



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Edição Especial 40 anos

Ano 40 - nº 211 - Janeiro a Março de 2019



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 211 - Janeiro a Março de 2019

Expediente

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

Ano 40, n. 211

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. 211(2019) - . - Campo Grande:
Tribunal de Justiça, 2019 -.

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 Acervo, Jurisprudência, Legislação e Memória
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

Composição

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente: Des. Paschoal Carmello Leandro

Vice-Presidente: Des. Carlos Eduardo Contar

Corregedor-Geral de Justiça: Des. Sérgio Fernandes Martins

Tribunal Pleno (ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

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. Marco André Nogueira Hanson

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélio Stábile

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Des. Alexandre Bastos

Des. José Ale Ahmad Netto

Des. Jairo Roberto de Quadros

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Des. Jonas Hass Silva Júnior

Des. Emerson Cafure

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Des^a. Elizabete Anache

Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apresentação



EDIÇÃO COMEMORATIVA DE 40 ANOS

A Lei Complementar nº 31, de 11 de outubro de 1977, criou o Estado de Mato Grosso do Sul e seus membros foram empossados em Sessão Solene, realizada em 1º de janeiro de 1979.

A partir de então, uma série de esforços foram implementados no sentido de selecionar magistrados e servidores para comporem o quadro do Tribunal de Justiça deste Estado cuja instalação deu-se em 8 de janeiro do mesmo ano. Já no segundo semestre, foi publicado o primeiro exemplar da, então denominada, REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL.

Nessa primeira edição podem ser encontrados, na íntegra, os discursos proferidos pelo Des. Leão Neto do Carmo, na Sessão Solene de Instalação do Estado; do Des. Jesus de Oliveira Sobrinho, na Sessão de Instalação deste Tribunal de Justiça; bem como dos Des. Assis Pereira da Rosa, Sérgio Martins Sobrinho, Gerval Bernardino de Souza e Higa Nabukatsu, na Sessão Solene de suas respectivas posses.

Diversas mudanças podem ser verificadas ao longo destes quarenta anos de publicação. As primeiras revistas traziam, além de acórdãos cíveis e criminais, sentenças proferidas por magistrados de primeiro grau e até despachos do Presidente em juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário. Sua nomenclatura também foi objeto de alteração. Era chamada Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul até o ano de 1996, quando então passou a ter sua denominação atual REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA.

Contudo, sua mudança mais significativa deu-se com a entrada em vigor da Portaria nº 194/2009 que, dentre diversas alterações, regulamentou sua publicação para determinar que, a partir daquele ano, a revista seria veiculada apenas em formato eletrônico. A medida em questão, além de ir ao encontro das inovações tecnológicas e questões ambientais, possibilitou um maior número de acessos ao periódico e colaborou para a total disseminação da informação.

Esta edição comemorativa traz uma nova diagramação e chega aos leitores como forma de aproximá-los de discussões jurídicas, ratificando o compromisso de divulgação do que há de mais recente e relevante no que tange às decisões proferidas pela nossa Corte Estadual.

Sejam bem-vindos.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Presidente da Comissão Técnica de Biblioteca e Publicações

"(...) Nasce agora a Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, para realizar a missão histórica de divulgar aqui e alhures, através do trabalho de seus Juizes, o valor da raça forjada nas lutas, ora de retomada do território brasileiro, ora nas de consolidação das fronteiras do oeste ou de emancipação política desta parte do Estado de Rondon, e que já disse aos brasileiros de quanto é capaz, pois foi mentora de um primeiro ato da pretendida redivisão do País.

Nasce para alargar um campo em que seus filhos já abriram muitas clareiras; o das letras jurídicas. Veio para ficar, para ser elo e farol; poderoso ligamento entre os juizes de todo o Estado, motivação e estímulo para o aperfeiçoamento constante da magistratura do Estado que não será apenas, operosa, íntegra uniformemente coesa, mas também e principalmente, uma magistratura capacitada à realização da justiça."

Campo Grande, MS, 11 de outubro de 1979.

Des. Leão Neto do Carmo

Presidente

Texto retirado da apresentação da Revista de Jurisprudência n. 1.

Sumário

Expediente	002
Composição	003
Apresentação	004
Sumário	007
Doutrina	008
Jurisprudência Cível	080
Jurisprudência Criminal	535
Noticiário	795
Índice Onomástico	817
Índice de Assuntos	823

Doutrina



PRECEDENTES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Rodrigo Araújo e Silva de Carvalho

Resumo: O presente estudo teve como objetivo explicar o que é o precedente judicial, aprofundando sua estrutura e conhecendo cada um de seus elementos, como a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, bem como indicando as principais diferenças existentes entre os sistemas das *common law* e da *civil law*. Posteriormente, constataram-se as alterações que ocorreram com os mecanismos que uniformizam a jurisprudência e formam precedentes, bem como o aparecimento de novos mecanismos em um sistema de precedentes, diante da promulgação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil e revogou o Código de Processo Civil de 1973. Diante da comparação, foram constatados problemas anteriormente existentes e as consequências que as alterações legislativas acarretaram. Os novos institutos, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e a reclamação, tiveram cada um de seus artigos estudados. Após, foram analisados fenômenos que ocorrem no sistema processual brasileiro e como estes podem prejudicar a aplicação de um precedente judicial.

Palavras-Chave: Precedentes judiciais. *Common Law*. *Ratio decidendi*. CPC 2015.

Abstract: This study aimed to explain what is the legal precedent, deepening its structure and knowing each of its elements, such as the *ratio decidendi* and the *obiter dictum*, as well as the most important differences between the *common law* and the *civil law*. Subsequently, it was found the changes that occurred with the mechanisms that unify the case law and form precedents, as well as the emergence of new mechanisms in a previous system before the enactment of Law n. 13.105, of March 16, 2015, which established the new Civil Procedure Code and repealed the Civil Procedure Code of 1973. After the comparison, it was found earlier existing problems and the consequences of legislative changes have resulted. The new institutes, such as the Resolution Incident for Repetitive Causes and the Complain had all of their articles. After, it was analyzed phenomena that occur in the Brazilian legal system and how these may affect the enforcement of a judicial precedent.

