, são condutas típicas dos arts. 228 e 229, do Código Penal, dispositivos que permanecem em pleno vigor, não havendo falar-se em aplicação do princípio da adequação social. A conduta de quem atrai mulheres à prostituição, bem como de quem mantém local onde ela venha a ser exercida, exprimem manifesta ofensividade, configurando, assim, condutas materialmente típicas, não havendo que se cogitar de atipicidade conglobante. A conduta prevista no art. 228, do CP, é, em regra, absorvida por aquela do art. 229, do mesmo codex, mas tão somente quando praticada na modalidade “facilitar”, configurando-se o concurso material de normas penais, com o crime de manutenção de casa de prostituição, quando praticado o crime de favorecimento da prostituição na modalidade “atrair”, isto é, de forma autônoma, independente e anterior à colocação das mulheres no trabalho do lupanar. Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 518/522).*

*Consta dos autos que o recorrido J.C. de S.S. foi condenado à uma pena de 4 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 24 dias multa e a recorrida T. M. de S. R. condenada à pena de 4 anos de reclusão e 20 dias multa, ambos como incurso nos art. 228, § 3.º, e art. 229 c/c o art. 69, ambos do Código Penal. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos.*

*A defesa de J. C. de S. S. interpôs recurso de apelação, no qual pugnou pela nulidade da sentença, pelo reconhecimento da atipicidade dos fatos ou pela aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social ao caso. Alternativamente, pretendeu a absorção do crime de favorecimento da prostituição pelo crime de manutenção de casa de prostituição, pela exclusão da agravante da reincidência e pela fixação da pena no mínimo legal.*

*T. M. de S. R. por sua vez, pretendeu a absolvição apontando*

*insuficiência probatória a ausência de dolo na conduta; invocando a aplicação do princípio da adequação social ao caso e alegando a não configuração da tipicidade conglobante.*

*O Tribunal a quo deu provimento ao recurso de apelação, por maioria, para absolver os réus, acolhendo a tese de incidência do princípio da adequação social. Diante disso, foi interposto o presente recurso especial.*

*Em suas razões, o recorrente aponta negativa de vigência aos arts. 228, caput e 229, § 3.º ambos do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos e da denúncia. Aduz, em síntese, a inaplicabilidade do princípio da adequação social ao caso, ressaltando inclusive que a edição da Lei n. 12.015/2009, não só reafirmou a tipicidade da conduta como também passou a punir outras formas de exploração social.*

*Pretende seja restabelecia a sentença de primeiro grau de jurisdição.*

*Contrarrazoado (fls. 548/567) e admitido (fls. 591/592), o Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso (fls. 606/616).*

*É o relatório.*

*Decido.*

*Assiste razão ao recorrente.*

*Eis as razões do acórdão recorrido (fls. 498/ 501 ):*

*Não obstante acompanhar o eminente Des. Relator que rejeitou a preliminar suscitada pela defesa, portanto, peço-lhe vênia para divergir dos demais termos do seu judicioso voto, para absolver os apelantes José Carlos Souza Sa e Tatiana Mary de Santa Rita pela prática do delito previsto no art. 228, § 3o, e art. 229, em concurso material, na forma do art. 69, todos do Código Penal. É que, a meu ver, razão assiste ao recurso defensivo.*

*Explico.*

*Sabe-se que, o direito penal contemporâneo não atua sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas seleciona aquelas que efetivamente ameaçam a convivência harmônica da sociedade para puni-las com a sanção mais grave do ordenamento jurídico que é - por enquanto - a sanção penal.*

*A teoria da adequação social, introduzido no direito pelo jurista Hans Welzel, preconiza o raciocínio de acordo com o qual é possível que, ainda que a conduta se adêque ao tipo (formalmente), ela seja considerada atípica quando socialmente adequada, ou seja, se a prática que num primeiro momento é típica, mas está de acordo com a ordem social, ela é em verdade materialmente atípica porque não há lesividade ao bem jurídico protegido.*

*E mais, a conduta tida por criminosa, nestes autos consiste em:*

*“Manter quer dizer sustentar, fazer permanecer ou conservar, o que fornece a nítida visão de algo habitual ou freqüente. O objeto da conservação é o estabelecimento destinado à exploração sexual.”*

*(Código Penal Comentado; Souza Nucci, Guilherme; 13ª edição; pág. 1010).*

*A propósito de se observar que:*

*“Casas de massagens, motéis, hotéis de alta rotatividade, saunas, bares ou cafês, drive in, boates, casa de rotatividade, saunas, bares ou cafês, drive in, boates, casa de relaxamentos (relax for men), não configuram o tipo penal, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias. A explicação, é que não são lugares específicos para a exploração sexual, de onde se destaca a prostituição, pois têm outra finalidade, como a hospedagem, o serviço de bar, etc. (Código Penal Comentado, Souza Nucci, Guilherme; 13ª. edição; pág. 1013)” Ora, nos dias atuais, a existência de estabelecimentos comerciais destinados à realização de encontros sexuais é aceita em todo o país, sob as mais diversas denominações (casas de massagens, motéis e até prostíbulos situados nas zonas tidas por boêmias).*

*Portanto, com a evolução dos costumes sociais, não se justifica punir tal conduta, venia concessa. (...)*

*No caso, de fato a prova é imprecisa para que se adote um decreto condenatório, nos moldes da r. sentença. Ora, nos autos não há nenhuma prova judicializada satisfatória capaz de comprovar que o estabelecimento Tuna Scoth Bar funcione exclusivamente para a prostituição e encontros libidinosos.*

*De qualquer modo, mesmo que a prova em desfavor dos acusados seja fraca, a absolvição se afigura possível por outra via, isso porque adota-se o posicionamento segundo o qual, o crime previsto no art. 229 do Código Penal se aperfeiçoa quando fica comprovado que o estabelecimento mantém com permanência as mulheres como residentes para o fim exclusivo da prostituição. Portanto, o eventual ato de alugar quartos, oferecer serviços de bar, ainda que de forma modesta e rudimentar, descaracteriza o tipo penal, pois o local não é exclusivo de encontros libidinosos. (...)*

*Neste instante mostra-se necessária uma observação, de que, os costumes mudaram, as cidades estão cheias de estabelecimentos que, travestidos de casas de banho, massagem, motéis, na realidade exploram apenas a prostituição, isso com a complacência e o beneplácito das autoridades e a publicidade escancarada da mídia, sendo assim, não é possível nos dias atuais penalizar alguém no tipo penal lançado na denúncia.*

*Pois bem. Fica demonstrado que a realidade social na qual se projetou a norma do artigo 229 do Código Penal é completamente diversa da realidade social dos dias atuais. Não se discute sua vigência, apenas o fato de que cada caso deve ser analisado e decidido de acordo com suas particularidades, todas elas, por óbvio.*

*O Direito Penal busca intervir nos conflitos sociais que, coloquem em perigoso os bens jurídicos mais importantes. Não é crível que persista a repetitiva argumentação da preservação dos bons costumes, sem nem mesmo definir quais sejam ditos costumes.*

*E mais, a atipicidade material é reconhecida quando a sociedade não apenas tolera a conduta como também consensualmente a considera como natural e insignificante, ou seja, a figura delitiva da manutenção de casa de prostituição por sua ampla aceitação social, não pode ser tida como criminosa, tornando-se possível a aplicação do princípio da adequação social.*

*Lado outro, é de se lembrar a prática sexual voluntária - remunerada ou não, nunca foi considerada crime no ordenamento jurídico pátrio, sendo assim, alguém manter determinado estabelecimento destinado a encontros para fins libidinosos, que outrora, de forma equiparada, “tipificava o delito de Casa de Prostituição, não poderá mais, diante dos valores da sociedade atual, implicar esta ou qualquer outra infração penal, dada a ausência de lesividade, segundo os padrões contemporâneos de comportamento, da livre prática sexual, entre pessoas maiores, capazes e detentoras do inquestionável direito de relacionar-se sexualmente com qualquer um, nas mesmas condições, não se podendo, assim, punir a tal título aquele que apenas facilita a prática de ato libidinoso, sem o intuito de favorecer, estimular ou explorar a prostituição de terceiros.*

*Insista-se, não há como condenar os apelados, porque o referido estabelecimento era tolerado pelas autoridades locais, pois funcionava dentro da cidade de Belo Horizonte/MG na casa noturna com nome de “Luna Scoth Bar” conhecido estabelecimento destinado ao comércio carnal, dentre o oferecimento de outros serviços.*

*Com efeito, tal como demonstrado no corpo deste voto, nossos tribunais têm decidido que a exploração de casa de prostituição com o pleno conhecimento das autoridades, não configura o delito do art. 229 do Código Penal, o que justifica a absolvição também por estes motivos.*

*Por fim, não há como manter a decisão condenatória, devendo ser decretada a absolvição dos apelantes nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.*

*Assim decidido, o acórdão contrariou o entendimento firmado por esta Corte no sentido de que o princípio da adequação social não se aplica no tocante aos crimes de*

*favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição, especialmente se, com a edição da Lei n. 12.015/09, tais figuras típicas restaram mantidas.*

*A respeito:*

*RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA.*

*1. O princípio da adequação social é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminoso um comportamento socialmente aceito e tolerado pela sociedade, ainda que formalmente subsumido a um tipo incriminador.*

*2. A aplicação deste princípio no exame da tipicidade deve ser realizada em caráter excepcional, porquanto ao legislador cabe precipuamente eleger aquelas condutas que serão descriminalizadas.*

*3. A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal.*

*4. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade.*

*5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, apenas em relação ao crime previsto no artigo 229 do Código Penal. (REsp 1435872/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 01/07/2014)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. FATO TÍPICO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO CONDIÇÃO AO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DE PENA. PROIBIÇÃO DE CUMULAÇÃO DE SANÇÕES. MATÉRIA PACIFICADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.107.314/PR. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. A eventual tolerância da sociedade ou das autoridades públicas não implica na atipicidade da conduta relativa à prática do crime previsto no art. 229 do Código Penal (“casa de prostituição”), valendo ressaltar que o alvará expedido tinha por objeto autorizar o funcionamento de um bar e não de uma casa para encontros libidinosos, não havendo que se falar, portanto, em aplicação do princípio da adequação social. Precedentes.*

*2. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.107.314/PR, as Turmas especializadas em direito penal desta Corte pacificaram o entendimento segundo o qual é lícito ao juiz estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto desde que elas não constituam pena autônoma, como é o caso da prestação de serviços à comunidade, sob pena de ilegal cumulação de sanções.*

*3. Agravo regimental parcialmente provido para, reformando a decisão agravada, negar seguimento ao recurso especial do Ministério Público. (AgRg no REsp 1045907/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 25/09/2012, DJe 02/10/2012).*

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 229 DO CP (REDAÇÃO ANTIGA). CASA DE PROSTITUIÇÃO. DESCRIMINALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que não se pode falar em descriminalização pela ordem social do delito de casa de prostituição - artigo 229 do Código Penal.*

*2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita, sendo vedado a esta Corte revolver o arcabouço carreado aos autos, ante a vedação do enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 924.750/RS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 04/04/2011)*

*Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil c.c o art. 3º do Código de Processo Penal, dou parcial provimento ao recurso especial para, afastada a aplicação do princípio da adequação social ao caso, determinar que o Tribunal de origem aprecie a apelação em seus demais termos. Publique-se. Intime-se. Brasília, 16 de junho de 2015. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP) Relator.”*

Algumas das fundamentações ali expostas podem ser aduzidas também como fundamentos para este caso.

Também o mesmo já tinha assim sido decidido pelo STF quanto a este tipo de crimes:

*“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO.*

*1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.*

*2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.*

*3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 104467 RS, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 Divulg. 04-03-2011 Public 09-03-2011)”.*

Pela singularidade do caso presente, entendo que a conduta típica de fato se consumou e não necessariamente sequer se pode afirmar a plena tolerância social a respeito de tal conduta, pois em sua

especificidade sequer se assemelha a outros casos citados que desfrutaram de indiferença ou mesmo de aceitação social.

Assim, pela impossibilidade de reconhecer a atipicidade das condutas, mantem-se o decreto condenatório.

Quanto à dosimetria, assiste melhor sorte aos apelantes.

Patrícia Gradwool Panis busca a fixação da pena basilar no patamar mínimo legal; o abrandamento do regime inicial do cumprimento de pena, do semiaberto para o aberto e a redução e multa para o patamar de um salário mínimo.

Gustavo David Gonçalves requer a redução da pena (com o reconhecimento da confissão) e da multa, ao patamar mínimo legal.

Quanto à pena de Gustavo David Gonçalves:

A culpabilidade, deve mostra-se elevada, pois era tenente coronel da policial militar, obrigado a deveres de maior retidão, o motivo do crime é desfavorável, já que visava o lucro; as circunstâncias em que o crime ocorreu são desfavoráveis, eis que o meio utilizado – *internet* – proporciona ampla e maior abrangência de divulgação, com maior potencial lesivo a conduta, porém devem ser afastados os maus antecedentes, tal qual invocado pelo apelante.

Ademais, a elevação da pena base deve ocorrer em *quantum* inferior ao da sentença, também por critério de razoabilidade, redundando em pena-base de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e 30 dias multa.

Na segunda fase, atenua-se a pena para dois anos e 03 (três) meses de reclusão, porque ocorreu a admissão do réu Gustavo quanto à propriedade do *site* e isso por si só já autoriza a atenuação da pena, pela confissão dos fatos, e ademais a confissão não necessita de ser uma admissão “fruto de arrependimento sincero” para ser considerada atenuante.

Mantém-se a imposição da multa, mas abranda-se o seu patamar, em consequência do abrandamento da pena-base, por critério de proporcionalidade, como acima fixado, já que na época dos fatos a redação do § 3º do art. 228 (pelo qual os réus foram denunciados) previa a multa, e mesmo que esta tenha sido afastada do *caput* do Código atual, de fato apenas foi deslocada, no caso, pois permanece no seu parágrafo terceiro, que já existia na época e que se mantém ainda na lei atual, não havendo assim, quanto a este item, qualquer mudança legislativa a considerar, no caso concreto;

Considerando a situação econômica do apenado, que se mostra boa (f. 56-67; 316-317), fixo o valor do dia-multa em 2/30 do salário mínimo.

A pena resta definitiva em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 30 dias multa.

Em atenção ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código de Processo Penal e considerando que o apelante tem desfavoráveis circunstâncias judiciais, o regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto.

Quanto a Patrícia Gradwool Panis

A culpabilidade mostra-se normal, os antecedentes são bons conforme certidão de f. 692; não há nos autos elementos para aferição da sua conduta social e personalidade; o motivo do crime é desfavorável, já que visava o lucro; as circunstâncias em que o crime ocorreu são desfavoráveis, eis que o meio utilizado –

*internet* – proporciona ampla e maior abrangência de divulgação, com maior potencial lesivo a conduta; no tocante as consequências e conduta da vítima, são neutras.

Assim, deve ocorrer elevação da pena base, mas em *quantum* inferior ao da sentença, por critério de razoabilidade, redundando em pena-base de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, e 15 dias multa.

Na segunda fase, atenua-se a pena para o mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa, porque ocorreu a confissão quanto à propriedade do site, e isso por si só já autoriza a atenuação da pena, pela confissão dos fatos, independentemente de a admissão ser “fruto de arrependimento sincero”, pois tal não se exige para tal atenuante.

Mantém-se a imposição da multa, mas abranda-se o seu patamar, em consequência do abrandamento da pena-base, por critério de proporcionalidade, como acima fixado, já que na época dos fatos a redação do § 3º do art. 228 (pelo qual os réus foram denunciados) previa a multa, e mesmo que esta tenha sido afastada do *caput* do Código atual, de fato apenas foi deslocada, no caso, pois permanece no seu parágrafo terceiro, que já existia na época e que se mantém ainda na lei atual, não havendo assim, quanto a este item, qualquer mudança legislativa a considerar, no caso concreto.

Considerando a situação econômica da apenada, que não se mostra boa (f. 297-298), fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

A pena resta definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Em atenção ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código de Processo Penal e considerando que a apelante tem a maioria das circunstâncias judiciais favoráveis, o regime inicial de cumprimento da pena será o aberto.

Os apenados preenchem os requisitos do artigo 44 do CP, razão pela qual mantém-se a substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em:

Prestação de Serviços à Comunidade, à razão de 08 horas semanais, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, em local que poderá ser indicado pelo Juízo da Execução da Pena;

Prestação pecuniária no valor de: i) 8 (oito) salários mínimos, em relação ao apenado Gustavo e ii) 02 (dois) salários mínimos, no tocante à apenada Patrícia, em entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução Penal (§ 2º).

Pelo exposto, em parte contra o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso para manter a condenação dos apelantes pelo crime de favorecimento à prostituição, reduzir as penas-base dos apelantes Gustavo David Gonçalves e Patrícia Gradwool Panis, e consequentes penas definitivas, como acima fixado, e abrandar o regime de cumprimento para a apelante Patrícia para o aberto.

Ficam mantidos os demais termos da sentença, inclusive a substituição das penas privativas de liberdade, como acima exposto, mas também quanto a estas abrandados a forma de cumprimento e seus valores.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencida a vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 05 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Criminal**  
**Agravo de Execução Penal nº 0005555-12.2015.8.12.0018 - Paranaíba**  
**Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE RECONHECIDA PELO JUÍZO – POSSE DE BATERIA DE CELULAR – FALTA MÉDIA – INEXISTÊNCIA DE DELITO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 349-A, DO CP E ART. 50, VII, DA LEP – FALTA MÉDIA JÁ APENADA PELA COMISSÃO DO CONSELHO DISCIPLINAR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – AGRAVO PROVIDO.

Não é possível a interpretação extensiva do disposto no art. 349-A, do CP e art. 50, VII, da LEP para considerar a posse de bateria de aparelho celular como crime ou falta grave.

Desclassificada a falta de grave para média, deve ser corrigida a anotação no prontuário do agravante e afastados os seus efeitos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de julho de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

André Fagundes Lourenço interpõe agravo em execução penal contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da comarca de Paranaíba que decidiu pela regressão definitiva de regime e decretou a perda de 1/3 dos dias remidos anteriores ao cometimento da falta grave, reiniciando a partir desta a contagem para a obtenção de novos benefícios.

Alega que somente assumiu a propriedade da droga e outro objeto apreendido (bateria de aparelho celular) no estabelecimento prisional porque havia risco de morte por dívidas de drogas.

Requer a nulidade da decisão que regrediu definitivamente o agravante em virtude de falta grave inexistente ante a ocorrência de coação moral irresistível demonstrada na audiência de justificação, bem como a absolvição da falta grave pelos mesmos motivos.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 29-37).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento ao recurso (p. 46-50).

## VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por André Fagundes Lourenço contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da comarca de Paranaíba que decidiu pela regressão definitiva de regime e decretou a perda de 1/3 dos dias remidos anteriores ao cometimento da falta grave, reiniciando a partir desta a contagem para a obtenção de novos benefícios.

Alega que somente assumiu a propriedade da droga e outro objeto apreendido (bateria de aparelho celular) no estabelecimento prisional porque havia risco de morte por dívidas de drogas.

Requer a nulidade da decisão que regrediu definitivamente o agravante em virtude de falta grave inexistente ante a ocorrência de coação moral irresistível demonstrada na audiência de justificação, bem como a absolvição da falta grave pelos mesmos motivos.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 29-37).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento ao recurso (p. 46-50).

Inicialmente observo que embora a defesa do agravante afirme que este assumiu a propriedade de droga e outro objeto apreendido, dos documentos juntados aos autos constata-se que a conduta imputada ao reeducando foi tão somente a posse de uma bateria de aparelho celular encontrada sobre o suporte de televisão na cela n. 12 do pavilhão II, por volta das 7h20.

O recurso deve prosperar.

A decisão impugnada foi assim proferida:

*“Após apreciar os documentos acostados, entendo que é caso de regressão do regime, pois a LEP diz, em seu art. 118, caput, incisos e parágrafos, que a pena está sujeita ao sistema regressivo, sempre que o sentenciado praticar fato definido como crime doloso, falta grave, sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, além do condenado frustrar os fins da execução ou não pagar a multa. No presente caso é possível observar que a parte passiva deixou de cumprir as condições do regime imposto, incorrendo em falta, nos termos da LEP. O sentenciado praticou novo crime dentro do estabelecimento penal, conforme faz prova o procedimento de comissão disciplinar de fls. 374-378, no qual foi reconhecida a falta cometida por ele, procedimento este que é recebido sem ressalvas por este julgador, sendo causa de regressão de regime, perda de dias remidos e rebaixamento da conduta carcerária. A questão é singela e não demanda maiores comentários. Diante do exposto e por tudo o mais que dos autos consta, com base no art. 118 da L.E.P., fica decidida a regressão do regime atual a que está submetida parte passiva, devendo ser conduzido ao regime imediatamente mais severo, sendo que deverá aguardar nova oportunidade para obtenção de novos benefícios. Com base no art. 127 da Lei 7.210/84 (LEP), decreto a perda de 1/3 dos dias remidos anteriores ao cometimento da falta, devendo ser reiniciada nova contagem a partir de então.”*

Vê-se que o magistrado regrediu o ora agravante de regime em razão de falta grave reconhecida em procedimento disciplinar.

Entretanto, a decisão proferida pela Comissão de Conselho Disciplinar referido pelo magistrado reconheceu apenas a prática de falta média, vejamos:

*“A materialidade da falta disciplinar está evidenciada pela apreensão da bateria de aparelho celular fls. 08.*

*Quanto à autoria restou fartamente comprovado o cometimento de falta disciplinar descrita no art. 103, inciso III, do Decreto nº 12.140/2006, em razão do mesmo portar objeto não permitido (bateria de aparelho celular) dentro de Unidade Penal.*

*A prova colhida nestes autos esclarece, suficientemente, os fatos, ficando clara a conduta dolosa do indiciado que se enquadra perfeitamente na infração disciplinar do art. 103, inciso III do Decreto nº 12.140/2006. (...)*

*No caso em comento não se trata de aparelho celular, e sim de bateria de aparelho celular, porém, deve-se levar em conta que a bateria é um objeto utilizado em aparelhos celulares e não estava com o indiciado sem que houvesse alguma finalidade, seja a dele próprio alugar e com isso obter vantagem ou algo similar, visto que o indicado é conhecedor de que se trata de objeto não permitido pela administração. (...)*

*Em face de todo exposto o único caminho possível é a sanção do indiciado André Fagundes Lourenço no art. 103, III, do Decreto nº 12.140, de 17 de agosto de 2006.*

*Sendo assim, comprovado está o cometimento de falta média, por parte do indiciado. (...)*

*Diante de todo o exposto e mais que dos Autos consta, concului-se que está mais do que comprovado que o indicado André Fagundes Lourenço infringiu o disposto no art. 103 III, do Decreto nº 12.140, de 17 de agosto de 2006., cometendo falta média, (...).” (p. 10-14).*

Não há falar em cometimento de novo crime pela posse de uma bateria de aparelho celular, visto que o art. 349-A, do CP apenas tipifica a conduta de quem “*ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. (Incluído pela Lei nº 12.012, de 2009).*”.

O disposto no art. 50, VII, da LEP prevê como falta grave a mesma conduta: “*Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)*”.

Ora, somente a bateria de um aparelho celular não tem o condão de permitir a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo sem a posse de um aparelho celular, o qual não foi mencionado na apreensão, não sendo possível a interpretação extensiva em desfavor do reeducando.

Portanto, adequada a conclusão da Comissão de Conselho Disciplinar que reconheceu a falta média pelo reeducando “*guardar ou facilitar a entrada e ou uso de objetos não permitidos pela administração*”, conforme especificado no art 103, III, do Decreto nº 12.140, de 17 de agosto de 2006, que assim prevê de acordo com o disposto no art. 49, da LEP.

Dessa forma, deve ser desclassificada a falta para média e conseqüentemente devem ser afastadas as penalidades aplicadas na decisão agravada, permitindo-se ao reeducando que retorne ao regime prisional em que se encontrava no momento dos fatos, afaste-se a perda dos dias remidos e seja corrigido o cálculo de pena sem o reinício determinado da contagem do prazo para os benefícios da execução penal.

Quanto ao pedido de afastamento da falta por tê-la praticado sob coação moral irresistível, melhor sorte não lhe assiste.

É certo que o Poder Judiciário está autorizado a exercer apenas controle quanto à legalidade dos atos administrativos, sem, entretanto, adentrar na análise do seu mérito.

Ademais, não há nos autos provas suficientes da alegada coação.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso de André Fagundes Lourenço a fim de reformar a decisão agravada, desclassificando a falta grave para média, determinando a exclusão da anotação de falta grave do prontuário do agravante e o afastamento dos efeitos desta decorrentes.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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, 25 de julho de 2016.

\*\*\*

**2ª Câmara Criminal**  
**Apelação nº 0014660-40.2010.8.12.0001 - Campo Grande**  
**Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL – NÃO ACOLHIMENTO – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – CRIAÇÃO DE UM RISCO PERMITIDO – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO – RECURSO PROVIDO.

Tendo a denúncia sido formulada de acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente o fato típico denunciado, com todas as circunstâncias, atribuindo o delito ao réu com base nos elementos coletados na fase informativa, não há como reconhecer a sua inépcia.

De acordo com a teoria da imputação objetiva o resultado não pode ser objetivamente imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido.

O réu que se encontrava cumprindo as normas de trânsito, dirigindo em velocidade autorizada para a via e fez uma conversão à esquerda que não era proibida, praticou um ato cujo risco é permitido no convívio social, tornando-o por isso irrelevante para o Direito Penal.

Por sua vez, a vítima que não possuía habilitação para conduzir motocicleta e empregava velocidade incompatível com a via, pilotando com o farol desligado em local com pouca iluminação, autocolocou-se em risco, vindo a óbito, o que exclui a tipicidade da conduta do réu acusado de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 20 de junho de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Júnior Theodoro de Andrade interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que o condenou pela prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, do CTB, à pena de 2 anos de detenção e suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 6 meses, em regime aberto, cuja pena foi

substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana.

Argui preliminarmente a inépcia da inicial e, no mérito requer sua absolvição alegando atipicidade da conduta. Subsidiariamente pede a redução do prazo de suspensão do direito de dirigir veículo automotor.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 284-290).

O parecer da Procuradoria e Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 295-305).

## VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Júnior Theodoro de Andrade contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que o condenou pela prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, do CTB), à pena de 2 anos de detenção e suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 6 meses, em regime aberto, cuja pena foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana.

Argui preliminarmente a inépcia da inicial e, no mérito, requer sua absolvição alegando atipicidade da conduta. Subsidiariamente pede a redução do prazo de suspensão do direito de dirigir veículo automotor.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 284-290).

O parecer da Procuradoria e Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 295-305).

A preliminar deve ser rejeitada, mas o recurso, no mérito, deve ser provido para absolver o recorrente.

Começo afastando a preliminar de inépcia, pois a inicial acusatória foi formulada de acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal, uma vez que descreve perfeitamente o fato típico denunciado, com todas as circunstâncias, atribuindo-o ao réu com base nos elementos coletados na fase informativa, terminando por classificá-lo ao indicar o tipo legal supostamente infringido.

A denúncia em exame, portanto, apresenta narrativa congruente dos fatos, permitindo o exercício da ampla defesa, pois descreveu que os veículos do autor e do réu trafegavam em sentido opostos na Rua Carlos Gardel, momento em que o acusado, de forma inesperada e negligente, iniciou conversão à esquerda no cruzamento com a Rua Querubina Garcia Nogueira, vindo a colidir com a motocicleta pertencente a vítima causando as lesões que levaram a morte de Magno César, bem como que a presença de uma garrafa de cerveja vazia e dois copos dentro do automóvel do autor indicariam que dirigia embriagado.

Vê-se que descreveu a suposta forma negligente como dirigia o réu para imputar-lhe a prática do homicídio culposo na direção de veículo automotor, tipo previsto no art. 302, do CTB. A negligência, segundo o art. 18, II, do CP é uma das formas da conduta culposa do agente.

Ademais, ainda sobre a apontada inépcia da denúncia, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que com a prolação da sentença condenatória, esvazia-se a discussão a respeito da viabilidade da exordial acusatória (cf. HC 181.031/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 01/03/2012).

Portanto, rejeito a preliminar.

No mérito, melhor sorte assiste ao recorrente.

A materialidade da imputação é indubitosa. A morte da vítima em decorrência do acidente foi provada via exame de corpo delito necroscópico (p. 39-39v), que atestou como *causa mortis* ação contundente característica de acidente de trânsito, bem como há laudo pericial em local de acidente de trânsito com vítima fatal (p. 46-64).

De outro lado, a meu ver, não acertou a decisão recorrida ao reconhecer a culpa do réu Júnior Theodoro de Andrade no evento citado.

Há dúvida razoável na hipótese.

A culpa advém da 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 se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.

Inicialmente observo, conforme bem apontado na sentença, que não houve prova suficiente da suposta embriaguez do réu, uma vez que o acusado deixou o local diante da hostilidade dos populares (p. 254-v).

Outrossim, muito embora o laudo pericial no local de acidente de trânsito com vítima fatal (p. 46-64) tenha apontado que *“a causa determinante da colisão entre os veículo Vectra (V1) e a motocicleta (V2), teria sido a manobra inadequada (derivação à esquerda) do condutor do veículo Vectra (V1), interceptando a trajetória prioritária da motocicleta (V2) no instante da colisão”*, também concluiu que *“o excesso de velocidade da motocicleta (V2) no instante da colisão foi causa agravante do acidente”*. (p. 64).

Na interpretação do perito, de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, a rua onde ocorreu o acidente enquadra-se como via coletora, cuja velocidade máxima estipulada é de 40 Km/h.

Segundo o laudo, os vestígios apontaram que a velocidade da motocicleta conduzida pela vítima era de 72 Km/h, portanto, bem superior ao permitido, enquanto pela falta de elementos no local do acidente não foi possível calcular sua velocidade do veículo Vectra, mas sugere-se que tinha velocidade compatível para a via.

Ainda que não haja compensação de culpas no Direito Penal, há outros elementos, além da velocidade excessiva praticada pela vítima, que trazem dúvida razoável quanto à negligência do acusado.

A testemunha José Aparecido da Silva, que estava em frente ao local no momento do acidente, esclareceu que naquela rua *“falta um pouquinho de iluminação ainda não é bem iluminada não, ali sempre ocorre acidente por causa que é uma curva meio fechada por causa da visão do muro, que ali é área de escola, se pede quebra-mola lá há muitos anos e de vez em quando acontece acidente (...)”*. (p. 158).

Tal declaração corrobora a declaração do réu no sentido de que não viu a motocicleta vindo em sentido contrário, nem mesmo sendo possível afirmar se a mesma estava com os faróis apagados, embora confirme que tenha sido ele o condutor do veículo que colidiu com a referida moto (p. 219).

A testemunha Cláudio de Castro Americano, que estava como passageiro no automóvel do réu, aduziu que este não estava correndo com o veículo, bem como que não viu a hora da colisão, apenas escutou o barulho, sendo que a motocicleta não estava com o farol aceso, tendo o réu deixado o local porque o povo começou a se inflamar e falaram em bater no motorista (p. 217).

Disso extrai-se que o réu se encontrava cumprindo as normas de trânsito, dirigindo em velocidade permitida para a via e fez uma conversão à esquerda que não era proibida, ou seja, praticava um ato cujo risco é permitido.

Portanto, é possível concluir que a colisão decorreu da não visualização pelo réu da motocicleta pilotada pela vítima em razão de outros fatores cuja culpa não pode ser atribuída ao ora recorrente, quais sejam, a velocidade empregada pela vítima em seu veículo, incompatível com a via e de modo excessivo, a falha de visibilidade no local pela ausência de iluminação e o fato de a vítima estar com o farol da motocicleta desligado.

Sendo assim, não há provas de que o réu descuroou do dever objetivo de cuidado e criou risco não permitido, sendo certo que de acordo com a teoria da imputação objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido.

Ademais, na hipótese pode-se inclusive afirmar que o perigo foi provocado pela vítima, proveniente de sua conduta em pilotar a motocicleta com os faróis apagados em lugar com pouca iluminação, empregando velocidade acima do permitido para o local. Ressalte-se ainda, que restou comprovada a ausência de habilitação para a condução da motocicleta pela vítima (p. 230).

Em casos tais ocorre a exclusão da responsabilidade, tanto pela não demonstração de criação de um risco proibido, como pela autocolocação em risco pela vítima.

Já tive a oportunidade de refletir sobre o tema da exclusão da tipicidade em casos desse jaez e compartilho com os pares as minhas conclusões, lançadas na obra teoria da imputação objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro:

#### *“4.3.1.3. Incremento ou falta de aumento do risco permitido.*

*Nã haverá igualmente imputação quando o agir estiver dentro de uma situação em que se verifique um risco permitido, entendido como aqueles perigos decorrentes de condutas toleradas, social e juridicamente, tanto em razão da importância que têm para a sociedade quanto de sua costumeira aceitação por todos, por serem inerentes à vida moderna. (...)*

*Claus Roxin menciona os riscos permitidos resultantes do trânsito (...). Sendo sempre importante assinalar que a exclusão da imputação só se dará nos casos em que advierem resultados danosos dessas práticas, se tiverem sido observadas as regras a elas inerentes ou, ocorrendo o desrespeito a alguma dessas normas, não seja este fato relevante para o resultado.*

*Exemplo sempre lembrado é o do condutor de veículo que, obedecendo rigorosamente às regras de trânsito, vem a causar a morte de alguém por atropelamento. Como o dirigir veículo envolve um risco permitido, e o condutor, cumprindo as normas de trânsito, não aumentou esse risco, não há imputação objetiva, tratando-se de situação atípica. (...)*

#### *4.3.1.8. Autocolocação em risco*

*Outra hipótese em que pode ocorrer a exclusão da imputação dá-se quando o perigo é provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação.*

*A razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha político-criminal assumida pela teoria da imputação objetiva, focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como ultima ratio, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam.*

*Por isso, em regra, a vítima, com capacidade de discernimento, conhecendo o perigo da posição em que se autocoloca, age diante do direito por risco próprio, ainda que a sua decisão tenha, por exemplo, origem em instigação de terceiro.*

(...)

*O grande número de casos possíveis de autocolocação da vítima em situação de risco ou perigo, aliado ao fato de se tratar de um critério de origem político-criminal, impede a construção de regras gerais que possam servir indiscriminadamente a todas as situações.*

*Claus Roxin comenta algumas decisões do Tribunal Superior Federal alemão sobre hipóteses de autocolocação em perigo pela vítima. Um caso refere-se a uma aposta de corrida de motocicletas entre A e B, em que ambos estavam embriagados, mas completamente imputáveis. Em virtude de erro cometido por ele mesmo, B falece em razão de acidente. O Tribunal condenou A por entender ter ele “causado de modo contrário ao dever um resultado previsível e evitável”. Quanto a essa decisão, Claus Roxin entende que, como B ainda se encontrava plenamente imputável, e por isso vislumbrava por completo o resultado, este não poderia ser imputado a A, por não se compreender no âmbito de alcance do tipo.*

(...)

*Como já salientado, as possibilidades práticas são muitas e o importante é o alcance dessa construção doutrinária, que leva em consideração o homem e seu direito à autodeterminação, como parte integrante de sua dignidade.” (SP. Pillares, p. 132. Ed. 2010, p. 123-124, 129-130).*

Logo, é evidente que, no caso, em que não se comprova que o réu infringiu as normas de trânsito e a própria vítima dirigia em local com pouca visibilidade e iluminação com velocidade excessiva e com faróis apagados, não há como se imputar objetivamente o resultado ao réu.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de dar provimento ao recurso de Júnior Theodoro de Andrade a fim de absolvê-lo com fulcro no art. 386, III, do CPP.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Júnior Theodoro de Andrade, qualificado nos autos, foi condenado à pena definitiva de 02 (dois) anos de detenção e suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 06 (seis) meses, em razão da prática delituosa capitulada no art. 302, *caput* (homicídio culposo na condução de veículo automotor), do Código de Trânsito Brasileiro, a ser cumprida em regime prisional aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por 02 (duas) restritivas de direitos (fls. 252-256/ verso).

Inconformado com a conclusão do édito condenatório, Júnior Theodoro de Andrade interpôs recurso de apelação criminal (fls. 271-279), suscitando a preliminar de inépcia da denúncia, por ausência do preenchimento dos requisitos legais. No mérito, pugna a absolvição do delito imputado em seu desfavor, sob o argumento de insuficiência das provas e, subsidiariamente, pleiteia o afastamento da pena concernente à suspensão do direito de dirigir veículo automotor.

O Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, rejeitou a preliminar aventada e, no mérito, deu provimento ao apelo defensivo, a fim de absolver o apelante, com lastro no art. 386, inciso III (atipicidade), do CPP.

Com o devido respeito, divirjo do eminente Relator quanto à absolvição do apelante do delito previsto no art. 302, *caput*, do CTB.

A partir de um exame detido do contexto probatório existente no processo, é possível constatar que há elementos suficientes no sentido de dar respaldo à demonstração da materialidade e da autoria do fato delituoso, que estão sobejamente comprovadas.

Ressalto, nesse contexto, o boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial (fls. 08-09), o auto de apreensão (fls. 10-11), o registro de atendimento médico e de enfermagem (fl. 15), o laudo pericial realizado no local do acidente (fls. 46-64), o relatório de acidente de trânsito e croqui (fls. 90-96), o laudo de exame de corpo de delito - Necroscópico (fl. 29), e, ainda, as declarações orais que foram colhidas durante toda a instrução processual.

Com efeito, os elementos de prova que ora foram exaltados são eficazes em demonstrar, de forma convicta e segura, a existência do acidente automobilístico (materialidade), a condição do apelante de condutor do veículo envolvido no acidente (autoria) e o nexo de causalidade existente entre o evento danoso e o resultado “morte”.

Na verdade, a controvérsia recursal sob análise repousa em delimitar se o acidente automobilístico foi fruto de conduta culposa do apelante.

Resta-nos, então, de ora em diante, averiguar, à luz do contexto de provas, a existência do elemento culposo, gerado por inobservância de deveres de cuidado, nas modalidades imprudência, negligência ou imperícia, o que, como se sabe, é fator essencial para ensejar a atribuição de responsabilidade penal ao apelante.