Keywords: Judicial Precedent. *Common Law*. *Ratio decidendi*. CPC 2015.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático. Assim, referida Constituição trouxe consigo diversos direitos e garantias fundamentais, implícitos ou explícitos, sobretudo, em seu artigo 5º.

O *caput* do art. 5º prevê o princípio da isonomia ou da igualdade ao assegurar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Além disso, o inciso LIV do garante o devido processo legal e o inciso LXXVIII assegura a razoável duração do processo. Diante desses princípios observa-se a delimitação de como o processo judicial deve ser conduzido.

No sistema processual brasileiro, no que diz respeito às provas produzidas no processo, a decisão do juiz não está vinculada a estas, sendo este obrigado somente a expor o seu raciocínio e os fundamentos que o levaram a julgar daquela forma. Este é o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz.

Ocorre que este princípio tem ocasionado um fenômeno no Poder Judiciário que acarreta a violação do princípio da isonomia. Devido ao livre convencimento motivado, inúmeras lides que possuem idênticas

questões de fato e de direito, têm sido julgadas de forma distinta e antagônica. O fenômeno ocorre inclusive em um mesmo juízo, em sentenças proferidas por um mesmo magistrado.

Importante esclarecer que não se procura com essa crítica a vinculação da decisão às provas produzidas nos autos, retornando à época em que o juiz apenas pronunciava a lei. Todavia, os tribunais deveriam uniformizar o seu entendimento acerca de questões idênticas. Caso o contrário, os tribunais estarão se assemelhando a uma casa lotérica, na qual a parte dependerá de sorte com relação ao juízo que será distribuído para ter sua demanda julgada procedente ou improcedente.

Por conta dessa violação ao direito da isonomia, as partes estão recorrendo até a última instância, na busca da reforma da decisão para que lhe seja favorável, já que não há previsibilidade do que cada magistrado irá decidir.

Consequentemente, esta prática das partes tem contribuído para a violação do princípio da razoável duração do processo, já que, por conta da ausência de previsibilidade do Poder Judiciário, o número de demandas e de recursos apenas aumenta ao longo do tempo, sobrecarregando os gabinetes dos magistrados e impossibilitando que as partes tenham sua demanda julgada de forma célere.

Diante da situação apresentada, diversos doutrinadores, pesquisadores e profissionais da área jurídica buscaram meios para solucionar, ou ao menos amenizar os problemas apresentados. Entre estes meios estava a promulgação do Novo Código de Processo Civil, que se iniciou com um projeto de lei em 2010 e, ao longo de 05 (cinco) anos foi debatido com inúmeros processualistas e profissionais da área de atuação. Assim, em março do ano de 2015 foi promulgada e publicada a Lei nº 13.105 de 2015, revogando o Código de Processo Civil de 1973 e suas alterações posteriores.

No que diz respeito aos precedentes judiciais, as discussões como relação ao Novo CPC abrangeram o estudo do sistema processual de outros países, inclusive daqueles que aplicam o sistema da *common law*. Em que pese ter ocorrido várias alterações no projeto até a sua promulgação, denota-se a influência do direito comparado em vários dispositivos legais.

Importante esclarecer que antes da promulgação do CPC de 2015 já existiam mecanismos que buscavam a uniformização do julgamento de questões idênticas, seja no CPC de 1973, ou em leis extravagantes.

Assim, o objetivo deste estudo será analisar as alterações que ocorreram com referidos mecanismos diante da promulgação do CPC de 2015, dando ênfase aos problemas que ocorriam com a redação do CPC de 1973 e se foram solucionados com a nova redação. Além disso, o CPC de 2015 trouxe novos mecanismos de aplicação do precedente judicial, a exemplo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que merecem ser estudados.

Mas antes disso, tendo em vista em vista a influência da *common law* na redação de alguns dispositivos do CPC de 2015, será feito um estudo do precedente, abrangendo seu conceito, suas distinções com relação à jurisprudência e à súmula, as diferenças entre a *common law* e a *civil law*, bem como a estrutura de um precedente. Com isso, busca-se entender a essência de um precedente judicial para que as partes e o juiz observem os critérios que devem balizar a sua formação, bem como em quais hipóteses o precedente pode ser afastado e superado.

Na última parte do estudo serão tratadas algumas dificuldades relacionadas à aplicação de precedentes judiciais que ocorrem no sistema processual brasileiro, diante das diferenças culturais, inclusive na adoção de sistemas processuais e o comportamento da população.

O presente estudo terá como balizamentos normas e princípios constitucionais relacionados ao processo judicial, com enfoque jurídico-sociológico. Dentre os métodos científicos de abordagem, será utilizado o método dedutivo. No que diz respeito ao material utilizado, serão consultados livros e artigos científicos publicados, legislação, decisões judiciais de tribunais, sobretudo referente ao direito processual civil.

1. PRECEDENTE JUDICIAL– CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de se iniciar o estudo dos precedentes judiciais diante da promulgação da Lei nº 13.105 de 2015 (Novo Código de Processo Civil), é necessário compreender o que é o precedente judicial, conceituando-o e distinguindo-o da súmula e da jurisprudência.

A origem histórica da *common law* ajuda a entender como o precedente judicial foi formado e com qual finalidade ele foi criado, pois explica a delegação de poderes de um soberano e porque tais decisões tinham essa força vinculante. Assim, será feito um comparativo destacando as principais diferenças entre a *civil law* e a *common law*.

Após, será necessário dividir o precedente em *ratio decidendi* e *obiter dictum*, explicando em que consiste cada um deles, bem como os subdividindo para encontrar seus elementos.

Todavia, conforme será demonstrado, a *ratio decidendi* não possui uma forma precisa da maneira como são alguns conceitos na *civil law* brasileira, razão pela qual os juízes que forem formar um precedente, deverão ter o cuidado de verificar se estão presentes todos esses elementos.

Ainda que o precedente judicial seja formado de maneira correta, é necessário que o juiz o aplique somente quando o caso concreto for idêntico ao do precedente. Assim, para evitar injustiças, foi criada a técnica do *distinguishing*, que afasta a incidência do precedente por diferenciá-lo do caso concreto.

Além disso, para que não ocorra o engessamento da jurisprudência de um tribunal, bem como para que este possa caminhar junto com o desenvolvimento social e tecnológico de uma sociedade, existentes técnicas de superação do precedente judicial, estando algumas dessas presentes no novo código.

Por fim, é importante destacar que mesmo a *common law* possui algumas características em comum com a *civil law*, e que ambos sistemas passaram a influenciar um ao outro de forma recíproca.

1.1 Conceito de Precedente Judicial

O precedente judicial pode ser definido como o julgamento de um caso concreto em que há um complexo debate com a formação de um parâmetro jurídico capaz de persuadir e ser utilizado como referência em julgamentos posteriores de causas idênticas.

O precedente judicial possui dificuldade em ser definido e diferenciado no sistema processual brasileiro com relação às demais decisões judiciais. Isso porque o sistema brasileiro adota a *civil law*, sendo que neste ordenamento há o costume de se utilizar de normas escritas para prever os mais simples atos e conceitos. Assim, o conceito do precedente judicial não se enquadraria nesse modelo de pensamento. Aliás, Juraci Mourão Lopes Filho¹ defende uma nova estrutura sistêmica em rede para os precedentes.

Essa nova estrutura parte da ideia de que o precedente não é uma norma isolada e abstrata, mas sim uma rede de relações complexas e heterogêneas que vão se fortificando ao longo da utilização do precedente. O exemplo citado pelo autor da formação de um precedente nesses moldes foi com relação à definição de vida no julgamento da ADI 3510, que decidiu pela constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, pois não considerou apenas a personalidade jurídica prevista no Código Civil, mas sim a análise do que seria a vida em sentido amplo, em consonância com a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição. E esta definição de vida foi novamente utilizada no julgamento da ADPF 54, que decidiu acerca do aborto de fetos anencefálicos.

Dessa forma, toda a vez que a tese for enfrentada e seus fundamentos forem reforçados, o precedente ganhará força e se manterá mais estável. Já se os fundamentos forem perdendo força ao serem confrontados, o precedente estará mais próximo de sua superação.

¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coordenadores) ... [et al.]. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 164-172.

Assim, após a breve explicação do que seria o precedente, resta diferenciá-lo da jurisprudência e da súmula. O CPC de 2015 inclusive deixa clara esta distinção ao separar os termos em seu art. 489, § 1º, inciso VI.

A jurisprudência é conceituada como sendo o conjunto de decisões judiciais que versam sobre o mesmo tema. O critério aqui o critério não é qualitativo, mas meramente quantitativo. As decisões judiciais que formam a jurisprudência podem ou não serem precedentes. Assim, a jurisprudência só terá tratamento diferenciado pela lei, quando for dominante. Exemplo disso é a presunção de repercussão geral no recurso extraordinário (CPC de 15, art. 1.035, § 3º, inciso I) quando a decisão contrariar jurisprudência dominante, bem como a possibilidade de se modular os efeitos da decisão quando houver alteração na jurisprudência dominante (CPC de 15, art. 927, § 3º).

A súmula é um ato administrativo praticado por um tribunal, no qual se exprime uma tese presente em sua jurisprudência dominante. Ao menos é o que pode se extrair da expressão “reiteradas decisões”, prevista no art. 2º da Lei 11.417/06, que regula a edição de súmula vinculante, em aplicação por analogia às demais súmulas. Assim, tendo em vista o processo de formação e de cancelamento de súmula, ela é mais estável e goza de tratamento mais privilegiado do que a jurisprudência.

O CPC de 2015, todavia, passou a mencionar que a edição de súmulas deveria observar as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (art. 926, § 2º). Assim, o CPC de 2015 passou a exigir ao menos uma decisão judicial que constitua um precedente para que seja editada súmula.

Com relação ao tratamento legal, o CPC de 2015 não trouxe uma definição precisa do que seria um precedente. Até mesmo por conta dessa ausência, uma das modificações do CPC de 2015 trazidas pela Lei 13.256 de 2016 foi a alteração do termo “precedente” por “acórdão”, no que diz respeito ao cabimento da reclamação contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência.

Entretanto, o CPC de 2015 prevê no art. 927, § 5º, que os tribunais darão publicidade a seus precedentes. Por uma ordem lógica, conforme dispõe o art. 11, inciso III, alínea “c” da Lei Complementar nº 95/98, os parágrafos expressam aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo. Assim, por esta construção, pode-se dizer que o legislador definiu como sendo precedentes as hipóteses previstas nos incisos do art. 927, que dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I -as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II -os enunciados de súmula vinculante; III -os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV -os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V -a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Dessa forma, tem-se que o legislador elencou as hipóteses dos precedentes judiciais para estas decisões judiciais e atos. Esta foi a adaptação encontrada pelo legislador para adequar a figura do precedente judicial à *civil law*.

Uma vez trazida a ideia do que é o precedente, é importante entender as diferenças existentes entre o sistema da *civil law* e da *common law*.

1.2 Diferenças entre a *Common Law* e a *Civil Law*

O sistema da *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico, surgiu por volta do século XII com o desenvolvimento da ciência do direito nas universidades. O pilar desse sistema foi a *Corpus iuris civilis*, obra jurídica publicada sob ordem do imperador bizantino Justiniano I, que objetivava criar uma legislação que resolvesse os litígios da época, para poder unificar e ampliar o Império Bizantino².

2 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 203

As principais características que distinguem esse sistema dos demais eram: o direito escrito, que trazia a segurança e a certeza não habituais do costume; o direito ser comum em toda a Europa continental; mais completo, por prever instituições que a sociedade não conhecia; e era mais evoluído, pois foi feito utilizando textos jurídicos de uma sociedade que estava além do seu tempo.

A *civil law* é adotada em diversos países da Europa, como a Itália, França, Alemanha, Espanha e Portugal, bem como nos países latino-americanos.

O sistema da *common law* também foi elaborado por volta do século XII na Inglaterra, com as decisões jurisdicionais reais. A expressão *common law* apareceu pela primeira vez nas sentenças judiciais proferidas pelos Tribunais Reais de Westminster, no período de seu desenvolvimento, compreendido entre os anos de 1066 a 1485, conforme divisão de René David³.

O termo apareceu opondo-se às normas costumeiras locais peculiares das tribos da região. O soberano possuía a prerrogativa do julgamento das causas do reino. Todavia, ele outorgava estas funções aos intitulados *judges* (juizes), que percorriam por todo o reino, representando a vontade do soberano.