Nessa análise, reputo essencial consignar que, diante da dinâmica dos fatos, é possível observar que o apelante, na condução do seu veículo automotor, trafegava pela Rua Carlos Gardel no sentido Norte/Sul, quando, em determinada altura, resolveu iniciar manobra de conversão à esquerda no cruzamento com a Rua Querubina Garcia Nogueira. Nesse contexto, ao iniciar a manobra, o apelante interceptou, de forma inesperada, a trajetória retilínea e uniforme da vítima, que trafegava pela mesma rua, em via de direção oposta, causando, portanto, o acidente.

Pela dinâmica apresentada, pode-se observar que o acidente em questão foi causado por culpa do apelante, na medida em que ele, inobservando deveres de cuidado, realizou manobra de conversão à esquerda sem o emprego da devida atenção no que concerne às circunstâncias do trânsito, considerando-se que interceptou a trajetória preferencial da motocicleta da vítima, não percebendo sua presença.

De acordo com a prova pericial realizada no local dos fatos, embora não houvesse placa de sinalização vertical “pare”, nem controle de sinalização horizontal, com indicação expressa acerca de quem era a preferência no local, as circunstâncias geométricas e estruturais do trânsito permitiam concluir que quem detinha a preferência, no caso, era o motociclista, de forma que, ao realizar conversão à esquerda, o apelante deveria certificar-se se o fluxo em sentido oposto oferecia condições seguras para a realização de manobra dessa natureza.

Nesse sentido, veja-se a conclusão do laudo pericial (fl. 64):

*“(...) A causa determinante da colisão entre os veículos Vectra (V1) e a motocicleta (V2), teria sido a manobra inadequada (derivação à esquerda) do condutor do veículo Vectra (V1), interceptando a trajetória prioritária da motocicleta (V2). (...)”* (grifo nosso).

Além do mais, o próprio apelante, em seu interrogatório judicial, afirmou que foi responsável pela prática do acidente automobilístico, sendo que tinha ciência de que a preferência era da vítima, relatando que somente interceptou a passagem do motociclista, que trafegava em direção contrária, porque não o viu. Nesse jaez, convém transcrever parte do depoimento do apelante, senão vejamos:

*“(...) Senhor Júnior Theodoro de Andrade, é verdadeira a acusação?”*

**RÉU: Sim.**

**JUÍZA: O senhor conduzia o veículo de forma de imprudente?**

*RÉU: Não, eu cruzei a frente dele realmente, só que não eu não vi ele. A hora que eu fiz a conversão eu não cheguei a ver.*

*JUÍZA: O senhor fez essa conversão que eu li aqui para o senhor da denúncia então. Conversão à esquerda no cruzamento com a Rua Querubina. Vindo a colidir com a motocicleta.*

*RÉU: Os nomes das ruas eu não vi, não sei, senhora, mas eu virei a esquerda.*

*JUÍZA: E a motocicleta vinha em sentido oposto ao do senhor?*

*RÉU: Sim.*

**JUÍZA: Quando o senhor virou, o senhor entrou na frente do motociclista, é isso?**

*RÉU: Não, como eu posso dizer para a senhora? Lógico, sim, eu não vi essa moto vindo, eu via na hora que o rapaz que estava do lado deu um grito, e eu vi ela já estava vindo. Eu só escutei o barulho, não vou falar porque eu não vi. Elas que me falaram que ele já tinha caído a moto. Eu não...*

*JUÍZA: Essa moto bateu onde no carro do senhor?*

*RÉU: No pára-choque dianteiro, na parte de baixo, na porta traseira e arrancou o meu pára-choque, foi única parte amassada do carro.*

*JUÍZA: O senhor deixou o local?*

*RÉU: Sim.*

*JUÍZA: Por qual razão?*

*RÉU: Porque tinham pessoas me procurando quando eu estava tentando ligar para o bombeiro, “Cadê o motorista? Cadê o motorista”. Daí eu me apavorei e fiquei nervoso e evadi o local. Aí nisso eu chamei o bombeiro e liguei para o bombeiro. Na hora eu falei com o oficial, era uma mulher. Agora eu não lembro o nome.*

*JUÍZA: Tá. Mas o senhor falou com alguém do Corpo de Bombeiros?*

*RÉU: Falei.*

*JUÍZA: E indicou o local que aconteceu o acidente?*

*RÉU: Não, eu acho que eu não cheguei a indicar o local, mas tem o meu número gravado lá, com certeza.*

*(...)*

***JUÍZA: De quem era a preferência? Era do motociclista, na conversão que o senhor fez?***

*RÉU: Ali é um cruzamento que não tem placa de Pare para ninguém né, é um cruzamento, é uma trifurcação ali, que pelo lógico né, eu que tinha que ter parado se eu tivesse visto ele, mas eu não vi.*

*JUÍZA: Você pode afirmar ou o senhor não sabe se ele estava com os faróis desligados?*

*RÉU: Eu não posso afirmar porque eu não vi. (...)" (fl. 219) (grifo nosso).*

A testemunha Fabiano Delfino de Moreira, perito responsável pela realização do laudo pericial realizado no local do acidente (fls. 46-65), também confirmou que, no momento em que a motocicleta da vítima foi atingida pelo veículo do acusado, esta encontrava-se na via preferencial, veja-se:

*"(...) MP: (...) foi possível concluir a causa do acidente, se houve negligência da parte do condutor?*

***DEPOENTE: Olha, a conclusão ela está como causa determinante a manobra inadequada do veículo Vectra.***

*MP: E essa manobra foi no sentido de interceptar a trajetória da motocicleta?*

***DEPOENTE: Sim.***

*(...)*

*MP: (...) o veículo pretendeu virar e por isso interceptou a trajetória da motocicleta?*

*DEPOENTE: Sim, exatamente.*

*MP: Ele pretendeu virar a direita ou a esquerda?*

*DEPOENTE: À esquerda.*

*MP: E estava sendo ultrapassado pela esquerda, naturalmente.*

*DEPOENTE: O veículo ia, eles vinham em sentidos contrários.*

*MP: Veio em sentido contrário?*

*DEPOENTE: Sim, exatamente.*

*MP: Então a batida foi de frente?*

*DEPOENTE: Foi de frente. (...)" (fl. 156) (grifo nosso).*

Ora, diante dessas circunstâncias, se houve a percepção de que a preferência era do motociclista, conclui-se que, com um pouco mais de atenção às condições do trânsito no local, o apelante poderia formar

conclusão acerca do momento oportuno para a realização da manobra e, assim, evitar a ocorrência do trágico evento.

Nas circunstâncias dos fatos, era dever do apelante, antes de dar início à almejada conversão, averiguar todas as condições de trânsito no local, para, diante disso, escolher o momento que melhor compatibilizasse com a realização segura da manobra, de forma a não oferecer riscos aos condutores que por ali trafegavam.

Dizendo de outra forma, o apelante deveria certificar-se de que não seguia na direção oposta nenhum outro veículo e, dessa maneira, diante de uma segura conclusão sobre a inexistência de outros condutores, efetuar a manobra com toda a segurança possível e esperada para esse tipo de manobra.

Contudo, pela dinâmica do acidente, não foi essa a postura adotada pelo apelante, o qual, diante de uma suposta situação de dúvida, optou simplesmente por efetuar a conversão, desprovido de qualquer certeza sobre o sucesso da manobra. Tanto é assim que interceptou a trajetória retilínea e uniforme da motocicleta conduzida pela vítima, que trafegava na direção oposta do apelante, situação que, inevitavelmente, causou o acidente automobilístico em questão, do qual sobreveio a morte da vítima.

Nota-se, portanto, que o fator determinante para a ocorrência do sinistro foi a falta de cautela por parte do apelante na realização da manobra de conversão, porquanto trafegava sem a devida atenção quanto às circunstâncias reais do tráfego. Tanto é assim que, como dito, o apelante sequer percebeu que a vítima conduzia sua motocicleta em sentido oposto da via, somente notando sua presença após a ocorrência do acidente.

No que tange à alegação defensiva de que a vítima trafegava com os faróis apagados, verifica-se que não existem elementos probatórios suficientes a corroborar tal fato. Neste passo, o próprio apelante consignou, em seu depoimento prestado em juízo (fl. 219), que não pode afirmar acerca das condições de luminosidade dos faróis da motocicleta, uma vez que não observou tal circunstância no momento da ocorrência. Da mesma maneira, a testemunha presencial José Aparecido da Silva (fl. 158), morador da rua na qual ocorreu o acidente, indagado, a respeito dos faróis, disse que não percebeu se estes estavam ligados.

Sob essa ótica, a magistrada sentenciante (fl. 254/verso) bem explicitou que, nessa hipótese, é ônus da defesa a prova da alegação concernente aos faróis, considerando-se que cabe a prova a quem alega, em observância ao disposto no art. 156, do Código de Processo Penal.

Quanto à suposta culpa concorrente da vítima, por estar em velocidade superior àquela permitida e não possuir carteira de habilitação, devemos ter em mente que, no campo da jurisdição penal, não é admissível a compensação de culpas, de modo a afastar a responsabilidade penal do agente em virtude de suposta culpa da vítima, a não ser no caso de culpa exclusiva desta, o que, definitivamente, não é o caso dos autos, já que restou devidamente corroborada a conduta culposa do apelante.

É indiscutível, portanto, que o apelante deixou de observar os mínimos deveres de cuidados exigíveis para a condução de um veículo automotor e, nesse contexto, agindo imprudentemente, trafegou sem a devida observância das condições do trânsito, provocando o acidente automobilístico em questão, do qual sobreveio o falecimento da vítima.

Perante o exposto, conclui-se que ficaram tranquilamente comprovados os elementos essenciais do crime culposos em questão, quais sejam, a ação, o resultado, onexo causal e, por fim, o elemento culposos (culpa), materializado, no caso, pela imprudência do apelante na condução do veículo automotor, fruto da quebra de deveres objetivos de cuidado.

Logo, deverá o apelante sofrer responsabilidade penal pelo crime ora sob persecução penal, nos exatos termos da sentença, pelo que afastado tal pretensão recursal.

Como consequência do não acolhimento do pleito absolutório, passo a analisar o pedido subsidiário de afastamento da pena de suspensão do direito de dirigir

A esse respeito, postulou o apelante o afastamento da sanção penal equivalente à suspensão do direito de dirigir veículo automotor, enfatizando que exerce a atividade de motorista profissional, de modo que tal medida está causando prejuízo ao regular desenvolvimento de sua profissão.

Contudo, tal pretensão não comporta guarida.

No que pertine à questão ora sob análise, deve ser ponderado, a princípio, que o fato de ser motorista profissional não o isenta de sofrer tal pena, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302 do CTB).

A lei não faz nenhuma restrição no sentido pretendido pelo apelante, de que o motorista profissional não poderia ser punido com suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir. Ao contrário, ao editar o Código de Trânsito Brasileiro, o legislador teve em vista a proteção da sociedade contra maus motoristas, que devem ficar inabilitados para dirigir, definitiva ou temporariamente, nas hipóteses previstas na lei, independentemente da profissão que exerçam.

Sobre o assunto, são os seguintes julgados:

*“PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM RAZÃO DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO, PREVISTO NO ART. 121, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA VIA ELEITA. ALTERAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONSISTENTE NA SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR EM RAZÃO DO PACIENTE SER MOTORISTA DE CAMINHÃO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.*

*1. O habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.*

*2. A imposição da pena de suspensão do direito de dirigir é exigência legal, conforme previsto no art. 302 da Lei 9.503/97. O fato de o paciente ser motorista profissional de caminhão não conduz à substituição dessa pena restritiva de direito por outra que lhe seja preferível.*

*3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 66.559/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 343).” (grifo nosso).*

*“CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. OITIVA DOS PERITOS E EXAME MÉDICO. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO ALÉM DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. POSSIBILIDADE.*

*SUBSTITUIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. MOTORISTA PROFISSIONAL. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.*

*(...).* VI - **O fato de o réu ser motorista profissional não o isenta de sofrer a imposição da pena de suspensão da habilitação para dirigir, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302 do CTB), que não faz nenhuma restrição nesse sentido.** (...).

*IX – Recurso desprovido.* (REsp 628.730/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 333).” (grifo nosso).

Com efeito, devemos ter em mente que a pena de suspensão do direito de dirigir é de aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade, e não alternativa, não sendo possível ao magistrado, portanto, deliberar sobre eventual afastamento de tal sanção penal, sob pena de afronta a texto legislativo expresso, o que, numa análise final, importa em contrariedade ao princípio da separação dos poderes.

Ainda, é importante ressaltar que a pena de suspensão do direito de dirigir é de natureza específica, e sua aplicação almeja não somente punir, com proibição de direção, aquele que comete infração penal de trânsito de elevada gravidade, mas também proteger a sociedade diante de pessoa que deu causa, por ato de extrema responsabilidade, a sério acidade automobilístico, especialmente aqueles com vítimas fatais, como é o caso dos autos, até que se possa concluir que tal condenado volte a ter condições de conduzir sem representar nenhum tipo de perigo ao meio social.

Demais disso, embora haja alegação defensiva nesse sentido, analisando os autos, pode-se verificar que não há qualquer comprovação no sentido de que o apelante exerça a atividade de motorista profissional, havendo incerteza quanto à efetiva profissão desempenhada pelo apelante, não existindo nenhuma prova concreta capaz de indicar que ele, atualmente, exerce atividade de motorista profissional.

A propósito, com a finalidade de evitar desnecessária tautologia, invoco, como razões de decidir<sup>1</sup>, os mesmos argumentos aventados pela i. Procuradoria-Geral de Justiça que, ao emitir parecer acerca da matéria, bem deliberou o seguinte:

*“(...) Sustenta o apelante que não deve ser condenado na suspensão do direito de dirigir veículo automotor, vez que “(...) é motorista e necessita de seu trabalho para o sustento seu e de sua família” (fl. 279),*

*Conforme se extrai da sentença atacada, a pena definitiva aplicada é restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade e pecuniária, e, ainda, a pena de “suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 06 (seis) meses” (fl. 255-verso).*

*Não obstante a pretensão do apelante, forçoso reconhecer que **inexiste nos autos informação e comprovação de que exerce a profissão de motorista, pelo contrário, em juízo declarou que é comerciante** (fl. 214), e no inquérito policial, embora conste qualificado como motorista de caminhão, também declarou-se comerciante. “Perguntado*

<sup>1</sup> “(...) Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da **motivação “per relationem”**, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A **remissão feita pelo magistrado** - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a **pareceres do Ministério Público** ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - **constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir**”. (AI 825520 AgR-ED, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-174 DIVULG 09-09-2011 PUBLIC 12-09-2011 EMENT VOL-02584-02 PP-00258). (Destaquei),

sobre a sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, respondeu que trabalha, **o interrogando informa que tem um lava jato na Rua Miguel Couto, 251, Vila Quito; comerciante, sendo que percebe aproximadamente dois mil reais (R\$ 2.000,00) (fl. 16).**

*Ademais, mesmo que para desempenhar a profissão utilizasse o automóvel, o que se admite somente a título de argumentação, com muito mais razão deveria ser mais prudente ao conduzir, respeitando com maior desvelo as normas de trânsito, conforme confessou em seu interrogatório.*

*Além disso, convém ressaltar que a pena de suspensão para dirigir veículo automotor foi aplicada de forma razoável e proporcional à pena restritiva de direitos.*

(...)

*Por outro vértice, não é lícito substituir a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, conforme almeja o apelante, haja vista que tal sanção consta no tipo penal descrito, não podendo o aplicador do direito deixar de aplicá-lo, porquanto se trata de imperativo legal, e não poder discricionário do magistrado. (...) (fls. 302-303) (grifo nosso).*

Ainda que fosse crível a alegação nesse sentido, como já exposto, é preciso ressaltar que não haveria motivação plausível capaz de gerar o afastamento da sanção de suspensão do direito de conduzir veículo automotor.

Portanto, diante desses aspectos, não há falar em afastamento da pena de suspensão do direito de dirigir, pelo que seja merecida a aplicação da sanção penal relacionada à suspensão do direito do apelante de dirigir veículo automotor, tal como imposta pelo sentenciante.

Disposições finais:

Posto isto, divergindo do Relator quanto à absolvição do apelante pela prática do delito de homicídio culposo (art. 302, *caput*, do CTB), com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Júnior Theodoro de Andrade, a fim de manter irretocável a sentença prolatada pela magistrada de primeiro grau.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (2<sup>a</sup> Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1<sup>o</sup> Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 20 de junho de 2016.

\*\*\*

**Seção Criminal****Mandado de Segurança nº 1407414-98.2016.8.12.0000 - Chapadão do Sul****Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADVOGADO – ATO ILEGAL – CONFIGURADO – ALEGAÇÕES FINAIS – FORA DO PRAZO MULTA POR ABANDONO – AFASTADA – ORDEM CONCEDIDA.

Apresentação de alegações finais fora no prazo legal, não caracteriza abandono do processo, não cabendo a imposição da multa prevista no art. 265 do CPP.

Ordem concedida.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança. Ausentes, justificadamente o Des. Romero Osme Dias Lopes, e por férias, a Des<sup>a</sup> Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A advogada Natalina Luiz de Lima impetra mandado de segurança com pedido de liminar apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Chapadão do Sul.

Alega em síntese que: a) patrocina a defesa de Kevin Samuel dos Santos na ação penal n. 0001975-84.2015.8.12.0046; b) na audiência do dia 02.02.2016 foi concedido às partes prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, no entanto, a defesa de Kevin pugnou pelas razões finais de forma remissiva à tese de defesa preliminar, o qual não constou no termo de assentada da audiência e não foi conferida pela mesma após a disponibilização da ata nos autos; c) a acusação apresentou suas alegações finais, bem como os demais réus, mas a defesa de Kevin deixou transcorrer o prazo sem apresentar as razões finais em forma de memoriais; d) após a certidão do decurso de prazo sem manifestação, o magistrado singular impôs à advogada nos termos do art. 265 do CPP, multa de 10 salários mínimos; e) a sanção foi aplicada sem que houvesse prévio contraditório e ampla defesa; f) produziu o ato antes de ser formalmente intimada da decisão proferida e prossegue na defesa de seu constituinte até a presente data, com manejo de apelação junto ao tribunal, o que descaracteriza abandono de processo.

O pedido de liminar foi deferido (p. 99-101).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 105).

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da segurança (p. 109-115).

## VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pela advogada Natalina Luiz de Lima apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Chapadão do Sul.

Alega em síntese que: a) patrocina a defesa de Kevin Samuel dos Santos na ação penal n. 0001975-84.2015.8.12.0046; b) na audiência do dia 02.02.2016 foi concedido às partes prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, no entanto, a defesa de Kevin pugnou pelas razões finais de forma remissiva à tese de defesa preliminar, o qual não constou no termo de assentada da audiência e não foi conferida pela mesma após a disponibilização da ata nos autos; c) a acusação apresentou suas alegações finais, bem como os demais réus, mas a defesa de Kevin deixou transcorrer o prazo sem apresentar as razões finais em forma de memoriais; d) após a certidão do decurso de prazo sem manifestação, o magistrado singular impôs à advogada nos termos do art. 265 do CPP, multa de 10 salários mínimos; e) a sanção foi aplicada sem que houvesse prévio contraditório e ampla defesa; f) produziu o ato antes de ser formalmente intimada da decisão proferida e prossegue na defesa de seu constituinte até a presente data, com manejo de apelação junto ao tribunal, o que descaracteriza abandono de processo.