A *common law* diferenciava-se da *civil law* pelas seguintes características: era um *judge made-law*, ou seja, eram os juizes reais quem faziam o direito, tendo o precedente judicial autoridade reconhecida; o processo era apenas acessório; a fonte mais importante não era o costume local, mas sim o costume do reino; a legislação tem apenas função secundária.

A *common law* é adotada pela Inglaterra, pelos Estados Unidos, pelo Canadá, pela Austrália, entre outros.

Sobre a função estatal da jurisdição em cada um dos sistemas, importante trazer os ensinamentos de Leonardo Greco⁴, que estudou uma obra de Mirjan Damaska⁵, pesquisador que conviveu em ambos os sistemas jurídicos e fez análises comparativas pertinentes:

Na civil law, que é o nosso sistema jurídico, a jurisdição como função estatal, tem sido estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo, e por isso a administração da justiça adota o que Damaska denominou de modelo hierárquico, centralizador. Nesse sistema, os juizes são considerados a boca da lei, expressão usada por Montesquieu para justificar a ideia de que os poderes dos juizes decorrem da lei e à lei devem estar sempre subordinados. É imperioso que os juizes inferiores estejam rigidamente controlados pelos tribunais superiores para que se mantenham fiéis a essa missão de serem o instrumento de cumprimento da lei. Já no modelo de administração da justiça dos países da common law, a função da justiça é, primordialmente, a de pacificação dos litigantes. A paz social na civil law é um objetivo remoto. Já na commonlaw, a paz entre os litigantes, a rearmonização e a reconciliação são os seus objetivos diretos, imediatos. Na common law, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto. O importante é harmonizar os litigantes. Isso porque a justiça da common law tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si.

Assim, essas distinções passam, inclusive, a refletir na busca da população pelo Poder Judiciário. Todavia, nenhum dos dois sistemas é perfeito, razão pela qual ambos buscam reciprocamente respostas para os problemas que vão surgindo ao longo do tempo.

Quanto aos juizes, na *common law* a maioria deles são leigos ou eleitos pelo povo. Já na *civil law* os juizes costumam ser togados, após um rigoroso critério de seleção, para assumir um cargo vitalício.

Nesse aspecto, importante trazer a ideia de Robert Alexy de que uma jurisdição só é democrática quando houver a vontade do povo representada nas decisões judiciais. Partindo dessa premissa, como os juizes da *civil*

3 DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII-VIII.

4 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 12, v. 1.

5 DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. Yale: Yale University Press, 1986. .

6 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 163-164.

law não costumam ser eleitos, o processo judicial precisaria dar maior abertura para as partes representarem seus interesses ao formar a sentença.

Na *civil law*, como há na maior parte da jurisdição um processo mecanizado (constatar se houve violação a algum direito previsto em lei, mediante um procedimento previsto em lei), os órgãos judiciais tendem a se especializar para poder acelerar o andamento dos processos. Por outro lado, na *common law* não há necessidade dessa especialização.

Outra principal diferença nos dois sistemas é com relação à discricionariedade das decisões judiciais. Nos países que adotam a *civil law*, a exemplo do Brasil, a discricionariedade nas decisões judiciais não é bem vista. Embora os juízes tenham sim liberdade em formar o seu juízo decisório sem se atrelar unicamente às provas apresentadas, essa liberdade encontra seu limite nas leis. Além disso, essa liberdade deve ser fundamentada na decisão. O direito brasileiro admite algumas hipóteses em que o juiz pode decidir sem a estrita observância do texto legal, como nos casos de equidade previstos em lei. Todavia, em tais casos, as decisões devem ser muito bem fundamentadas e com critérios objetivos.

Já na *common law*, a equidade é a regra, reiterando a ideia de que os juízes lá não buscam aplicar a lei, mas sim resolver o litígio apresentado e harmonizar a relação entre as partes. No Brasil, os procedimentos que mais se aproximariam desse objetivo seriam a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Ainda, é possível constatar que na *civil law* os magistrados de segundo grau têm mais poderes que o juiz de primeiro grau, enquanto que na *common law* ocorre essa inversão de poderes. Isso se dá por conta do sistema recursal que prevê uma gama de recursos, bem como pela jurisprudência feita de forma hierarquizada. A regra na *civil law* é a recorribilidade (inclusive o Brasil é signatário de tratado internacional que prevê o princípio do duplo grau de jurisdição). Na *common law*, os magistrados de superiores se distanciam dessa estrutura ao dispor de um número menor de recursos e passar a decidir somente assuntos que considerem mais relevantes. Assim, os processos normalmente acabam nos juízos de primeiro grau.

Quanto à provisoriedade das decisões, ao contrário do que ocorre na *common law*, a regra na *civil law* é que as decisões de primeiro grau são provisórias, pois além de admitir recurso, normalmente este tem efeito suspensivo. Quando este é excepcionado, a legislação traz algumas normas que procuram desestimular essa conduta. Todavia, este cenário vem perdendo força ao longo dos anos, aproximando-se mais da execução imediata da sentença.

No que diz respeito aos procedimentos, na *common law* prevalece a informalidade e a oralidade na produção de provas, enquanto que na *civil law* prevalece a conversão de provas informais em provas documentais. Contudo, ambos os modelos estão se aproximando um do outro, sendo que na *civil law* estão relativizando essa conversão e aceitando, por exemplo, a gravação dos depoimentos feitos nos vídeos ao invés de transcrevê-los, enquanto que na *common law* já se passou a documentar a colheita de algumas provas, como por exemplo, um laudo pericial escrito. Todavia, tais mudanças ainda são muito resistidas pelas sociedades dos dois sistemas.

Por fim, no que tange à participação das partes e do juiz no andamento do processo, tem-se que na *civil law* o juiz é quem acumula a titularidade dos atos processuais, sendo que as partes somente apresentam as provas e argumentos nos momentos oportunos, sendo a maioria dos atos previstos em lei. Já na *common law*, o juiz mantém-se mais inerte, enquanto que as partes são quem praticam a maior parte dos atos no processo, como a intimação da parte contrária para apresentar provas, colher depoimento de testemunhas, embora estas devam ser reproduzidas diante do juiz.

Diante do quadro exposto, é possível chegar à conclusão de que ambos os sistemas possuem suas falhas e acertos, suas vantagens e desvantagens, e que não há como definir qual dos dois é melhor. Mas foi possível perceber a inegável aproximação e influência recíproca dos dois sistemas, tentando introduzir aos poucos as posturas adotadas no outro sistema, com o fim de solucionar as falhas que aparecem.

1.3 Diferenças Entre a *Common Law* e a *Civil Law*

Os precedentes obrigatórios partem da denominada teoria *dostare decisis*. Essa teoria decorre da frase em latim *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, respeite-se as decisões e não ofenda o que foi decidido. Ela prega que os precedentes formados pelos órgãos judiciais devem ser respeitados e que eles vinculam os casos futuros análogos ao caso do precedente.

De acordo com Marcelo Novelino⁷, o *stare decisis* pode ser interpretado em dois sentidos: no sentido horizontal, significa o respeito aos precedentes formados pelo próprio tribunal; já no sentido vertical, entende que os precedentes formados por tribunais superiores, devem vincular os tribunais inferiores. Esse último efeito é denominado como *binding effect* (efeito obrigatório).

Conforme estudado anteriormente, o precedente diferencia-se das demais decisões judiciais por conta do seu efeito vinculante. Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior⁸ elenca algumas características que são fundamentais para que se reconheça uma decisão judicial como sendo um precedente:

- a) advém de um “raciocínio” judicial que se encontra na motivação do julgado;
- b) versa sobre uma “questão de direito” ou questão jurídica, não por isso desgarrada dos elementos de fato que deram origem à demanda;
- c) pos-sui abrangência restrita, na medida em que sua força vinculante se limita a questionamentos futuros da “mesma questão”;
- d) é uma decisão “necessária” à resolução do caso concreto, isto é, representa a tese jurídica indispen-sável ao deslinde da controvérsia (*ratio decidendi* ou *hoding*), na medida em que há elementos adicionais constan-tes do acórdão que assenta o posicionamento da corte, consistentes em meros pronunciamentos circunstanciais (*obter dictum* ou *dictum*).

O sistema de precedentes trazido pelo CPC de 2015 demonstra ter seguido estas características na formação dos institutos que decidiu considerar como sendo precedentes. Todavia, teve-se a opção legislativa de constituir precedentes somente para casos em que há múltiplos recursos repetitivos, excepcionado incidente de assunção de competência e a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, até mesmo por ser um país que possui o sistema da *civil law*, a única característica que não restou tão bem demonstrada, foi a decisão necessária à resolução do caso concreto. Isso porque na *civil law*, há o costume de se tentar legislar com termos técnicos precisos o conceito e o procedimento das decisões judiciais. Assim, tendo em vista que a *ratio decidendi* (razão de decidir) é um elemento complexo do precedente, há muita dificuldade em “legislá-lo”.

O precedente judicial é composto pela *ratio decidendi* e pela *obter dictum*. Conceituando a *ratio decidendi* José Rogério Cruz e Tucci⁹ ensina que: “a *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”. Assim, a *ratio decidendi* é o núcleo, a essência do precedente. É o que dá ao precedente o seu poder vinculante, que faz transcender os motivos constituídos naquele julgado para outros casos futuros idênticos.

A *ratio decidendi* é composta por três itens: a) *statement of material facts* (indicação dos fatos relevantes); b) *legal reasoning* (raciocínio lógico-jurídico) e; c) *judgment* (juízo decisório):

A indicação dos fatos relevantes é o item que possibilitará ao juiz aplicar o precedente, pois são estes fatos que trarão a identidade do caso futuro semelhante. Havendo os mesmos fatos semelhantes ou idênticos, tanto no caso decidido no precedente quanto no caso a ser julgado, o precedente será aplicado. Caso não ocorra essa semelhança, aplicar-se-á a técnica do *distinguishing*, que afastará a aplicação do precedente àquele caso.

7 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 364

8 LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,stare-decisis-e-teoria-do-precedente-judicial-nosistema-anglo-saxonico,49175.html> > Acesso em 06 jun. 2016.

9 TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 324

Com relação ao raciocínio lógico-jurídico, esse será o item no qual o juiz fará a análise do caso concreto, interpretando as normas e princípios do direito de acordo com a situação, e demonstrará qual foi o raciocínio, o caminho para ter chegado ao juízo decisório.

O juízo decisório por sua vez é o item que trará o poder vinculante do precedente, pois produz uma norma com efeitos gerais que poderá transcender para outros casos. Não se trata de coisa julgada, pois esta dá fim ao litígio, enquanto que o juízo decisório não se constitui propriamente do dispositivo, mas das razões que levaram o juiz a chegar à conclusão do dispositivo.

A *obiter dictum*, por sua vez, é um elemento de conceito residual, por meio da exclusão no precedente de tudo aquilo que não configure *ratio decidendi*, ou seja, todos os elementos acessórios ou secundários, desnecessários, que não tenham influência ou que tenham relevância mínima para os motivos determinantes da decisão. A título exemplificativo, seria o caso de menções de situações hipotéticas na decisão, que nada tem a ver com o caso concreto. Outro exemplo mais comum, seria o voto vencido em uma decisão colegiada.

Assim, diante da breve explanação sobre o que seria o precedente obrigatório, foi possível constatar o que ele realmente é, porque um sistema de *civil law* tem dificuldade em “legislá-lo”, bem como quais os requisitos uma decisão judicial precisa ter para que seja considerada um precedente.

Essas considerações serão importantes, sobretudo, para próximo capítulo que tratará da formação de precedentes pelo CPC de 2015. O sistema de precedente do novo código possui muitos institutos que formam precedentes a partir de casos repetitivos. Tais precedentes serão formados por meio de um processo de seleção, na qual apenas alguns recursos representarão múltiplos recursos, bem como os futuros. Assim, será essencial saber quais recursos apresentarão os requisitos debatidos nesse capítulo para que possam representar devidamente uma quantidade estrondosa de recursos idênticos.

2. AS ALTERAÇÕES DO PRECEDENTE NO CPC DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes modificações nos procedimentos que uniformizavam as decisões judiciais de um mesmo tribunal. Entre estes procedimentos estão a improcedência liminar do pedido, o julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, os procedimentos referentes às decisões contrárias e em sentido de súmulas vinculantes. Além disso, o novo código também trouxe novos procedimentos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, a reclamação e o incidente de assunção de competência.