O pedido de liminar foi deferido (p. 99-101).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 105).

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da segurança (p. 109-115).

A ordem deve ser concedida.

No caso, observa-se dos documentos acostados aos autos que a impetrante deixou de apresentar as alegações finais no prazo legal, porque na audiência realizada no dia 02.02.2016 foi concedido às partes, prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, no entanto, havia pugnado pelas razões finais de forma remissiva, o qual não constou no termo de assentada e também não foi conferida pela mesma, razão pela qual deixou de apresentar a peça no prazo, sendo-lhe imposta pelo magistrado singular, a multa prevista no art. 265 do CPP.

Segundo já manifestou a Seção Criminal deste Tribunal:

*“Não é cabível a aplicação da multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, pois o desatendimento de uma única intimação para apresentação de alegações finais não caracteriza o abandono da causa e não justifica a imposição da sanção, que pressupõe ânimo definitivo.”* (Mandado de Segurança - Nº 1409619-71.2014.8.12.0000 - Campo Grande. Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Data do julgamento: 23.09.2014).

Na hipótese, não é possível vislumbrar a caracterização do abandono processual pela advogada impetrante, por um único ato que deixou de praticar, mas que continuou a atuar nos autos, inclusive peticionando na ação penal principal, conforme cópias de documentos ora juntados.

Diante do exposto, com o parecer, encaminho voto no sentido de conceder a segurança para cassar a decisão impugnada, conforme a liminar deferida, ora ratificada, para afastar a multa aplicada à impetrante Natalina Luiz de Lima.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança. Ausentes, justificadamente o Des. Romero Osme Dias Lopes, e por férias, a Des<sup>a</sup> Maria Isabel de Matos Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# NOTICIÁRIO



## Comarca de Dourados faz 1ª audiência de custódia por videoconferência - 29/06/2016



A comarca de Dourados (MS) inovou. Na última semana, o juiz Cesar de Souza Lima, da 3ª Vara Criminal, realizou a primeira audiência de custódia por videoconferência da comarca. A medida foi necessária porque o indiciado já estava preso na Penitenciária Estadual da cidade, de segurança máxima. O réu estava preso por tráfico de drogas, porém, durante revista às celas, os agentes penitenciários descobriram em seu poder 19 porções de substância entorpecente semelhante a haxixe.

O juiz explicou que fica mais fácil e rápido tipo de audiência por meio de videoconferência, além da segurança das partes e economia. “As ferramentas proporcionadas pelo sistema de automação da Justiça devem ser aproveitadas ao máximo. No caso em tela, o preso estava custodiado na Penitenciária de Dourados, 20km de distância do fórum. Assim, até sua vinda à sala de audiência, os dispêndios com a escolta única do autuado, optou-se pela videoconferência para audiência de custódia. A sala onde se realiza o ato é reservada, não tem acesso de policiais. O preso teve entrevista prévia e reservada com o defensor público por meio da videoconferência. Assim, aliamos economia, segurança e bom uso da tecnologia fornecida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul”, afirmou.

As audiências de custódia foram implantadas em Mato Grosso do Sul em outubro de 2015. Desde então, vem sendo adotada nas 54 comarcas do estado. A sessão deve ser realizada na sala de audiências do juiz competente no prazo de 24 horas após o recebimento da comunicação da prisão, podendo, em casos excepcionais, ser realizada por meio de videoconferência, devendo a oitiva do preso ser colhida no fórum judicial da comarca de sua custódia.

Fonte: TJMS

## TJMS encerra a Campanha do Agasalho 2016 com sucesso - 04/07/2016



Durante toda a campanha do Agasalho 2016, realizada pelo Tribunal de Justiça, por meio do Pacijus, foram distribuídos 56 mil peças de roupas dentre camisas, calças, casacos, meias e toucas, 353 pares de sapatos e 3567 cobertores. A última entrega foi realizada nesta segunda-feira (04), ao Governo do Estado, que recebeu doações do TJMS, provenientes da arrecadação feita em parceria com a Companhia aérea LATAM e com cartório do 5º Ofício.

Desde a implementação da Coordenadoria de Integração Social, a administração do TJMS tem buscado parcerias, que se integram no propósito de organizar ações capazes de trazer um pouco mais de conforto e dignidade às pessoas necessitadas. E estes propósitos tem sido alcançados com muito êxito. Para a coordenadora, Marta Lopes, o sucesso das campanhas se dá pelo empenho de todos os envolvidos seja fazendo as doações, como parceiros, como postos de entrega, como voluntários na organização e na triagem das doações.

Nesta edição, mais uma vez foi possível aquecer o lar de muitas famílias carentes beneficiadas pelas doações da campanha. O Tribunal de Justiça, na pessoa do Presidente Des. João Maria Lós, agradece imensamente o apoio de cada um dos envolvidos em todas as etapas da Campanha seja doando, divulgando, organizando e auxiliando com um posto de coleta.

“Nós precisamos cuidar do nosso semelhante, das pessoas carentes e das pessoas que estão na rua, que tiveram algum problema na vida, e esse é um momento de reconfortá-los e dar um mínimo de esperança. Seria o fim do mundo, se num país tropical como o nosso, perdêssemos pessoas por causa do frio”, ressaltou o Des. João Maria Lós, por ocasião da entrega realizada no à primeira-dama do Estado, Fátima Azambuja, no dia 27 de junho.

A campanha de Agasalhos 2016, contou com parceiros como a Companhia aérea LATAM, o Ministério Público Estadual (MPE), o Moto Clube DDW, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE/MS), a Fundação Ueze Zahran, o Grupo Capital MS de Comunicação, Harley Davidson – Rota 67, a Capital 95

FM, o Comando Militar do Oeste (CMO) e a Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional de Mato Grosso do Sul (OAB/MS) que a tornaram um sucesso.

A organização agradece também a todos os que ajudaram como voluntários na organização do evento como a Escola CEPEF – Centro de Educação Profissional Ezequiel Ferreira Lima e o Grupo Lions Clube. O sentimento final dessa Campanha é o de gratidão. Pois foi devido ao apoio e caridade de todos que a Campanha do agasalho 2016 foi um grande sucesso. A todos que ajudaram o nosso muito obrigado. Acompanhe na galeria os melhores momentos da Campanha do Agasalho 2016.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## Implantação de Gestão de Processos tem início no PJMS - 13/07/2016



Na tarde desta segunda-feira (11), o consultor Joe Weider da Silva da empresa Brainstorming Assessoria de Planejamento e Informática LTDA que irá conduzir o projeto de Implantação da Gestão de Processos no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul apresentou a metodologia que será aplicada aos Diretores de diversas áreas administrativas do Tribunal de Justiça. A reunião contou também com a presença do presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, e do juiz auxiliar da presidência, Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

O projeto visa a implantar a metodologia de gestão de processos de trabalho na área administrativa do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com intuito de mapear, analisar, modelar, publicar, otimizar e controlar processos de trabalho no âmbito do 2º Grau do PJMS, com o foco na otimização dos resultados da organização através da melhoria dos processos de trabalho. Todo o trabalho deve ser desenvolvido de modo participativo e democrático.

Pela proposta, busca-se a racionalização e a melhoria contínua dos fluxos de trabalho com vistas à eficiência e qualidade do serviço prestado, bem como contribuir para o cumprimento da missão do PJMS, alinhando assim o projeto ao objetivo estratégico nº 3: Ser eficiente nas rotinas de trabalho administrativo, contido no Plano Estratégico 2015-2020 do PJMS.

Para o gerente de projetos da empresa de consultoria, Joe Weider da Silva, a Gestão de Processos pode ser aplicada aos órgãos públicos com grandes impactos positivos. Ele explica que a proposta usa o chamado modelo BPM (*Business Process Management*).

“A gestão por processos é uma abordagem que muda a concepção da visão tradicional de área funcional. Chegamos a um momento em que as organizações estão tão extensas e complexas, que todo o impacto é sistêmico, o que acontece em uma área repercute em outra. Esta mudança pode ser feita com a implementação da gestão de processos na organização, ou como denominamos BPM (*Business Process Management*)”, explicou o consultor.

A princípio, participarão de 7 oficinas de trabalho para a implantação do modelo de Gestão de Processos as seguintes áreas administrativas: Assessoria de Planejamento, Controle Interno, Direção-Geral, Secretaria da Escola Judicial, Secretaria de Bens e Serviços, Secretaria de Comunicação, Secretaria de Finanças, Secretaria de Gestão de Pessoal, Secretaria de Obras, Secretaria de Tecnologia da Informação, Secretaria do Conselho Superior da Magistratura.

Será desenvolvido projeto-piloto, com o mapeamento, otimização, redesenho e monitoramento de cinco processos críticos diagnosticados pela área e pela Assessoria de Planejamento, em quatro secretarias do TJMS: Secretaria de Gestão de Pessoal, Secretaria de Finanças, Secretaria de Tecnologia da Informação e Secretaria do Conselho Superior da Magistratura.

A implementação permanente deste modelo de gestão contribuirá para proporcionar uma gestão integrada, a partir de uma visão sistêmica dos processos, com foco em resultados, referenciados nas necessidades de todos os envolvidos e nas diretrizes estratégicas da instituição, além de difundir o conhecimento, com a disponibilização de informações sobre os processos desenvolvidos pela organização.

O envolvimento de todos e a interatividade são condições necessárias para o sucesso do projeto, uma vez concluída a qualificação caberá a cada área, com o apoio da Assessoria de Planejamento, a responsabilidade pelo mapeamento e redesenho das rotinas de trabalho.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## **TJ promove integração com sistema da Procuradoria Geral do Estado – 18/07/2016**

Garantindo celeridade, eficiência e economia, o Tribunal de Justiça está promovendo a integração do seu sistema de tramitação dos processos, o SAJ, com o sistema gerencial de prazos judiciais utilizado pela Procuradoria Geral do Estado, o PGE.NET. A integração promoverá drástica redução no tempo de peticionamento, facilitando a tramitação processual, além de automatizar o recebimento de intimações, promovendo uma expressiva melhoria no desenvolvimento diário das atividades para integrantes do Judiciário, como também para os Procuradores do Estado.

A integração será feita semelhante à que já foi realizada com o sistema do Ministério Público Estadual, assim, o servidor terá apenas que mover o processo para a fila respectiva (vista/intimação ou citação da Fazenda Pública), indicando o prazo, e o sistema gerará automaticamente o respectivo termo, disparando o ato eletrônico que será disponibilizado para o sistema da PGE.

O procedimento agilizará a comunicação processual entre o Tribunal e a PGE-MS, contribuindo para a celeridade e economia, sendo que os atos antes praticados via oficial de justiça ou Correios serão enviados de forma totalmente eletrônica.

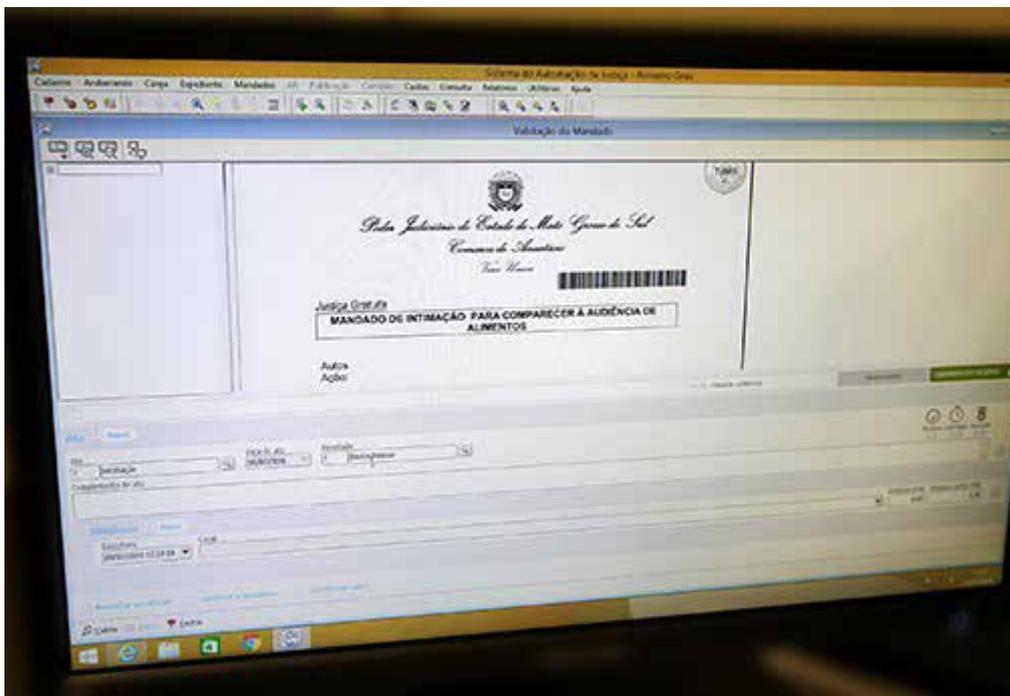
A partir de hoje (18) começa a funcionar no cartório das varas de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de Campo Grande o envio de citações e intimações eletrônicas pelo SAJ para o sistema da PGE. O envio de petições iniciais também será recebido via integração entre os sistemas.

Além disso, desde a última quinta-feira (14), entrou em funcionamento para todas as comarcas do Estado o peticionamento intermediário pela PGE via integração, assim os procuradores do Estado podem manifestar-se diretamente pelo sistema próprio.

Nos casos urgentes, conforme dispõe o art. 5º, § 5º da Lei 11.419/06 em que a intimação feita desta forma pode causar prejuízo às partes, o ato processual pode ser realizado por outro meio. Isto porque, nas citações e intimações eletrônicas, o destinatário possui prazo de 10 dias para proceder a leitura do ato.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## Novo SAJ-Mandados ajuda meio ambiente e diminui custos - 20/07/2016



A ideia de que é preciso conter os desperdícios em prol da economia de recursos naturais ganha cada vez mais espaço no Tribunal de Justiça de Mato Grosso Sul. Diversas são as ações nesse sentido e o novo SAJ-Mandados cumpre esta função, além de facilitar e agilizar a rotina de trabalho.

A nova funcionalidade permite a visualização, conferência, validação, remessa ou devolução da certidão por meio digital, em uma única tela do sistema, sem necessidade da impressão da certidão.

Uma medida efetiva que promove mais circulação digital de informações e reduz a impressão mensal/média de 45.000 documentos, papel este que acabava sendo desperdiçado, pois essas certidões eram impressas e, depois do uso temporário, descartadas.

O Tribunal de Justiça de MS está investindo fortemente em sistemas de automação e armazenamento digital gerando redução de desperdício de papel, comprometendo menos o meio ambiente e ainda economizando dinheiro nas despesas de papel e equipamentos de impressão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Primeiros passos na implantação da gestão de processos no TJMS - 20/07/2016



A Assessoria de Planejamento, visando a melhoria e aprimoramento das rotinas de trabalho administrativo, propôs o projeto “Redesenho de Rotinas de Trabalho do Poder Judiciário-MS” com base no Plano Estratégico 2015-2020, do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Por meio da consultoria da empresa Brainstorming Assessoria de Planejamento e Informática Ltda e, com o apoio da Escola Judicial de MS (Ejud-MS), serão realizados sete workshops, com a presença de 42 servidores, totalizando 208 horas de capacitação. Cada servidor, em seu respectivo setor, se tornará multiplicador desta metodologia de trabalho que garantirá a otimização das tarefas desenvolvidas em todas as áreas administrativas do Tribunal.

O trabalho de redesenho dos processos será realizado a partir do software gratuito Bizagi, que desenvolve uma representação gráfica das rotinas de trabalho existente e exhibe as possibilidades de aprimoramento. Todas as áreas envolvidas terão à sua disposição este aplicativo para a melhoria das suas atividades.

A princípio, foram selecionadas quatro secretarias que apresentam maior demanda e necessidade de aperfeiçoamento na gestão de processos. Essas terão cinco processos internos mapeados. São elas: Secretaria de Tecnologia da Informação, Secretaria de Gestão de Pessoal, Secretaria do Conselho Superior da Magistratura e Secretaria de Finanças. Além das quatro secretarias mencionadas, participam da capacitação servidores de outras sete áreas.

Os resultados desses workshops são esperados para o próximo ano, momento em que a gestão de processos será implantada efetivamente e gradativamente, de acordo com as necessidades das áreas envolvidas.

## Mais de 20 mil processos são julgados pelo TJMS no 1º semestre - 21/07/2016



Relatório da Secretaria Judiciária do Tribunal de Justiça aponta que no primeiro semestre de 2016 foram distribuídos 23.405 novos processos. No mesmo período, foram proferidas 3.540 decisões monocráticas além de 16.960 julgamentos por colegiado que totalizam 20.500 processos julgados.

Os dados são referentes ao Órgão Especial, Seções e Câmaras do Tribunal de Justiça.

Dentre os órgãos julgadores com o maior número de processos julgados destacam-se a 5ª, a 4ª e a 1ª Câmaras Cíveis, com, respectivamente, 4.433, 2.668 e 2.582 julgados, dentre decisões monocráticas e colegiadas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação

## Juizes de MS superam distribuição no primeiro semestre de 2016 - 22/07/2016



No primeiro semestre deste ano foram ajuizadas 90.901 novas ações em 1º grau no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. No mesmo período foram proferidas 91.336 sentenças, superando a distribuição nos seis primeiros meses. O semestre fechou com 638.889 ações em andamento, das quais 213.281 se referem a execuções fiscais.

Em Campo Grande, o primeiro semestre de 2016 fechou com um estoque de 335.647 ações em andamento, das quais 171.666 se referem a execuções fiscais. Os feitos cíveis na Capital representam 88% do total: são 295.362 ações cíveis em andamento (incluindo as execuções fiscais), frente a 40.285 processos criminais.

Em relação às outras três comarcas de entrância especial de MS, Dourados fechou o semestre com 36.572 processos em andamento, Três Lagoas com 22.572 e Corumbá com 20.425 ações em tramitação. Somente as quatro comarcas de entrância especial do Estado (incluindo a Capital) aglutinam 65% do total de feitos em andamento na justiça de 1º grau.

Quanto à movimentação registrada no 1º semestre nas varas dos juzados especiais do Estado, foram distribuídos, ao todo, 40.501 novos processos e julgados 48.050. O semestre encerrou com 77.677 feitos em andamento nos juzados de MS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Convênio entre TJMS e Sejusp resultará maior celeridade nos processos em trâmite nos Juizados - 27/07/2016



Na busca contínua de aprimoramento do sistema dos Juizados Especiais, nesta quinta-feira (28), às 10 horas, na Presidência do Tribunal de Justiça, acontecerá a solenidade de assinatura de convênio entre o TJMS e a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (Sejusp), com a interveniência do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, que visa a disponibilização de um ambiente administrativo no portal web do TJMS para a Delegacia Geral da Polícia Civil de MS.

Na prática, este é o início de uma evolução na comunicação entre o Poder Judiciário e a Sejusp, a começar nos Juizados Especiais, por possibilitar que os Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) sejam enviados aos Juizados Criminais por via eletrônica. Atualmente, os TCOs são enviados aos Juizados em papel, demandando sua digitalização e cadastramento manual pelos servidores, o que acarreta dispêndio de material e, principalmente, de tempo, e contraria a celeridade esperada no trâmite de processos nos Juizados Especiais.

“A partir do convênio, os TCOs encaminhados eletronicamente resultarão rapidez na tramitação processual e economia para ambas as partes. Os benefícios dessa parceria serão perceptíveis imediatamente”, explicou o Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Marco André Nogueira Hanson.

Com acesso aos processos eletrônicos no Portal e-SAJ, os delegados de polícia e escrivães, além do envio eletrônico de TCOs, poderão protocolar petições iniciais e intermediárias, bem como consultar petições protocoladas ou em cadastramento pelo próprio delegado.

O convênio terá vigência de 24 meses, podendo ser prorrogado mediante termo aditivo, observado o prazo máximo de 60 meses.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## Processos dos Juizados terão maior celeridade com envio eletrônico de TCOs - 28/07/2016



Uma nova fase começou hoje, com a assinatura do convênio que permite que os TCOs sejam digitais. Na manhã desta quinta-feira (28), o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, o presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Marco André Nogueira Hanson, e o secretário de Segurança Pública e Justiça de MS (Sejusp), José Carlos Barbosa, assinaram um convênio que visa a disponibilização de um ambiente administrativo no portal web do TJMS para a Delegacia Geral da Polícia Civil de MS.

Na prática, este é o início de uma evolução na comunicação entre o Poder Judiciário e a Sejusp, a começar nos Juizados Especiais, por possibilitar que os Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) sejam enviados aos Juizados Criminais por via eletrônica. Atualmente, os TCOs são enviados aos Juizados em papel, demandando sua digitalização e cadastramento manual pelos servidores, o que acarreta dispêndio de material e, principalmente, de tempo, e contraria a celeridade esperada no trâmite de processos nos Juizados Especiais.

Durante a cerimônia de assinatura, o Des. João Maria Lós lembrou que essa é uma parceria que se esperava há algum tempo e que a dificuldade estava na falta de estrutura da Sejusp. “Agora eles estão investindo em tecnologia e isso acaba se tornando o embrião de um projeto maior: o de informatizar todo o sistema de inquérito policial, possibilitando que todos os dados sejam transmitidos eletronicamente, imprimindo mais agilidade no andamento dos processos, principalmente na área criminal”.

O desembargador acredita que os resultados dessa nova parceria serão sentidos quase imediatamente. “A partir do momento em que a pessoa comparece na delegacia, poderá sair do local sabendo o dia em que será realizada a audiência e isso é um avanço muito grande”, concluiu.

Para o presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais este é apenas o início de um trabalho, elaborado ao longo deste ano e que resultou na efetivação deste convênio. “Esse é o primeiro

passo para que no futuro possamos utilizar a informática para uma prestação jurisdicional ainda mais célere. Isso acarreta economia de tempo, de dinheiro e a utilização dos servidores que fazem esse trabalho em outras atividades. São milhares de TCOs encaminhados para o Judiciário e, com o convênio, teremos mais efetividade no trabalho”.

Para se ter uma ideia dos resultados obtidos com tal convênio, necessário ressaltar que somente no primeiro semestre de 2016 foram mais de 17 mil TCOs ingressos nas 54 comarcas e, desse total, quase cinco mil somente na Capital. “A polícia civil determinará quais delegacias terão a digitalização dos TCOs, mas a tendência é que no futuro haja um aprimoramento e isso seja centralizado”, completou o Des. Hanson.

O secretário de Segurança Pública apontou que se inaugura um novo ciclo e citou que a possibilidade de delegados e escrivães peticionarem de forma eletrônica facilita o trabalho. “Antecipo que teremos melhorias substanciais. Este é um pequeno grande passo para avanços consideráveis, já que nos possibilita implantar outras ações, outros processos na comunicação do SIGO, que é o sistema da Segurança Pública, com o SAJ, sistema do Poder Judiciário. Nosso sonho é que no futuro não apenas nos termos circunstanciados, mas em todas as fases processuais poderemos ter esse canal aberto entre a Sejusp e o TJMS”.

Prestigiaram a assinatura do convênio o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Alexandre Antunes da Silva, o delegado-geral da Polícia Civil, Marcelo Vargas, o secretário Adjunto da Sejusp, Antonio Carlos Videira, o delegado-geral Adjunto da Polícia Civil, Antonio Carlos Costa Mayer, o diretor do Departamento de Polícia da Capital, Pedro Espíndola de Camargo, a coordenadora da Coordenadoria de Controle e Aperfeiçoamento da Atividade Polícia Judiciária, Maria Rita do nascimento, o diretor do Departamento de Polícia Especializada, Ivan Barreira, entre outros.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Itinerante da Capital atende mais de 20 mil pessoas no 1º semestre - 29/07/2016



O balanço do 1º semestre de 2016 da Justiça Itinerante de Campo Grande aponta que foram atendidas 23.339 pessoas. Os dados registram ainda que no período foram iniciadas 5.581 ações, realizadas outras 5.267 audiências que resultaram em acordo, além de outras 172 audiências sem conciliação, com a obtenção do índice de 97% de acordos.

A Justiça Itinerante conceitua-se por um atendimento gratuito, resolvendo conflitos por meio da conciliação. O serviço que percorre os bairros da capital há quase 25 anos tem entre as questões familiares sua grande demanda.

Neste primeiro semestre não foi diferente. O serviço mais procurado foi a conversão de união estável em casamento, com 2.552 casos. Em contrapartida, na segunda colocação estão os pedidos de divórcio, com 1.067 ocorrências. Foram também registrados 571 acordos gerais sobre guarda, pensão alimentícia e visitas, etc. Além disso, a Itinerante realizou o atendimento de 404 execuções de alimentos (pensão em atraso) e 74 casos de investigação de paternidade, cujas crianças não tinham o nome do pai no registro do nascimento e agora tem. O período também registrou 18 atendimentos para questões de cobrança.

O bairro que registrou maior procura no semestre foi o Piratininga, onde foram realizados 3.465 atendimentos e orientações jurídicas, seguido pelo São Conrado, com 3.275 atendimentos, e Santo Amaro, em terceiro lugar, com 2.978.

Ao todo, são 16 bairros da periferia da Capital que recebem uma das duas unidades móveis da Justiça Itinerante. O calendário de atendimento, com o roteiro das unidades, com os dias e locais onde haverá atendimento, como também demais informações sobre o serviço pode ser acessado pelo link [http://www.tjms.jus.br/consultas/justica\\_itinerante.php](http://www.tjms.jus.br/consultas/justica_itinerante.php).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## Leilão de veículos expatriados da Bolívia arrecada mais de R\$ 300 mil - 01/08/2016



Encerrou na última sexta-feira (29) o leilão dos veículos expatriados da Bolívia que se encontram apreendidos na Delegacia de Roubos e Furtos (Defurv) de Campo Grande há diversos anos. Todos os 41 lotes foram arrematados. Os veículos são decorrentes de roubos e furtos e somente foram repatriados em razão do termo de cooperação firmado entre os Ministérios da Justiça do Brasil e da Bolívia como forma de combate a tais crimes.

O leilão antecipado de bens é algo muito recente, trata-se de uma iniciativa pioneira da Direção do Foro da Capital. A alienação de veículos que possuem restrições de roubo ou furto, segundo o juiz diretor do Foro, Aluizio Pereira dos Santos, é “complexa e de muita responsabilidade pelas implicações decorrentes, muitos deles não se conseguem, sequer, a identificação em razão de possuírem o número do chassi ou motor remarcado ou adulterado, o que exige mais cautela, inclusive, exame pericial”.

Pelo fato de os proprietários não serem localizados ou não pedirem a devolução, isso somado às péssimas condições de conservação devido ao longo período em que se encontram paralisados, a opção para desobstruir o espaço das delegacias tem sido o leilão antecipado de bens.

Segundo o juiz, “com apoio da Promotoria de Justiça colocou-os em leilão pelo prazo de trinta dias no site Casa de Leilões, havendo significativa procura na compra, alguns com mais de três mil visitas e, a maioria, superou expressivamente a avaliação, citando como exemplo uma F-250, cor prata, ano 2000, que foi arrematada por R\$30.500,00 atingindo mais de 500% de ágio”. Ainda de acordo com o magistrado, a justiça conseguiu arrecadar com os 41 veículos o total de R\$ 311 mil.

O juiz diretor do Foro explica que os automóveis somente serão entregues após as respectivas baixas dos gravames, sendo que o dinheiro arrecadado ficará numa conta judicial para ressarcimento caso algum interessado comprove a propriedade em juízo a qualquer tempo.

O magistrado se prepara para realizar o terceiro leilão de veículos e outros bens desta natureza, inclusive oficiou aos juízes e promotores dos processos-crimes onde se encontram vinculados solicitando as autorizações de alienação antecipada ou definitiva como forma de desafogar os pátios das delegacias de polícia ou do Fórum que já ultrapassam 400 veículos apreendidos sem destinação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Jurados passam a usar tablets em sessões do Tribunal do Júri - 04/08/2016



A direção do Fórum de Campo Grande implantou esta semana, no 2º plenário do Tribunal do Júri, a versão mais atualizada de informática, ou seja, sete tablets para os jurados utilizarem nos julgamentos.

Para tanto, houve a necessidade de fazer adaptações na estrutura do plenário com a ampliação, inclusive, dos espaços físicos, o que permitiu colocar os suportes que servem de base aos referidos tablets, como forma de proporcionar mais segurança no manuseio e conforto dos jurados, principalmente pelo fato de que os julgamentos são extremamente demorados.

Assim, mais um plenário do Tribunal do Júri da Capital está integrado à rede digital, permitindo que os sete jurados tenham sua própria ferramenta de trabalho e sejam realizados julgamentos simultâneos com o outro plenário do Júri, que já possui a tecnologia desde 2011.

Para quem não sabe, o Tribunal do Júri de Campo Grande foi considerado o primeiro do país a abandonar os processos físicos em 2011, passando a fazer julgamentos totalmente digitais. Muitos tribunais do país ainda não se modernizaram.

Desde então, após esta transformação de processos físicos em digitais, cada jurado tem um notebook, o que permite acompanhar a leitura integral das provas do processo com muita facilidade, rapidez e autonomia - o que era praticamente impossível quando o estudo era feito apenas no processo físico.

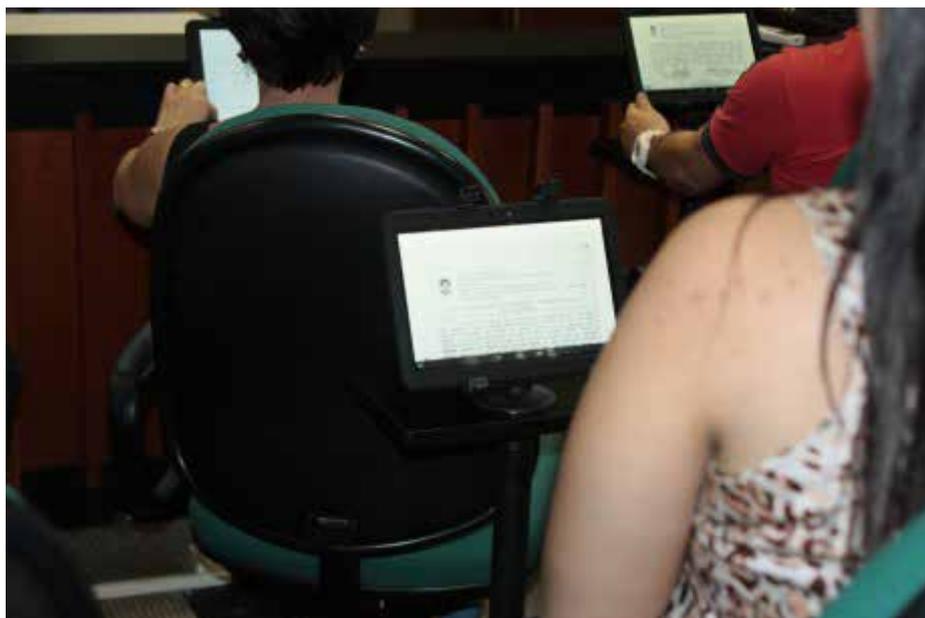
Antes da modernização, por ser único, o processo físico servia ao mesmo tempo aos sete jurados, ao juiz, ao promotor e à defesa, comprometendo a avaliação das provas, os quais tinham que decidir apenas com base no discurso do orador.

Na época sugeriram vários questionamentos por parte de operadores do Direito mais tradicionais ou conservadores sobre a inviabilidade do sistema digital no tribunal do júri ao argumento de que a modernidade perderia todo o encanto dos julgamentos populares, tornando-o frio, sem sentido e muito técnico, e ainda,

por ser composto de pessoas leigas, algumas poderiam estar despreparadas ao uso da tecnologia, causando prejuízos irreparáveis aos acusados.

Os críticos também diziam que a ferramenta poderia levar à dispersão dos jurados no momento da oratória, sempre marcada por eloquentes discursos. No entanto, de acordo com o juiz Aluízio Pereira dos Santos, da 2ª Vara do Tribunal do Júri, tais críticas não foram obstáculos à implantação do sistema digital que teve repercussão na mídia, inclusive, em âmbito nacional.

Com o passar dos anos ficou provado exatamente o contrário, não passando hoje de uma visão obsoleta de quem estava ainda arraigado à liturgia do direito romano.



Jurados utilizam o que há de mais moderno em tecnologia.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa.forum@tjms.jus.br](mailto:imprensa.forum@tjms.jus.br)

## Juíza analisa uma década de aplicação da Lei Maria da Penha - 09/08/2016



Esta semana, a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, completou 10 anos e, uma década depois, infelizmente a violência doméstica ainda é uma ameaça para milhares de mulheres, embora se possa constatar muitos avanços.

A juíza Jacqueline Machado, que responde pela primeira Vara de Medidas Protetivas do Brasil, na Casa da Mulher Brasileira, em Campo Grande, lembra que a norma foi a primeira criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando-se um marco na proteção de direitos negligenciados por anos e, quando não, esquecidos.

Em Campo Grande existem três Varas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e a capital de MS foi a primeira cidade no país a concentrar toda a rede de assistência em um único lugar: na Casa da Mulher Brasileira. Desde a inauguração no local, em março de 2015, cerca de 250 agressores foram presos em flagrante.

Para se ter uma ideia do trabalho realizado em favor dessas vítimas de violência, somente em 2016 já foram concedidas mais de 2.445 medidas de proteção. Na Vara de Medidas Protetivas, como é chamada, atuam a juíza titular, uma equipe multidisciplinar e um cartório integralmente aparelhado.

Para falar sobre uma década da Lei Maria da Penha, a juíza recebeu a equipe do TJMS.

### **TJMS: 10 anos depois, como analisar a lei?**

**Juíza Jacqueline:** A Lei Maria da Penha é uma marco. O Brasil foi compelido por organismos internacionais a editar essa lei em razão de não ter uma legislação que atendesse a violência contra a mulher. Dez anos depois podemos dizer que tem servido para punir agressores que antes não eram punidos, tirar do ambiente policial essa questão da violência e, principalmente, para que a violência doméstica contra a mulher seja realmente levada a sério.

**TJMS: A mulher está mais consciente de que é possível lutar contra a violência que sofre?**

**Juíza Jacqueline:** Sim. Os números de mais denúncias de violência doméstica indicam que a mulher está mais consciente e encontrando locais mais estruturados para procurar como, por exemplo, a Casa da Mulher Brasileira de Campo Grande - um modelo no Brasil -, com toda estrutura e apoio para fazer a denúncia. Hoje, a mulher tem se sentido mais capaz para levar adiante este tipo de denúncia de violência.

**TJMS: Quais os casos mais frequentes que aparecem na 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital?**

**Juíza Jacqueline:** Os casos mais frequentes são os de ameaça, lesão corporal, injúria, difamação e calúnia. Estupro em relacionamento íntimo de uma convivência também aparece bastante. E existem ainda os mais graves como os feminicídios.

**TJMS: Quais os avanços que ainda se esperam nessa área?**

**Juíza Jacqueline:** A prioridade agora é fazer com que a Lei Maria da Penha seja implementada, com toda política pública de atendimento à mulher que prevê, e isso tem que ser levado para os municípios do interior porque muitos ainda não têm delegacia especializada para atendimento à mulher. Temos no Brasil inteiro poucas varas de violência doméstica pela demanda que se tem. Precisamos também levar a conscientização da questão de gênero para a educação. Somente será possível modificar essa realidade a partir da educação, da mudança da cultura do machismo, de que a mulher é propriedade do homem e, na visão machista, que não teria os direitos como cidadã. Desde a constituição de 1988, no Brasil, todos são iguais em direitos e obrigações.

**TJMS: Acredita que a mulher vai conseguir se libertar desse ciclo de violência?**

**Juíza Jacqueline:** Acredito que sim. Estamos andando a passos largos e as mulheres estão entendendo seu papel na sociedade. Elas estão trabalhando, sustentando seus filhos, demonstrando que têm força, conquistando cargos e atingindo patamares na política. Precisamos de muito investimento em política pública e conscientização na forma de educar os filhos. Não podemos mais continuar educando nossos filhos de forma diferente: meninos de um jeito e meninas de outro. Precisamos educar para a igualdade de gênero.

**TJMS: Por que a mulher ainda é vítima desse tipo de violência?**

**Juíza Jacqueline:** Acredito que tudo passa pela questão cultural e infelizmente existem inúmeros motivos que levam uma mulher a permanecer nesse ciclo de violência. Existe a dependência psicológica, emocional, financeira, a vontade de mudar o agressor, fazer com que ele volte a ser o que era antes pelo fato de amá-lo. Porém, o único motivo que não existe é o que a mulher não sai desse ciclo de violência porque gosta de apanhar. Esse motivo não existe, pois ninguém gosta de apanhar.

**TJMS: O que dizer para essas mulheres que ainda sofrem caladas?**

**Juíza Jacqueline:** Denunciem. É necessário sair desse ciclo de violência. Sei que é difícil, que não se consegue isso do dia para a noite, mas é necessário. Só se pode evitar que o mal maior aconteça se houver a denúncia, a proteção.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Audiência de custódia em MS é destaque no Conselho Nacional de Justiça - 10/08/2016



Em notícia divulgada pelo portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça na segunda-feira (8), foi dado destaque para a realização de audiências de custódia de forma integral no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, além de outros dois Estados e do DF. Nesses locais, os presos em flagrante são apresentados a um juiz no menor prazo possível e assim o magistrado tem mais elementos para decidir sobre a necessidade da prisão preventiva até o julgamento.

Em MS, as audiências de custódia são realizadas em todas as 54 comarcas do estado atendendo a dois provimentos (352 e 355) editados em outubro e novembro de 2015. Até julho, foram feitas mais de 4,7 mil audiências, com 2,9 mil decisões pela liberdade (47,7% dos casos). Em Campo Grande, as audiências ocorrem pela manhã e são realizadas pelo juiz do plantão criminal – reforços podem ser designados pelo diretor do foro conforme necessidade. No interior, cada comarca segue seu próprio esquema de organização.

As informações foram prestadas ao CNJ em procedimento de acompanhamento de cumprimento da Resolução n. 213/2015. Aprovado em dezembro de 2015 e em vigor desde fevereiro de 2016, o ato normativo detalha o funcionamento das audiências de custódia e orienta os tribunais sobre procedimentos.