Conforme constataremos, existiam problemas práticos no que diz respeito à redação desses mecanismos, pois davam abertura para mais de uma interpretação, que alterava consideravelmente o alcance do mecanismo. Além disso, embora tais mecanismos afetassem uma vasta quantidade de processos, não havia nenhum cuidado especial com relação aos critérios de escolha dos recursos representativos.

Com as alterações, alguns problemas anteriores foram resolvidos com a alteração da redação. Todavia, alguns permanecem. Nesse caso, não pela desídia do legislador, mas sim pela dificuldade em normatizar a técnica para a formação de um precedente.

Ainda, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi um mecanismo importado do direito estrangeiro que tem o objetivo de formar precedentes judiciais em processos repetitivos nos tribunais de segunda instância.

A reclamação possui previsão na Constituição Federal de 1988 desde a sua promulgação, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do STF e do STJ. Todavia, o CPC de 2015 estendeu a abrangência desse instrumento para os demais tribunais.

O incidente de assunção de competência já existia no CPC de 1973 e foi aprimorado pelo novo código. Esse incidente funciona lado a lado com os recursos repetitivos, pois é uma outra forma de se criar um precedente, sem que haja a repetição em múltiplos processos. Todavia, a questão de direito debatida deve conter grande repercussão social.

2.1 Das Alterações nos Recursos Extraordinários Repetitivos

O recurso extraordinário está previsto na Constituição Federal. As hipóteses de seu cabimento estão previstas nas alíneas do inciso III do art. 102 desde a promulgação da Carta Magna, tendo a finalidade resguardar o texto constitucional diante de decisões judiciais de tribunais de única ou última instância. Todavia, a quantidade de processos distribuídos no STF em 2003 era exorbitante. De acordo com os dados estatísticos desse tribunal¹⁰, foram contabilizados 109.965 processos distribuídos.

Assim, com o fim de contornar esse cenário, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, denominada por muitos como sendo a emenda da “*reforma do poder judiciário*”. Essa emenda incluiu o § 3º no art. 102, que passou a exigir a demonstração da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário.

De acordo com o próprio sítio eletrônico do STF¹¹, a finalidade da repercussão geral é a de delimitar sua competência para questões constitucionais com relevância social, políticas, econômica ou jurídica, que extrapolem o interesse subjetivo da causa, bem como a de uniformizar a interpretação constitucional sem que seja necessário decidir sobre recursos repetitivos.

A repercussão geral, todavia, ainda precisava de regulamentação em lei para poder ser aplicada na prática. Esta regulamentação ocorreu somente com a edição da Lei nº 11.418, de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC de 1973, bem como da Emenda Regimental nº 21, de 2007 do Regimento Interno do STF.

A partir do surgimento do art. 543-B do CPC de 1973 é que nasce o julgamento de múltiplos recursos extraordinários pela análise da repercussão geral de recursos representativos.

Com a promulgação do CPC de 2015, diante do raciocínio explanado no primeiro capítulo desse estudo, o art. 927, inciso III, considera como precedente os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos.

O procedimento para o julgamento desses recursos extraordinários repetitivos, bem como para o dos recursos especiais repetitivos, está previsto do art. 1.036 ao art. 1.041. Havendo multiplicidade de recursos que tratem de idêntica questão de direito, caberá ao tribunal de origem selecionar recursos representativos da controvérsia, sobrestando os demais recursos extraordinários até o pronunciamento daqueles.

A primeira mudança que ocorreu no procedimento com a vigência do novo CPC foi com relação à expressão do objeto atingido pelo procedimento. A redação anterior previa que os recursos deveriam ter fundamento em “idêntica controvérsia”. Referida expressão podia trazer a ideia de que o mecanismo poderia ser aplicado para questões de fato, especialmente se comparada com a expressão do art. 543-C do CPC de 1973, que previa “idêntica questão de direito” para os recursos especiais repetitivos.

Contudo, essa tese já era refutada antes da alteração legislativa. Entre os argumentos, há o de que deveria haver identidade estrita entre os dois artigos, bem como o de que o próprio enunciado da súmula 279 do STF dispõe: “*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”¹².

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnterior>> Acesso em 31 maio 2016.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em 31 maio 2016

12 BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar. **A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Disponível em: <<http://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/NovaTecnica.pdf>> Acesso em: 31 maio 2016.

Assim, a redação do novo código unificou a expressão do art. 543-B e do art. 543-C do revogado código, passando a prever unicamente recursos com “idêntica questão de direito”, dando fim à possível interpretação que abrangeria “questões fáticas”.

A seleção dos recursos extraordinários representativos ainda cabe ser realizado pelo tribunal de origem. Todavia, pela ausência de previsão legal no art. 543-B, § 1º do CPC de 1973, o Regimento Interno do STF, no parágrafo único do art. 328 passou a prever que a seleção caberia à Presidência do Tribunal ou ao relator.

A nova redação no CPC de 2015 alterou a atribuição da seleção dos recursos representativos, incluindo o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal para tanto. Nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.036, manteve-se a possibilidade do relator escolher os recursos representativos. Todavia, assegurou a independência do relator com relação às escolhas feitas e a inércia do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

Além disso, o art. 1.036, § 1º do CPC de 2015 aumentou o número mínimo de recursos representativos para 02 (dois). Vale ressaltar que esta alteração não traz maiores consequências na prática, pois o que mais importa para a seleção do recurso representativo é a sua qualidade e não a sua quantidade. Nesse sentido, o § 6º do mesmo artigo exige para estes recursos a abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. Salienta-se que a formação de um precedente judicial que interferirá em múltiplos processos exige um rico debate quanto à questão julgada. Caso o contrário, diversos processos que trariam argumentos não expostos nos recursos representativos, sequer serão apreciados. Ainda, com o fim de auxiliar na escolha dos recursos admissíveis para serem representativos, o § 2º deu a oportunidade para um interessado no julgamento dos recursos extraordinários repetitivos requerer a exclusão dos recursos intempestivos, respeitado o contraditório à parte que interpôs o recurso intempestivo. Assim o recorrente terá 05 (cinco) dias para manifestar-se sobre o requerimento de exclusão.

Após a seleção dos recursos extraordinários representativos, será constatado o requisito de admissibilidade da repercussão geral.

Salienta-se que, conforme dispõe o Regimento Interno do STF, em seu art. 328-A, os tribunais de origem não emitirão juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados ou sobre os que venham a ser interpostos, até o julgamento pelo STF dos recursos representativos.

No texto original do CPC de 2015, haveria uma importante mudança com relação ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, que passaria a ser feito pelo STF, conforme dispunha o art. 1.030¹³. Essa modificação foi muito elogiada pela doutrina, uma vez que o duplo juízo de admissibilidade tinha o objetivo de fazer com que os tribunais de origem barrassem o acesso às instâncias superiores, o que não ocorria diante da possibilidade de interpor agravo. Assim, o juízo de admissibilidade do tribunal de origem apenas prolongava a tramitação processual¹⁴.

Ocorre que antes da entrada em vigor do novo código, referido artigo foi alterado com a Lei nº 13.256 de 2016, que retornou ao status quo do CPC de 1973, deixando que o juízo de admissibilidade fosse feito pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem.

Negada a existência da repercussão geral nos recursos representativos, todos os demais recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos. Não ocorreu mudança com o novo código no que diz respeito à essa negativa da repercussão geral. Todavia, vale destacar que, dependendo do objeto da demanda, caberá recurso extraordinário contra o julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto esse que será estudado mais adiante. A repercussão geral de questão constitucional deste recurso extraordinário é presumida, conforme disposição do art. 987, § 1º do CPC de 2015.

13 Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o *caput* dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na repercussão geral**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancasestruturais-repercussao-geral#_ftnref4> Acesso em: 1 jun. 2016.

Uma vez julgado o mérito dos recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos sobrestados, no caso do não provimento, ou decidirão de acordo com a tese firmada (art. 1.039).

Na redação do CPC de 1973, caso o tribunal de origem mantivesse a decisão e o recurso fosse admitido, o STF cassaria ou reformaria liminarmente o acórdão contrário ao seu entendimento. O novo CPC, contudo, ressaltou que, havendo juízo de retratação que fizesse surgir questões ainda não decididas pelo tribunal de origem, este deveria decidi-las. Além disso, acrescentou que, havendo outras questões em recurso no qual o acórdão contrariou a tese do STF, independentemente de ratificação do recurso e após o reexame, deveria ser remetido para o STF pelo presidente ou vice-presidente do tribunal, desde que fosse positivo o juízo de admissibilidade.

Dessa forma, todos os antigos dispositivos que tratavam do procedimento acerca dos recursos extraordinários repetitivos foram confrontados com a nova redação da Lei 13.105 de 2015. Ocorre que tal procedimento não era tão completo se comparado ao procedimento referente aos recursos especiais repetitivos. Por esse motivo, ambos os procedimentos foram mesclados nos arts. 1.036 ao 1.041, sendo que apenas algumas partes desse procedimento unificado foram abordadas nessa seção. Assim, as demais serão abordadas na seção seguinte, que tratará exclusivamente das alterações ocorridas nos recursos especiais repetitivos.

2.2 Das Alterações nos Recursos Especiais Repetitivos

O procedimento para julgamento de recursos especiais repetitivos teve sua primeira aparição no art. 543-C do CPC de 1973. Esse procedimento surgiu com a promulgação da Lei nº 11.672/08. O procedimento se assemelha muito ao que era previsto no art. 543-B, que tratava dos recursos extraordinários repetitivos, exatamente porque foi inspirado neste, conforme exposição de motivos da Lei nº 11.672/08¹⁵:

(...) O presente projeto de lei é baseado em sugestão do ex-membro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Athos Gusmão Carneiro, com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal. Submetido ao crivo do Presidente da Corte Superior, a proposta foi aceita e recebeu alguns ajustes, que passaram a integrar a presente redação. Após, sofreu ainda pequenas alterações ao ser analisada pelos órgãos jurídicos do Poder Executivo.

Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte. Já em 2006, esse número subiu para 251.020, o que demonstra preocupante tendência de crescimento.

Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei nº 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal.

O próprio Ministro Humberto Gomes de Barros, presidente do STJ em 2008, apresenta os seguintes dados estatísticos referentes aos processos distribuídos¹⁶ naquele tribunal superior: “Em 2007, o tribunal julgou mais de 330 mil processos, dos quais 74% referiam-se a questões já pacificadas na corte. Nos últimos três anos, além do tempo dos ministros, foram gastos R\$ 175 milhões com o julgamento de recursos repetitivos”.

Dessa forma, denota-se a importância do instituto para resolver a problema dos excessos de recursos distribuídos na corte, que impediam o cumprimento a aplicação do princípio da razoável duração do processo.

Todavia, o procedimento foi aprimorado se comparado com o art. 543-B do CPC 1973, sendo mais detalhado.

15 BRASIL, Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5983B67B41BF3F2FA9E-5C81BA9D B1FD9.proposicoesWeb1?codteor=465291&filename=PL+1213/2007> Acesso em 06 jun. 2016.

16 BARROS, Humberto Gomes de. **Carta de alforria**. Lei 11.672/08 vai resgatar o STJ da inviabilidade, 16 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade> Acesso em 06 jun 2016.

Com a promulgação do CPC de 2015, conforme mencionado na seção anterior, os procedimentos do recurso extraordinário e do recurso especial repetitivos foi unificado, diante das suas semelhanças. Como no tópico anterior já houve o estudo de parte desse procedimento unificado, neste tópico será dada continuidade ao restante do estudo.

A primeira diferença de procedimento que existia entre os artigos 543-B e 543-C era com relação à previsão de quais medidas o relator poderia adotar. Tais medidas estavam previstas nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 543-C. O § 2º previa que no caso do presidente do tribunal de origem não ter selecionado os recursos representativos, havendo jurisprudência dominante ou afetação ao colegiado acerca da controvérsia, poderia determinar a suspensão dos recursos nos tribunais de segunda instância. O § 3º previa a solicitação de informações aos tribunais de segunda instância, no prazo de 15 (quinze) dias. Já o § 4º previa a figura do *amicus curiae*. Assim, esses poderes do relator passaram a ser previstos no art. 1.037 e art. 1.039 do CPC de 2015.