De acordo com o juiz Luís Lanfredi, coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do CNJ, os Tribunais de Justiça estão sinalizando comprometimento com a expansão das audiências de custódia. “Não se ignora que a mudança dos paradigmas provocada pelas audiências de custódia acarreta uma necessária reorganização logística sobre a forma como a jurisdição deve ser oferecida. Isso obedece a um ‘processo’ que vai ganhando espaço e musculatura para cumprir e atender o que o Supremo Tribunal Federal já definiu como requisito obrigatório de convalidação do ato de prisão, resignificando, portanto, a natureza excepcional desse ato judicial”, disse.

Confira a íntegra da matéria no link <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83022-audiencias-de-custodia-funcionam-plenamente-em-tres-estados-e-no-df>.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do site do CNJ

## Inédito: Indígenas poderão ser Família Acolhedora em Dourados - 10/08/2016



Na próxima segunda-feira (15), será realizado em Dourados, no auditório da ACED, a partir das 7 horas, o Seminário Regional da Família Acolhedora. O evento é uma realização da Secretaria Municipal de Assistência Social (Semas) e com o apoio do Poder Judiciário de MS, por meio da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) de MS, cujo coordenador é o Des. Eduardo Machado Rocha.

Recentemente o município de Dourados aprovou legislação que trata do serviço de Família Acolhedora, um direito à convivência familiar, assegurado na Constituição Federal de 1988 e no art. 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) como um dos direitos fundamentais a serem assegurados a todas as crianças e adolescentes com a mais absoluta prioridade, tendo a família acolhedora preferência sobre as instituições ou entidades de acolhimento.

A novidade na comarca de Dourados, com grande expectativa da comunidade, é que existe a possibilidade de indígenas inscreverem-se como Família Acolhedora para receber crianças e adolescentes, também indígenas, afastados da convivência dos pais.

De acordo com a secretária municipal de Assistência Social de Dourados, Ledi Ferla, o município possui duas aldeias, Bororó e Jaguapiru, praticamente dentro da área urbana, onde vivem cerca de 15 mil indígenas

A secretária explica que as lideranças indígenas propuseram reuniões para definir a participação no programa. Além disto, os representantes participarão do Seminário Regional da Família Acolhedora apontando como pretendem participar do programa, respeitando as características étnicas e culturais dos povos indígenas.

Durante o seminário haverá a palestra do juiz Deni Luis Dalla Riva, da comarca de Camapuã, que é referência nacional quando o assunto é o programa Família Acolhedora, pois consegue garantir a convivência familiar durante o afastamento judicial dos pais biológicos.

O evento terá debates, workshops dos técnicos da CIJ e a apresentação Projeto Família Acolhedora em Dourados. O encontro deve reunir profissionais da área da assistência social e psicologia de várias cidades ao redor de Dourados.

Na terça-feira (16), os interessados poderão obter mais informações de como utilizar o Programa Família Acolhedora em seus municípios. O juiz e a equipe técnica de Camapuã disponibilizaram horários para os representantes tirarem dúvidas sobre o serviço. A ACED fica na rua João Rosa Goes, 355, no centro de Dourados.

**Encontro Internacional:** Nos dias 1º e 2 de setembro, no Tribunal de Justiça, em Campo Grande, será realizado o II Encontro Internacional de Família Acolhedora no MS.

Um dos palestrantes será Michael Pease, assistente social de Londres e consultor internacional em acolhimento familiar, que viaja para muitos continentes auxiliando governos e ONGs em alternativas de cuidados de base familiar para instituições de cuidado à criança que não está em condição de viver com os pais.

O evento também terá a participação do palestrante e assistente social Delton Hochstedler, coordenador técnico da Associação Brasileira Beneficente Aslan (ABBA) e do programa de acolhimento familiar em São Paulo, e ainda do juiz Ranjit Uppal, da Vara da Infância e Juventude de Londres, e de Marcos Rolim, sociólogo e ex-presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

As inscrições podem ser feitas [www.tjms.jus.br/encontrofamiliaacolhedora/](http://www.tjms.jus.br/encontrofamiliaacolhedora/), onde há mais informações.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Inovação: Audiência online auxiliará acadêmicos de Direito - 12/08/2016



Uma ideia inovadora e o apoio necessário. Assim nasceu a parceria entre o Poder Judiciário de MS e a Universidade Anhanguera Uniderp, assinada esta semana para a execução do Projeto Audiências Online.

De acordo com o juiz José de Andrade Neto, da 12ª Vara Cível da Capital e autor da proposta, o projeto visa tornar as ações do Poder Judiciário mais transparentes e acessíveis à população. “É um projeto de apoio ao ensino universitário, totalmente gratuito, que confere certificado de participação ao acadêmico, permitindo que ele o apresente na universidade e cumpra as metas que lhe são exigidas”, explicou.

A ideia é permitir que o acadêmico de direito assista audiências judiciais de onde estiver, no momento mais oportuno. “A grade curricular da maioria dos cursos de direito exige, como requisito para aprovação, que os acadêmicos assistam determinado número de audiências judiciais e o projeto vai ajudá-los no cumprimento desta meta acadêmica”, complementou.

Defensor de estudos a distância, pelas oportunidades e facilidades que proporciona, o juiz coordenará o site [www.audienciasonline.com.br](http://www.audienciasonline.com.br), onde acadêmicos de direito de todo o país e do mundo – já que o alcance da internet é ilimitado – poderão assistir audiências judiciais reais.

Segundo José de Andrade, inicialmente as audiências estão sendo gravadas na vara onde judica e disponibilizadas no site. Para assisti-las, o aluno deve se cadastrar no portal e, depois de assistir, preencher um questionário com cinco perguntas. Estando corretas as respostas, o certificado é emitido e será aceito na universidade parceira, com o valor educacional de duas horas cada.

“Tudo isso é totalmente gratuito. A ideia surgiu a partir de relatos da dificuldade de se acompanhar audiências. Muitos alunos trabalham e o espaço EAD deve facilitar em muito suas vidas. Com a emissão do certificado para comprovação do exercício de atividade prática ou mesmo de atividade complementar perante a instituição de ensino, as dificuldades serão praticamente resolvidas”, concluiu.

**Como funciona** – Depois de se cadastrar no [www.audienciasonline.com.br](http://www.audienciasonline.com.br), o acadêmico receberá em seu e-mail login e senha para acessar o Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA).

No ambiente virtual poderá escolher o tipo de audiência que deseja assistir (cível, criminal ou trabalhista) e de pronto começar a ver os vídeos das audiências.

Importante ressaltar que, além de assistir a uma audiência real, o universitário poderá conhecer as principais peças que compõem o processo da audiência respectiva, com uma breve explicação sobre o funcionamento de uma audiência, segundo a legislação vigente, para que compreenda mais facilmente todos os acontecimentos.

Assistida a audiência, o acadêmico emitirá o certificado de participação para apresentação na universidade, como cumprimento da carga horária de atividade prática. Antes da emissão do certificado, será necessário submeter-se a um breve teste, comprovando que assistiu e compreendeu os acontecimentos da audiência que escolheu.

A solenidade de lançamento foi realizada no auditório do Bloco VII da Uniderp, para uma plateia de acadêmicos de Direito, acompanhada pelo coordenador do curso, Des. Ruy Celso Barbosa Florence.



Juiz José de Andrade Neto é o autor da proposta inovadora

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## Pessoas Físicas poderão peticionar nos Juizados Especiais pela internet – 17/08/2016



Está publicado no Diário da Justiça nº 3633, o Provimento 140, de 8 de agosto de 2016, da Corregedoria-Geral de Justiça, que autoriza o peticionamento eletrônico de pessoa física perante o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis. Na prática, o cidadão comum poderá apresentar demandas no sistema dos Juizados sem o intermédio de um advogado e, ainda, sem precisar se deslocar até o fórum ou Juizado. A ferramenta deverá estar disponível nos próximos dias.

Para que a pessoa física possa peticionar sem o patrocínio de um advogado, a demanda não pode ultrapassar o valor de 20 salários-mínimos, já que a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), assim permite, nas causas inferiores a este valor. O peticionamento será feito pelo Portal e-Saj, bastando ter um computador com acesso à internet e certificado digital.

A novidade facilitará e ampliará o direito de acesso à Justiça, já que o jurisdicionado não precisará se deslocar fisicamente até o Juizado para propor uma demanda. A medida ainda contribuirá para o meio ambiente equilibrado e sustentável. Tudo isto somente é possível em razão de o Poder Judiciário de MS possuir 100% de seus processos no formato eletrônico.

A iniciativa do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, que tem como presidente o Des. Marco André Nogueira Hanson, em possibilitar o peticionamento eletrônico de pessoa física, teve a participação da Secretaria de Tecnologia da Informação, responsável por desenvolver a nova ferramenta de acesso no Portal e-Saj.

Será divulgado à população de MS as regras e requisitos para o peticionamento eletrônico, que ocorrerá de forma rápida e facilitada, marcas da Justiça sul-mato-grossense, que prima pela modernidade, responsabilidade social e ambiental e comprometimento com o cidadão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## Tribunal de Justiça transforma todos municípios em sedes de comarcas - 17/08/2016



Sempre preocupado com o bem-estar da população, bem como em garantir uma boa prestação jurisdicional, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul inova mais uma vez com o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 75, que transforma todos os municípios do Estado de MS em sede de comarcas.

O Projeto de Emenda Constitucional nº 75, de iniciativa do TJMS, foi aprovado de forma unânime pela Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul nesta última terça-feira (16) e na manhã desta quarta-feira (17), o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, esteve na Assembleia Legislativa para explicar um pouco mais sobre o Projeto de Lei (PL) 146/2016, que também foi aprovado pela ALMS.

O projeto de lei regulamenta a Emenda Constitucional aprovada ontem e que acrescentou o Artigo 112-A à Constituição do Estado, o qual dispõe que todo município do Estado de Mato Grosso do Sul será sede de comarca, na forma da lei. Além disso, o Projeto de Lei contempla também a criação de Varas Judiciais e elevação de comarcas de primeira entrância à categoria de segunda entrância.

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 serão gradativamente sede de comarcas de primeira entrância.

Inicialmente as novas comarcas serão atendidas por uma carreta itinerante, denominada “Carreta da Justiça”, que terá 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, mediante autorização prévia do Conselho Superior da Magistratura, inclusive em processos do Tribunal do Júri.

A carreta itinerante será dotada de toda estrutura semelhante a um pequeno fórum, dispondo de gabinete para o juiz, sala da Defensoria Pública e Ministério Público, recepção, espaço para advogado, além de copa e banheiros e permanecerá na cidade conforme a demanda do município.

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, lembrou que o projeto é a longo prazo e visa aproximar o Judiciário sul-mato-grossense das comunidades mais distantes e mais modestas. “É inconcebível, por exemplo, que um jurisdicionado de Alcinópolis tenha que percorrer 120 km para ter acesso à Justiça”, afirmou o presidente sobre a importância da criação dessas novas comarcas.

O desembargador destacou também que a presença do Judiciário em todas as cidades contribuirá para fazer cessar a violência, principalmente nos municípios de fronteira, visto que dados e estudos tem apontado que nos municípios e localidades em que o Judiciário e as demais estruturas estatais se fazem presentes ocorre uma redução na criminalidade.

O projeto também contemplou a elevação das comarcas de Iguatemi, Itaporã, Nova Alvorada do Sul e Ribas do Rio Pardo para a categoria de segunda entrância, bem como criou 28 Varas na estrutura do Poder Judiciário de MS, sendo: dez para a Comarca de Campo Grande; cinco para Dourados; cinco para Três Lagoas, três para Corumbá; três para Ponta Porã; uma para Amambai e uma para Jardim.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Carreta da Justiça: “Judiciário em Movimento” será lançado dia 24 - 19/08/2016



O presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, o governador do Estado, Reinaldo Azambuja, e o presidente da Assembleia Legislativa, deputado Junior Mochi, lançam na próxima quarta-feira (24), às 8 horas, no TJMS, o programa “Judiciário em Movimento”, que torna 100% dos municípios de MS sedes de comarcas. Com a previsão de iniciar os atendimentos até o final do mês de setembro, a iniciativa conta com a parceria do Ministério Público, da OAB/MS e da Defensoria Pública.

A medida se tornou realidade com a Emenda Constitucional nº 75, de iniciativa do TJMS, publicada no Diário Oficial da última quarta-feira (17), que transformou todos os municípios do Estado de MS em sede de comarcas. Na última semana também foi aprovado pela Assembleia Legislativa o Projeto de Lei (PL) 146/2016, que regulamenta a Emenda Constitucional e que acrescentou o Artigo 112-A à Constituição do Estado, além de contemplar a criação de Varas Judiciais e elevação de comarcas de primeira entrância à categoria de segunda entrância.

Com isso, os municípios de Alcinoópolis, 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 gradativamente sede de comarcas de primeira entrância.

**Carreta da Justiça** – Inicialmente as novas comarcas serão atendidas por uma carreta itinerante, denominada “Carreta da Justiça”, que terá 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, mediante autorização prévia do Conselho Superior da Magistratura, inclusive em processos do Tribunal do Júri.

A carreta itinerante será dotada de toda estrutura semelhante a um pequeno fórum, dispondo de gabinete para o juiz, sala da Defensoria Pública e Ministério Público, recepção, espaço para advogado,

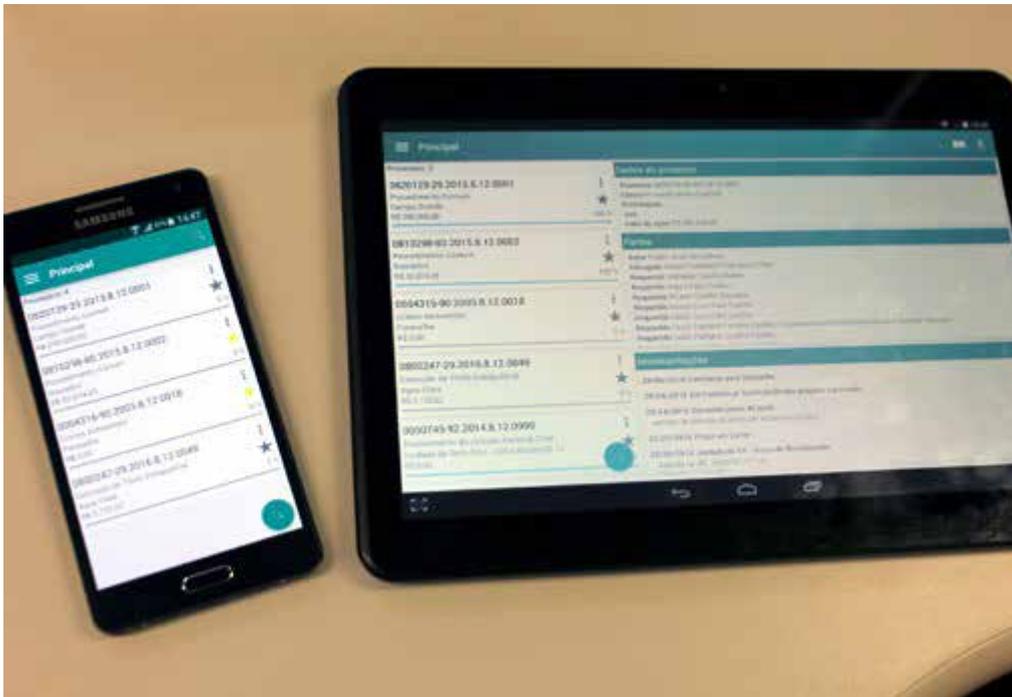
além de copa e banheiros e permanecerá na cidade conforme a demanda do município e roteiro previamente definido.

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, lembrou que o projeto é a longo prazo e visa aproximar o Judiciário sul-mato-grossense das comunidades mais distantes e mais modestas. “É inconcebível, por exemplo, que um jurisdicionado de Alcinópolis tenha que percorrer 120 km para ter acesso à Justiça. Temos como objetivo aproximar o Judiciário das comunidades mais distantes, garantindo atendimentos por meio de uma estrutura itinerante”, afirmou o presidente sobre a importância da criação das novas comarcas.

O desembargador destacou também que a presença do Judiciário em todas as cidades contribuirá para fazer cessar a violência, principalmente nos municípios de fronteira, visto que dados e estudos tem apontado que nos municípios e localidades em que o Judiciário e as demais estruturas estatais se fazem presentes ocorre uma redução na criminalidade.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Tribunal de Justiça cria aplicativo para tablets e smartphones - 19/08/2016



Na segunda-feira (22), o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul inovará mais uma vez ao lançar um aplicativo para tablets e smartphones, que trará mais praticidade ao trabalho dos magistrados do Poder Judiciário e aos advogados, permitindo manuseio de processos mesmo estando sem conexão de internet.

O projeto preenche uma necessidade originalmente identificada pelos próprios magistrados, que perceberam que, quando o sistema de processos tornou-se inteiramente digital, o acesso aos processos ficava mais restrito, dificultando o trabalho e prendendo-os ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ), que só podia ser acessado pelo desktop ou notebook.

Há alguns anos surgiu a iniciativa de se criar um aplicativo que permitisse que magistrados e advogados pudessem acessar os processos pelo smartphone ou tablet. Assim, a equipe da Secretaria de Tecnologia da Informação criou o aplicativo Pasta Digital – TJ/MS, possibilitando que os usuários possam ler processos quando estiverem desconectados da internet.

O aplicativo passou por uma fase de testes com um dos magistrados, que o avaliou e sugeriu mudanças, deixando-o mais prático e acessível para os usuários. O aplicativo foi projetado para trabalhar off-line e também para baixar os processos página por página, possibilitando que o download seja mais eficiente mesmo em conexões 3G e 4G.

Para o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, a novidade resultará em mais eficiência e celeridade na prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, a justiça sul-mato-grossense manterá sua postura de vanguarda.

“A equipe da área de tecnologia entendeu a dificuldade que existia e resolveu a questão com a criação desse aplicativo. É uma inovação, sem dúvida, e o jurisdicionado será o grande beneficiado, além dos magistrados que terão seu trabalho agilizado. O Poder Judiciário de MS continuará buscando formas e meios de bem atender à população. É para isso que existimos”, firmou.

**Funcionalidade** – Nessa versão, o aplicativo já organiza os processos automaticamente por comarca, caso o juiz ou o advogado atuem em diferentes locais. Além disso, será possível criar marcadores customizados para processos ou para páginas de um processo.

Por se tratar de primeira versão, o aplicativo tem algumas limitações como, por exemplo, os processos em segredo de justiça ainda não estarão disponíveis, algo que será adicionado em versões futuras.

Além disso, o aplicativo está disponível somente para Android, pois 80% dos acessos ao portal do Tribunal de Justiça realizados por meio de dispositivos móveis são feitos por essa plataforma. A versão para IOS estará disponível em 2017.

A equipe da STI já está desenvolvendo melhorias para o aplicativo, que incluirão os processos em segredo de justiça. Futuramente, o aplicativo também permitirá o acesso do público aos processos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## TJ lança programa que levará Judiciário a todos os municípios de MS - 24/08/2016



Na manhã desta quarta-feira (24), o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, o governador Reinaldo Azambuja e o presidente da Assembleia Legislativa, deputado Junior Mochi, lançaram o programa “Judiciário em Movimento”, que torna 100% dos municípios sul-mato-grossenses sedes de comarcas. A iniciativa tem a parceria do Ministério Público, da Defensoria Pública e da OAB/MS.

Na solenidade de lançamento do programa foram sancionadas a Lei nº 4.904/2016, que regulamenta a Emenda Constitucional que acrescenta o art. 112-A à Carta magna de MS; eleva comarcas a categoria de segunda entrância, acrescenta dispositivos à Lei nº 1.511/94; a Lei nº 4.905/2016; que cria a vara judicial na estrutura do Poder Judiciário; a Lei nº 4.906/2016, que cria cargos para compor a estrutura de pessoal da magistratura de MS, e a Lei nº 4.907/2016, que altera a Lei nº 3.687/09, e dispõe sobre o quadro de pessoal do Judiciário.

Foram assinados ainda dois provimentos: o de nº 372, que instala a Vara da Justiça Itinerante, e o de nº 373, que instala a Vara de Execução penal do interior.

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 serão gradativamente sede de comarcas de primeira entrância.

**Carreta da Justiça** – Para o Des. Lós, o programa Judiciário em Movimento é um sonho que atinge 25 municípios de MS, que passam a ter atendimento no local, feito pelo Judiciário. Ele explicou que um juiz fará o atendimento nesses municípios.

“Não precisa haver movimentação física de processo, já que temos tudo digitalizado. O juiz designado despachará os processos e organizará as pautas de julgamento. Quando houver atos que exijam a

presença do juiz na comunidade - como audiências, julgamentos do Tribunal do Júri, inspeção judicial – ele marcará um período para o atendimento na comarca”, explicou.

Para quem não sabe, a carreta é uma miniatura de um fórum: gabinete do juiz, sala para Promotor, Defensor Público, sanitário, uma pequena copa e a varanda na frente para recepção das pessoas, o que totaliza 44 m<sup>2</sup>. 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.

O desembargador explicou ainda que a carreta iniciará a jurisdição itinerante por Rochedo, onde existem 650 processos e, dentre eles, oito de competência do Tribunal do Júri. “Se os processos estiverem prontos, começaremos com as sessões do júri, além das audiências nessa cidade. Depois que a carreta partir, os processos continuam tramitando no formato eletrônico. Montaremos uma pauta para nova designação de audiências nos dias em que a carreta voltar àquela comunidade”, completou Lós.

Questionado sobre o tempo que a carreta levará para atender os 25 municípios, o presidente do TJMS esclareceu que o atendimento em regra será on-line e quando houver a presença física do juiz é que a carreta se deslocará. “Hoje temos só uma carreta e sabemos que o atendimento em todas as novas comarcas ficará sobrecarregado, mas já incluímos o projeto no orçamento de 2017 para compra de mais duas carretas, imprimindo uma dinâmica diferente e célere no atendimento”.

Ele contou também que já foi procurado pelos presidentes dos tribunais do Acre, Roraima e Pará – todos interessados no projeto e buscando subsídios para implantação dessa mesma ação em seus estados. “O Pará tem uma carreta semelhante, mas para atendimento nos juizados especiais, com causas limitadas a 40 salários mínimos, e não pode haver julgamento do tribunal do júri. Daí a transformação em comarca por emenda constitucional, para permitir que o juiz tenha ampla liberdade e competência para qualquer tipo de processo nessas comunidades”.

O presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, garantiu que a magistratura vê o projeto com bons olhos porque beneficia principalmente pessoas que precisam do Judiciário e têm dificuldade de acessá-lo. “É um projeto em que a justiça vai em direção aos hipossuficientes e aqueles 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”.

O juiz acredita que o retorno do projeto será perceptível em curto prazo, já que os processos são eletrônicos e a carreta possibilitará o acesso da parte à justiça. “É uma resposta mais rápida do juiz à parte. Vai facilitar bastante, ao mesmo tempo em que as comarcas sedes terão uma redução no número de processos enquanto a Vara Itinerante atenderá o município com elevado número de demandas”.

O governador Reinaldo Azambuja não escondeu a satisfação em ver o projeto ser posto em prática. “O projeto vai transcender as fronteiras. Não tenho dúvida que, assim como a Caravana da Saúde, a proposta será copiada por tribunais de outros Estados”.

Além dos presidentes do TJMS, da Amamsul, da Assembleia Legislativa e do Governador, prestigiaram a solenidade o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade; o presidente do TRE/MS, Des. Divoncir Schreiner Maranhão; o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche; o Defensor Público-Geral, Luciano Montalli; o Procurador-Geral de Justiça, Paulo Cezar dos Passos; o presidente da Assomasul, Antonio Ângelo Garcia dos Santos, e o presidente do TCE/MS, conselheiro Waldir Neves, além de desembargadores, juízes da Capital e outras autoridades.



Fonte: Secretaria de Comunicação-TJMS



Fonte: Secretaria de Comunicação-TJMS



Fonte: <http://www.correiodoestado.com.br/>



Fonte: <http://www.acritica.net>



Fonte: <http://www.acritica.net>

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - [imprensa@tjms.jus.br](mailto:imprensa@tjms.jus.br)

## CPE: o “Cartório do Futuro” expande sua atuação no Judiciário de MS - 25/08/2016



A Central de Processamento Eletrônico está ampliando sua atuação em diversas varas da Capital e do interior do Estado. O resultado desta ação tem sido um volume muito grande de processos sendo arquivados. O “Cartório do Futuro”, como é conhecido, permite uma automatização de muitas etapas, além disso, a efetividade da CPE se deve a fatores estruturais e tecnológicos.

Conforme explica o juiz idealizador da Central, Vitor Guibo, “o benefício para o trabalho no gabinete é de médio e longo prazo, porque a curto prazo há um aumento da carga de trabalho do gabinete que já está próximo do limite, mas a longo prazo a tendência é uma redução do número de processos e uma prestação jurisdicional mais rápida”.

O magistrado aponta como diferenciais da CPE o uso de equipamentos de alta tecnologia, treinamento de pessoal, além de uma estrutura física onde o mobiliário e o local foram planejados para propiciar o máximo de produtividade e concentração. “O servidor da CPE não tem distrações a todo o momento, ninguém o interrompe por telefone, não atende balcão, Ministério Público, Defensoria, nem juiz. Todo o foco é destinado ao trabalho, o que permite uma produtividade tão maior do que no cartório em seu modelo tradicional”.

A CPE iniciou sua atuação em 2013 nas varas de execução penal do Estado. Depois passou a atuar em varas dos juizados de comarcas do interior e desde o dia 7 de julho teve início a atuação nos juizados da Capital, começando, de forma nada mais justa, do que onde atua o idealizador, juiz Vitor Guibo, ou seja, na 1ª Vara do Juizado Central. Somente neste período foi possível o arquivamento de 1.962 processos. Atualmente, além da 1ª Vara, a CPE está desenvolvendo seu trabalho na 10ª Vara do Juizado Central.

O arquivamento de quase 2 mil processos em uma única vara, em pouco mais de um mês, não é “mágica”, isto porque foi possível pelo uso de metodologia de trabalho eficiente, e tudo isso, em ritmo de mutirão, com esforço concentrado e grande comprometimento dos servidores do Poder Judiciário.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

**Vara da Capital reduz 50% dos processos em andamento com auxílio da CPE - 29/08/2016**

O Poder Judiciário de MS é um dos mais avançados do país quando o tema é tecnologia da informação. Prova disso é a Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais (CPE) do TJMS, em funcionamento desde 2013, e que está se destacando como o “Cartório do Futuro”.

Na prática, a CPE é uma extensão do cartório judicial que cumpre despachos e decisões em tramitação no âmbito de primeira instância e padroniza procedimentos de trabalho, uniformizando modelos por ter uma forma única de tratar o processo. Com a Central, a prestação jurisdicional tornou-se mais rápida.

O juiz Olivar Augusto Roberti Coneglian, da 2ª Vara Criminal de Campo Grande, ratifica o bom trabalho realizado pela CPE. Ele destacou três pontos fundamentais: a padronização dos serviços, a celeridade e o aumento no controle dos expedientes.

“Os expedientes devem ser conferidos não só pela chefia do cartório, como também pela pessoa responsável pelo setor da CPE. Além disso, é imprescindível a manutenção da estrutura mínima do cartório, principalmente do chefe de cartório. É ele a ponte entre os dois mundos: o cartório/gabinete e a CPE”, explicou.

Olivar garantiu que é muito bom trabalhar com a Central e contou que há um ano e oito meses havia 3.000 processos na 2ª Vara Criminal e hoje são apenas 1.500 – uma redução de 50%. Contudo, o juiz apontou que não são todos os expedientes os cumpridos pela CPE: muitos são cumpridos no cartório da vara.

“A ideia da CPE é muito boa e está sendo copiada por outros estados. E mais: não é uma proposta estática. A cada dois ou três meses vamos sanando as dificuldades que surgem e moldando o trabalho, aperfeiçoando. O índice de 50% é excelente e o fato de o analista da CPE não parar o trabalho para atender no balcão, focando nos expedientes é fator importante para garantir a celeridade”, completou.

Entenda – Enquanto nos cartórios judiciais o servidor atende concomitantemente o processo, telefone, advogado, entre outras questões, na CPE o trabalho é concentrado em uma única atividade que está desenvolvendo, concentrado exclusivamente na atividade. O resultado é a agilidade na tramitação.

Para quem não conhece, o principal objetivo da CPE é agilizar e aperfeiçoar as atividades jurisdicionais, de modo a possibilitar o aumento do número de processos trabalhados por usuário em comparação com o modelo cartorário tradicional.

Os servidores da CPE não prestam atendimento ao público externo, às partes, advogados, Defensores Públicos, Procuradores, Promotores, cabendo tal função aos servidores de cada cartório. O juiz do feito fiscaliza a correção dos atos processuais praticados pela CPE, mandando repeti-los pela escrivania da unidade jurisdicional se considerá-los equivocados.

Os servidores da CPE executam atos processuais nos feitos eletrônicos de primeira instância. As serventias com serviços executados pela Central disponibilizam servidores para atuar no local, mantendo-se um mínimo de servidores no cartório, incluído o escrivão e/ou chefe de cartório.

O presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, lembrou que a CPE é uma ação da justiça sul-mato-grossense que desde o início incorporou a ideia da informatização e tem investido muito na sofisticação do Sistema de Automação da Justiça (SAJ).

“É importante destacar isso porque poucas pessoas sabem e, por isso, a surpresa quando visitam nosso Tribunal e veem o avanço tecnológico que temos. E é uma tendência que deve avançar constantemente, um projeto que envolve diferentes administrações e do qual não há como voltar atrás”, esclareceu o desembargador.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br























REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# ÍNDICE ONOMÁSTICO



## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### **Amaury da Silva Kuklinski**

Agravo Regimental nº 0012412-04.2010.8.12.0001/50000.....	040
Agravo de Instrumento nº 1403699-48.2016.8.12.0000 .....	050
Mandado de Segurança nº 1405561-54.2016.8.12.0000.....	056

### **Carlos Eduardo Contar**

Mandado de Segurança nº 1404052-25.2015.8.12.0000.....	063
Mandado de Segurança nº 1411170-52.2015.8.12.0000 .....	071

### **Claudionor Miguel Abs Duarte**

Apelação nº 0055556-33.2007.8.12.0001 .....	078
Apelação nº 0000124-51.2011.8.12.0013 .....	087
Apelação nº 0800966-91.2014.8.12.0045 .....	099

### **Divoncir Schreiner Maran**

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0801300-79.2013.8.12.0007/50000 .....	106
Agravo de Instrumento nº 1405089-53.2016.8.12.0000 .....	113
Embargos de Declaração nº 1401423-44.2016.8.12.0000/50000 .....	118

### **Dorival Renato Pavan**

Apelação nº 0000067-88.2012.8.12.0048 .....	123
Apelação nº 0806530-49.2015.8.12.0002 .....	134
Agravo de Instrumento nº 1405154-48.2016.8.12.0000 .....	148

### **Eduardo Machado Rocha**

Apelação nº 0826791-72.2014.8.12.0001 .....	154
Agravo de Instrumento nº 1405786-74.2016.8.12.0000 .....	159
Agravo de Instrumento nº 1406906-55.2016.8.12.0000 .....	167

### **Fernando Mauro Moreira Marinho**

Apelação nº 0802060-68.2012.8.12.0005 .....	172
Apelação nº 0800777-56.2013.8.12.0043 .....	180
Apelação nº 0800394-58.2014.8.12.0006 .....	188

**Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

Remessa necessária nº 0040331-94.2012.8.12.0001 .....	194
Procedimento comum nº 1404453-87.2016.8.12.0000 .....	198
Agravo de Instrumento nº 1404927-58.2016.8.12.0000 .....	207

**Luiz Tadeu Barbosa Silva**

Apelação nº 0058420-05.2011.8.12.0001 .....	211
Apelação nº 0801271-56.2014.8.12.0019 .....	215
Apelação nº 0802239-89.2014.8.12.0018 .....	218
Apelação nº 0801618-82.2015.8.12.0010 .....	233
Mandado de Segurança nº 1401248-50.2016.8.12.0000.....	239

**Marcelo Câmara Rasslan**

Apelação nº 0102268-10.2009.8.12.0002 .....	253
Apelação nº 0800533-79.2011.8.12.0017 .....	258
Apelação nº 0806942-19.2011.8.12.0002 .....	264

**Marco André Nogueira Hanson**

Ação Rescisória nº 0008670-71.2010.8.12.0000 .....	269
Apelação nº 0800348-03.2013.8.12.0007 .....	285
Mandado de Segurança nº 1401706-67.2016.8.12.0000.....	296

**Marcos José de Brito Rodrigues**

Apelação nº 0803717-66.2013.8.12.0019 .....	307
Apelação nº 0808805-68.2015.8.12.0002 .....	312
Mandado de Segurança nº 1401578-47.2016.8.12.0000.....	327

**Nélio Stábile**

Apelação nº 0801368-71.2014.8.12.0014 .....	333
Agravo de Instrumento nº 1408956-88.2015.8.12.0000 .....	341
Agravo de Instrumento nº 1401956-03.2016.8.12.0000 .....	345

**Odemilson Roberto Castro Fassa**

Apelação nº 0001912-75.2007.8.12.0002 .....	357
Apelação nº 0806215-95.2014.8.12.0021 .....	368
Apelação nº 0807546-38.2015.8.12.0002 .....	385

**Paulo Alberto de Oliveira**

Apelação nº 0030212-79.2009.8.12.0001 .....	397
Apelação nº 0801765-68.2013.8.12.0046 .....	402
Mandado de Segurança nº 1403844-41.2015.8.12.0000.....	407

**Sérgio Fernandes Martins**

Apelação nº 0003957-06.2004.8.12.0019 .....	413
Apelação nº 0001788-95.2009.8.12.0043 .....	421
Apelação nº 0807486-05.2014.8.12.0001 .....	426

**Sideni Soncini Pimentel**

Mandado de Segurança Coletivo nº 1411208-64.2015.8.12.0000.....	446
Mandado de Segurança nº 1404511-90.2016.8.12.0000.....	465
Mandado de Segurança nº 1406579-13.2016.8.12.0000.....	475

**Tânia Garcia de Freitas Borges**

Apelação nº 0361373-68.2008.8.12.0001 .....	481
Apelação nº 0054324-44.2011.8.12.0001 .....	489
Apelação nº 0053112-51.2012.8.12.0001 .....	496

**Vilson Bertelli**

Apelação nº 0002569-68.2004.8.12.0019 .....	504
Apelação nº 0804304-08.2014.8.12.0002 .....	510
Apelação nº 0801515-68.2016.8.12.0001 .....	514

**Vladimir Abreu da Silva**

Mandado de Segurança nº 1401672-92.2016.8.12.0000.....	518
Mandado de Segurança nº 1401796-75.2016.8.12.0000.....	539
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1402897-50.2016.8.12.0000.....	559

**Juiz Jairo Roberto de Quadros**

Apelação nº 0004314-98.2008.8.12.0001 .....	577
Agravo de Instrumento nº 1410336-49.2015.8.12.0000 .....	585
Conflito de Competência nº 1600990-56.2016.8.12.0000 .....	590

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### **Carlos Eduardo Contar**

*Habeas Corpus* nº 1414429-55.2015.8.12.0000 ..... 597

### **Dorival Moreira dos Santos**

Agravo de Execução Penal nº 0002348-90.2014.8.12.0001 ..... 605

Apelação nº 0005938-54.2014.8.12.0008 ..... 610

Apelação nº 0010215-37.2014.8.12.0001 ..... 617

### **Francisco Gerardo de Sousa**

Apelação nº 0000663-56.2009.8.12.0055 ..... 630

*Habeas Corpus* nº 1407382-93.2016.8.12.0000 ..... 636

*Habeas Corpus* nº 1409236-25.2016.8.12.0000 ..... 644

### **Luiz Claudio Bonassini da Silva**

Apelação nº 0005146-41.2012.8.12.0018 ..... 655

Agravo de Execução Penal nº 0005808-14.2016.8.12.0002 ..... 661

Apelação nº 0054113-71.2012.8.12.0001 ..... 665

### **Luiz Gonzaga Mendes Marques**

Apelação nº 0000551-56.2013.8.12.0020 ..... 672

Apelação nº 0007206-46.2010.8.12.0021 ..... 685

Apelação nº 0018313-74.2015.8.12.0001 ..... 695

### **Manoel Mendes Carli**

Apelação n. 0001382-49.2013.8.12.0006 ..... 716

*Habeas Corpus* n. 1402372-68.2016.8.12.0000 ..... 731

*Habeas Corpus* n. 1404829-73.2016.8.12.0000 ..... 736

### **Maria Isabel de Matos Rocha**

Recurso em Sentido Estrito nº 0000586-49.2010.8.12.0043 ..... 743

Apelação nº 0002064-75.2012.8.12.0026 ..... 752

Conflito de Jurisdição nº 1600575-73.2016.8.12.0000 ..... 762

**Romero Osme Dias Lopes**

Agravo de Execução Penal nº 0001033-35.2016.8.12.0008 .....	766
Agravo de Execução Penal nº 0006844-10.2015.8.12.0008 .....	771
Apelação nº 0040374-07.2007.8.12.0001 .....	777

**Ruy Celso Barbosa Florence**

Agravo de Execução Penal nº 0005555-12.2015.8.12.0018 .....	809
Apelação nº 0014660-40.2010.8.12.0001 .....	813
Mandado de Segurança nº 1407414-98.2016.8.12.0000.....	825

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# ÍNDICE DE ASSUNTOS



## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### **Ação Anulatória**

Agravo de instrumento. Código Tributário Nacional. Administração tributária. Acesso direto do fisco às informações. Movimentação bancária. Quebra de sigilo bancário. Auto Lançamento e Imposição de Multa. (1405786-74.2016.8.12.0000)..... 159

### **Ação Civil Pública**

Conselho Nacional da Criança e do Adolescente. Diretrizes. Omissão Municipal. Dotação orçamentária. Mérito dos atos administrativos. Aspectos de legalidade e moralidade. (0800348-03.2013.8.12.0007)....285

Direito Ambiental. Código Florestal. Inversão do ônus da prova. Princípio constitucional da razoável duração do processo. Demora injustificada. Procedimento administrativo de regularização de reserva legal. Multa. Fazenda Pública. Descumprimento de decisão judicial. (0800966-91.2014.8.12.0045) .....099

Direito Ambiental. Meio ambiente. Direito de terceira geração. Proteção integral do Estado. Descarte de esgoto em córrego. Sistema de coleta de esgoto. (1410336-49.2015.8.12.0000).....585

### **Ação de Obrigação de Fazer**

Direito à saúde. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Medicamento de alto custo. Paralisia cerebral. Canabidiol. ANVISA. Substância permitida. Tratamento de uso contínuo. Tempo indeterminado. (1403699-48.2016.8.12.0000).....050

### **Ação de Obrigação de Não-Fazer**

Fundação. Pesquisa de audiência de rádio local. Critério técnico-científico não comprovado. Concorrência desleal. Propaganda enganosa. (0802239-89.2014.8.12.0018).....218

### **Ação de Reintegração de Posse**

Esbulho possessório. Herdeiro. Acervo hereditário. Princípio da *saísine*. Atas notariais. Partilha. (1406906-55.2016.8.12.0000) .....167

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade**

Lei municipal. Controle de constitucionalidade. Entidade de classe. Legitimidade ativa. Associação Nacional de Restaurantes. Competência legislativa. Vício formal de iniciativa legislativa. (1402897-50.2016.8.12.0000) .....559

### **Ação Rescisória**

Ação rescisória. Aplicação do Código Civil de 1973. Acórdão rescindendo. Nulidade processual. Erro de fato. (0008670-71.2010.8.12.0000) .....269

### **Ação Trabalhista**

Prescrição. Convocação temporária. Contratação irregular. Aplicação da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT). Regime Estatutário. Empregado Público. Concurso Público. Depósito de FGTS. (0012412-04.2010.8.12.0001/50000) .....040

## **Concessionária de Serviço Público**

Responsabilidade Objetiva das concessionárias de serviço público. Pessoas jurídicas de direito privado. Imprudência do motorista. Liame de causalidade. (0801765-68.2013.8.12.0046).....402

## **Concurso Público**

Câmara Municipal. Candidatos aprovados. Ministério Público. Homologação do concurso. Hipóteses de dispensa ou ineligibilidade de licitação. Violação da cláusula de sigilo do concurso. (1401956-03.2016.8.12.0000).....345

Ilegitimidade passiva. Aprovação e classificação dentro do número de vagas previsto no edital. Discricionariedade da administração. Nomeação. Prazo de validade do certame. (1406579-13.2016.8.12.0000).....475

Mandado de segurança. Concurso Público. Limite etário. Agente penitenciário estadual. Previsão legal e editalícia. Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal. (1401578-47.2016.8.12.0000).....327

Mandado de segurança. Magistratura Estadual. Revisão de notas. Ato discricionário. Insuscetível de controle judicial. Erro grosseiro. (1404511-90.2016.8.12.0000).....465

Mandado de segurança. Nomeação a cargo almejado. Candidatos aprovados fora do número de vagas. Surgimento de novas vagas no decorrer do prazo de validade do certame. (1401672-92.2016.8.12.0000) .....518

## **Conflito Negativo de Competência**

Cumprimento de sentença. Contratos. Fiscalização do Banco Central. Instituições Financeiras. Sociedades de créditos imobiliários. Resolução n. 221/94-TJMS. (1600990-56.2016.8.12.0000).....590

## **Conselho Nacional de Justiça**

Remuneração dos magistrados. Suspensão do pagamento do auxílio-moradia. Residente com beneficiário de auxílio-moradia. Resolução CNJ n. 199/2014. (1411208-64.2015.8.12.0000) .....446

## **Contrato Social**

Lei n. 8.934/94. Fraude. Alteração do contrato social. Falta de diligência da Junta Comercial. Falsificação de assinatura dos sócios. Responsabilidade subjetiva. Negligência. Danos materiais e morais. (0055556-33.2007.8.12.0001).....078

## **Cumulação de Cargos Públicos**

Mandato eletivo de Vereador. Motorista de ambulância. Incompatibilidade de horários entre jornadas. Cumulação de cargos públicos. (1408956-88.2015.8.12.0000).....341

## **Desvio de função**

Desvio de função. Pagamento de diferenças salariais. Enriquecimento ilícito da Administração Pública. Súmula n. 378 do Superior Tribunal de Justiça. (0806215-95.2014.8.12.0021) .....368

## **Direito Autoral**

Ação de cobrança. ECAD. Lei n. 9.610/98. Direito de autores estrangeiros. Direito exclusivo de reprodução de suas obras. Interpretação musical pelos próprios autores. (0054324-44.2011.8.12.0001) .....489

Usurpação da essência de criação artística. Obras de gêneros distintos. Características físicas e comportamentais distintas. Mascote da seleção brasileira de vôlei. (0361373-68.2008.8.12.0001).....481

## **Direito do Consumidor**

Veículo automotor. Vício oculto do produto. Prazo decadencial. Pretensão de abatimento de preço do produto. Disparidade entre anúncio e produto entregue. (0801515-68.2016.8.12.0001) .....514

## **Doação de Bem Imóvel**

Inventário. Direito de colação. Abertura da sucessão. Bens doados. Adiantamento de legítima. Filho havido fora do casamento. (0800394-58.2014.8.12.0006) .....188

## **Greve**

Lei Geral da Greve. Agentes Penitenciários. Segurança Pública. Princípio da continuidade do serviço público. Princípio da Supremacia do Interesse Público. Atividade essencial do Estado. (1404453-87.2016.8.12.0000).....198

## **Imposto de Renda**

Ação declaratória. Servidora pública aposentada. Isenção de imposto de renda sobre aposentadoria. Vedada interpretação extensiva. Rol *numerus clausus*. (0058420-05.2011.8.12.0001) .....211

## **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**

Órgão especial. Princípio da Reserva de Plenário. Lei Municipal. Controle de constitucionalidade difuso, Controle de constitucionalidade por via incidental Inconstitucionalidade material. “Marcha para Jesus”. Entidades religiosas. Laicidade do Estado. Finalidade social não demonstrada. (0801300-79.2013.8.12.0007/50000) .....106

## **Indenização por Danos Materiais**

Litisconsórcio Facultativo. Responsabilidade Subsidiária do Estado. Omissão do Estado. Responsabilidade Civil Subjetiva. Autarquia. Conservação da malha viária. (0800533-79.2011.8.12.0017) .....258

Responsabilidade civil solidária. Condomínio. Responsabilidade objetiva por fato de terceiro Cartão de crédito. Subtração pelo porteiro. (0030212-79.2009.8.12.0001).....397

## **Indenização por Danos Morais**

Condições da ação. Acidente em rodovia estadual. Defeito na sinalização. Administração indireta do Poder Executivo Estadual. Ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul. (0807546-38.2015.8.12.0002).....385

Mandado de prisão em aberto. Prisão. Pensão alimentícia. Execução de alimentos. Exoneração de alimentos. Indenização por danos morais. (0801271-56.2014.8.12.0019).....2015

Matéria jornalística. Internet. Anonimato. Direito à imagem e à honra. Liberdade de expressão. Princípio da personalidade. Princípio da informação. Ponderação. (0053112-51.2012.8.12.0001) .....496

Responsabilidade Civil. Idoso. Queda de Leito Hospitalar. Dever de assistência e de vigilância. Código de Defesa do Consumidor. Dano e nexos de causalidade. (0802060-68.2012.8.12.0005) .....172

## **Indenização por Danos Materiais e Morais**

Responsabilidade objetiva. Responsabilidade hospitalar. Negligência médica. Prestação de serviço médico. Morte de recém-nascido. Código de Defesa do Consumidor. Dano moral presumido. (0004314-98.2008.8.12.0001) .....577

Teoria da causalidade adequada. Laqueadura tubária. Gestação não programada. Gêmeos. Óbito de um dos filhos. Dano moral. (0001912-75.2007.8.12.0002) .....357

## **Indenização por Danos Morais e Estético**

Integridade física e moral. Ação policial. Rebelião. Bala de borracha. Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade objetiva. (0800777-56.2013.8.12.0043) .....180

## **Inventário**

Direito sucessório. Herdeiros. União estável. Contrato de Convivência. Presunção *juris tantum*. Requisitos necessários. Coabitação. (1405089-53.2016.8.12.0000) ..... 113

## **Leilão Extrajudicial**

Ação por indenização por danos morais e materiais. Veículo apreendido. Restituição do bem. Leilão extrajudicial. Autorização judicial. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (0806942-19.2011.8.12.0002) .....264

## **Mandado de Segurança**

Conversão de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais em aposentadoria com proventos integrais por acometimento de doença grave e incurável. Relação de trato sucessivo. Incidência da Súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça. (1403844-41.2015.8.12.0000).....407

Direito Administrativo. Concurso Público de Provas. Reprovação em exame físico. Teoria do fato consumado. Inexistência de direito líquido e certo. (1405561-54.2016.8.12.0000).....056

Direito Constitucional. Direito à informação. Lei de acesso à informação. Pedido administrativo indeferido. Fornecimento de Holerites. Associação dos Servidores Aposentados e Pensionistas da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul (1401248-50.2016.8.12.0000) .....239

Direito Líquido e Certo. Descumprimento de ordem judicial. Rediscussão do mérito. Coisa julgada material. Tempo de efetivo serviço público. (1401706-67.2016.8.12.0000) .....296

Órgão previdenciário estadual. Servidor público estadual inativo. Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul. Remuneração integral. Desconto referente ao subteto constitucional. (1404052-25.2015.8.12.0000) .....063

Precatório. Direito adquirido. Coisa julgada. Ato jurídico perfeito. Critérios para cálculo do precatório. Juízo da execução. Correção de erro material. (1411170-52.2015.8.12.0000).....071

Remessa Necessária. Controle de Constitucionalidade. Lei Municipal. Fundo de Assistência à Saúde. SERVIMED - FUNSERV. (0040331-94.2012.8.12.0001).....194

Viúva de aposentado. Pensão por morte. Falecimento posterior à Emenda Constitucional n. 41/2003. Regra de transição. Paridade com servidor em atividade. Direito à integralidade. (1401796-75.2016.8.12.0000) ..... 539

## **Medicamentos**

Direito à saúde. Ministério da Saúde. ANVISA. Registro de medicamentos novos. Uso experimental. Substância “fosfoetilonamina sintética”. Lista de Medicamentos Especializados. Repercussão Geral reconhecida no STF. Recurso Extraordinário nº 657.718. (1401423-44.2016.8.12.0000/50000)..... 118

## **Obrigação de Fazer**

Reparação por danos morais. Ruídos produzidos acima do limite legal. Associação Brasileira de Norma Técnicas – ABNT. Resolução n. 001/90 do CONOMA. Perturbação do sossego. (0804304-08.2014.8.12.0002)..... 510

### **Penhora on line**

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Valor em conta corrente. Impenhorável. Valor inferior a 40 salários-mínimos. Verba indenizatória. (1405154-48.2016.8.12.0000).....148

### **Poder Familiar**

Estatuto da Criança e do Adolescente. Poder familiar. Destituição. Negligência quanto aos deveres maternos. Mãe presa por tráfico ilícito de entorpecentes. Família extensa. (0801368-71.2014.8.12.0014) .....333

### **Princípio da Reserva do Possível**

Escola estadual em condições precárias. Inércia estatal. Princípio da separação dos poderes. Intervenção do Poder Judiciário. Princípio da reserva do possível. (0002569-68.2004.8.12.0019) .....504

### **Processo Administrativo Disciplinar**

Processo Administrativo Disciplinar. Anulação de ato jurídico. Pena de demissão. Abandono de cargo. Inassiduidade habitual. Requisitos subjetivos. Intenção de abandonar o serviço público. Servidora presa em flagrante. (0808805-68.2015.8.12.0002).....312

### **Reconhecimento de União Estável**

Reconhecimento de entidade familiar. *Post Mortem*. Participação em inventário. Meeira. Herdeiros. Exclusão de partilha. (0102268-10.2009.8.12.0002).....253

### **Registro de Nascimento**

Registro de nascimento tardio. Nascimento no Brasil. Elementos probatórios. Data e local de nascimento. Parecer. Procuradoria-Geral de Justiça. Estrangeiro. Nacionalidade Brasileira. (0803717-66.2013.8.12.0019)..... 307

### **Reintegração de Posse**

Servidão de passagem. Esbulho. Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal. Atos de mera tolerância. Não presumível. Limitação da propriedade. Interpretação restritiva. (0000124-51.2011.8.12.0013).....087

### **Requisição Judicial de Registros**

Lei 12.965/14. Marco Civil. Direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Requisição de acesso. Comunicações Armazenadas. Prazos de armazenamento. Facebook. (0801618-82.2015.8.12.0010) .....233

### **Responsabilidade Civil**

Responsabilidade Civil. Contrato de intermediação. Passagens aéreas. Agência de turismo. “Chargeback”. Operadora de cartão de crédito. (0826791-72.2014.8.12.0001) ..... 154

### **Revisional de contrato**

Direito Militar. Instituições Financeiras. Empréstimo consignado em folha de pagamento. Vencimento bruto. Rendimento líquido. (1404927-58.2016.8.12.0000) .....207

### **Servidor Temporário**

Contratação de servidor temporário. Ausência de concurso público. Relação de Trabalho. Nulidade contratual. Fazenda Pública. Recurso Extraordinário nº 596478. Depósito de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Salário Maternidade. (0000067-88.2012.8.12.0048) .....123

**Teoria do Risco Administrativo**

Constituição Federal. Responsabilidade objetiva do Estado. Teoria do risco administrativo. Omissão estatal. Dano moral *in re ipsa*. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. (0806530-49.2015.8.12.0002)..... 134

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### **Agravo em Execução Penal**

Falta grave. Posse de bateria de celular. Falta média. Interpretação extensiva do art. 349-A do Código Penal. Comissão do Conselho Disciplinar do Estabelecimento Prisional. (0005555-12.2015.8.12.0018) .....809

Lei de execução penal. Falta grave. Evasão. Regressão de regime. Regime fechado. Perda de dias remidos. (0002348-90.2014.8.12.0001).....605

Progressão de regime. Requisitos subjetivos. Conduta carcerária boa. Infrações disciplinares não punidas administrativamente e judicialmente. (0006844-10.2015.8.12.0008) .....771

Remição da pena. Aprovação do reeducando no ENEM. Atividade não expressa em lei. Interpretação extensiva ao artigo 126 da Lei de Execuções Penais. Estudo por conta própria. (0001033-35.2016.8.12.0008) ..... 766

### **Apelação Criminal**

Antecedentes criminais. Livramento condicional. Extinção da pena. Critério objetivo. Atualização de antecedentes. Suspensão do benefício. (0000586-49.2010.8.12.0043) .....743

### **Comissão Parlamentar de Inquérito**

*Habeas Corpus*. Privilégio da não auto-incriminação. Testemunhas. Nulidade de intimação. Assistência de advogado. (1414429-55.2015.8.12.0000).....597

### **Conflito negativo de jurisdição**

Conflito de competência. Violência doméstica e familiar. Ex-genro e sogra. Vulnerabilidade da vítima. Lei Maria da Pena. (1600575-73.2016.8.12.0000) .....762

### **Crime Contra a Saúde Pública**

Medicamento falsificado. Falta de registro de vigilância sanitária. Absorção. Anabolizantes. Simulação de porte de arma. Crime de roubo. Confissão espontânea (0018313-74.2015.8.12.000).....695

### **Crime de Dano**

Emprego de substância inflamável. Erro de tipo evitável. Isenção de pena. Dolo do agente. Dano culposos afastado. Dano ao patrimônio de terceiros. (0001382-49.2013.8.12.0006).....716

### **Estupro de vulnerável**

Beijo lascivo. Ato libidinoso. Violência. Grave ameaça. Menor de idade. Estupro de vulnerável. Abuso sexual Tipicidade da conduta. (0007206-46.2010.8.12.0021).....685

### **Exploração Sexual**

Estatuto da Criança e Adolescente. Consentimento da vítima. Menor de idade. Prostituição. Exploração sexual. Erro de tipo. Pessoa em desenvolvimento. (0000663-56.2009.8.12.0055) .....630

### **Favorecimento da prostituição**

Sítio de classificados virtuais. Elemento subjetivo do crime. Artigo 228 do Código Penal. Manutenção de sítio de classificados virtuais de acompanhantes Absolvição decretada. (0040374-07.2007.8.12.0001)..... 777

### **Feminicídio**

Homicídio contra mulher. Tentativa. Condição do sexo feminino. Excesso de prazo. Feito complexo. Prisão preventiva. Substituição. Medidas cautelares alternativas. (1407382-93.2016.8.12.0000)..... 636

### **Furto**

Furto qualificado. Abuso de confiança. Circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis. Agente tecnicamente primário. Dependente químico. Enfermidade. Agravante. Atenuante. (0005146-41.2012.8.12.0018) ..... 655

### **Habeas Corpus**

Trancamento de ação penal. Busca ilegal em imóvel. Flagrante. Posse de joias roubadas. Tráfico de drogas. Crime permanente. Constrangimento ilegal. (1404829-73.2016.8.12.0000)..... 736

### **Homicídio Culposo**

Direção de veículo automotor. Teoria da imputação objetiva. Criação de risco permitido. Autocolocação da vítima em risco. Condução de motocicleta (0014660-40.2010.8.12.0001) ..... 813

### **Latrocínio**

Prisão preventiva. Constrangimento ilegal. Prova de materialidade e indícios de autoria. Segregação cautelar. Ordem pública. Morte violenta. Crime contra maior de 60 (sessenta) anos de idade. (1409236-25.2016.8.12.0000) ..... 644

### **Mandado de Segurança**

Abandono de processo. Advogado. Ato ilegal. Alegações finais. Artigo 265 do Código de Processo Civil. Imposição de multa. (1407414-98.2016.8.12.0000)..... 825

### **Prova Ilícita por Derivação**

Interceptações telefônicas. “Operação Xeque-Mate”. Prova ilícita por derivação. Contaminação das provas. Inquérito policial. Nulidade da Ação Penal. (1402372-68.2016.8.12.0000) ..... 731

### **Remição da pena**

Reinserção social. Trabalho extramuros. Iniciativa privada. Empresa não conveniada à administração penitenciária. Fiscalização realizada pelo patronato da penitenciária. Carteira de trabalho assinada. (0005808-14.2016.8.12.0002)..... 661

### **Roubo**

Confissão extrajudicial. Elementos sensíveis dos autos. Depoimento de policial. Crime de falsa identidade. Princípio constitucional da autodefesa. (0005938-54.2014.8.12.0008)..... 610

### **Tráfico de entorpecentes**

Confissão extrajudicial. Causa de aumento de pena. Transporte de drogas em ônibus coletivo. Disseminação do entorpecente no interior do veículo. Causo de aumento da pena. (0010215-37.2014.8.12.0001)..... 617

Crime de passar informações a grupo, associação ou organização criminosa. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Vínculo criminoso estável. Interceptação telefônica. Informações repassadas. (0002064-75.2012.8.12.0026) .....752

### **Tribunal do Júri**

Código de Processo Penal. Degração de arquivos audiovisuais. Processo digital. Deficiência de defesa. Nulidade. Prejuízo não configurado. Conduta social. (0000551-56.2013.8.12.0020).....672

### **Violência Doméstica**

Crime de ameaça. Lei Maria da Penha. Relação de sogro e sogra. Vínculo familiar. Parentesco por afinidade. Vulnerabilidade da vítima. Relação de gênero. (0054113-71.2012.8.12.0001).....665

\*\*\*