No CPC de 2015, a medida prevista no § 2º foi reformada no art. 1.037, que passa a prever as medidas específicas que serão tomadas com relação à decisão de afetação. Identificada a questão a ser submetida para julgamento, a suspensão dos demais recursos com controvérsia idêntica passou a ser obrigatória em todo o território nacional. Além disso, o relator poderá requisitar aos tribunais de segunda instância a remessa de um recurso representativo. Assim, caso os recursos especiais representativos do tribunal de origem não tenham sido suficientes para constatar a abrangente argumentação e discussão da questão, especialmente em âmbito nacional, o relator requisitará um recurso representativo dos demais tribunais. Salienta-se que as partes deverão ser intimadas quanto à decisão que suspendeu seus recursos (art. 1.037, § 8º).

Quanto a este último poder do relator, entende-se que o legislador fez mal ao limitar o somente para um o número de recursos representativos que poderia requisitar dos demais tribunais. Embora o art. 1º, § 1º da Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008 tenha sido exagerado ao prever a obrigatoriedade de que selecionado pelo menos um processo de cada relator do tribunal de origem, diante da quantidade exacerbada de relatores que alguns tribunais pudessem ter, um só recurso por tribunal pode ser insuficiente para constatar os argumentos divergentes entre as regiões ou os estados.

Nessa decisão, caso o relator entenda pela não afetação, o fato será comunicado aos tribunais que tiverem suspenso os recursos no seu âmbito de atuação (art. 1.037, § 1º). Havendo mais de uma afetação, ocorrerá a prevenção do relator que primeiro tiver decidido.

No que diz respeito ao prazo de julgamento, o julgamento dos recursos repetitivos deve ocorrer dentro de 1 (um) ano, sendo que terão prioridade na tramitação, ressalvados os casos em que envolvam réu preso ou *habeas corpus*.

A redação original do CPC de 2015 previa que caso esse prazo fosse ultrapassado, a afetação e a suspensão de todos os recursos no território nacional cessariam após decorrido 1 (um) ano e os processos voltariam a correr normalmente. Ocorre que antes do CPC de 2015 entrar em vigor, esta disposição (art. 1.037, § 5º) foi revogada pela Lei nº 13.256, de 2016.

Com essa revogação, o prazo de 1 (um) ano passou a ser impróprio acarretando no consequente sobrestamento de múltiplos recursos por tempo indeterminado. Entendo que a revogação teve como objetivo de dar mais força aos precedentes, uma vez que desrespeitado o prazo, todo o trabalho tido com a seleção dos recursos e debates sobre o tema seriam desconsiderados. Todavia, deixar de aplicar qualquer medida diante do prazo extrapolado não traz qualquer alteração para o respeito ao prazo.

Para que o recurso, como um todo, não seja prejudicado por conta de um de seus pedidos ser a questão apreciada no julgamento por amostragem, o § 7º do art. 1.037 prevê a separação do julgamento para as questões não relativas ao objeto de afetação. Assim, a questão que é objeto da afetação será julgada pelo procedimento da amostragem em separado, sendo que as demais questões serão decididas posteriormente, inclusive em outro acórdão.

Conforme estudado no primeiro capítulo desse trabalho, quando os fatos relevantes do precedente não se identificarem com os do caso concreto, aplicar-se-á a técnica do *distinguishing*. Nesse sentido, o procedimento do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos previu expressamente no § 9º do art. 1.037 essa técnica, dispondo *in verbis*: “§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.” Embora o precedente ainda esteja em estágio de formação, a questão a ser decidida constitui um dos fatos relevantes a ser observado no precedente. Assim, caso o recurso apresentado não tenha ao menos essa questão, antes mesmo dele ser formado, não haverá possibilidade de aplicá-lo.

O endereçamento do requerimento de distinção dependerá da localização onde o recurso encontra-se sobrestado. Tais endereçamentos encontram-se previstos no § 10, devendo tais autoridades judiciais dar prosseguimento aos recursos em que houver sido reconhecida a distinção (§ 12). A parte recorrida também será ouvida sobre o requerimento de distinção no prazo de 05 (cinco) dias. Por ser uma decisão interlocutória, contra a decisão sobre a distinção caberá agravo de instrumento no caso de o processo estar no primeiro grau, ou agravo interno se a decisão for de relator (§ 13).

Além das medidas previstas no art. 1.037 e seus incisos, o art. 1.038 prevê outras medidas que o relator poderá tomar para ampliar o debate em torno da formação do precedente. Conforme exposto anteriormente, as medidas do § 3º e § 4º do art. 543-C do CPC/73 mantiveram-se no novo código, com algumas alterações.

No que tange às informações dos tribunais inferiores, a redação anterior continha a expressão “solicitar”. No CPC de 2015, o verbo foi trocar por “requisitar”. Em que pese muitos dicionários considerarem tais verbos como sinônimos, a praxe forense as diferencia no sentido de que o verbo “solicitar” é um pedido de favor, uma gentileza, enquanto que o verbo “requisitar” expressa uma ordem da qual o endereçado não pode se negar a cumprir. O prazo permanece sendo de 15 (quinze) dias para que as informações sejam prestadas, preferencialmente por meio eletrônico. Após a requisição, o Ministério Público será intimado para se manifestar.

Com respeito à admissão da manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a redação permaneceu quase inalterada, incluindo, apenas a possibilidade de o tribunal superior solicitar a manifestação. Salienta-se que o art. 138 do CPC de 2015 passou a prever a figura do *amicus curiae* para outras hipóteses além do controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com o art. 138, o *amicus curiae* deverá se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias contados da sua intimação. As pessoas jurídicas deverão ter representatividade adequada. Por fim, o art. 138 prevê que o *amicus curiae* não poderá interpor recursos, salvo os embargos de declaração e a apelação contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda, o relator poderá designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento no objeto da afetação. Essa previsão não constava no procedimento do CPC de 1973.

Outra alteração feita pela Lei 13.256 de 2016, antes da entrada em vigor do CPC de 2015, foi com relação ao conteúdo do acórdão. A redação original previa: “Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”. Todavia, com a alteração, foi revogado o trecho que dizia “favoráveis ou contrários”. Embora houvesse justificativas para essa alteração, por conta de eventual abuso de direito das partes, entendo que essa revogação apenas prejudica a formação do precedente.

Ora, não está aqui se falando de um procedimento comum que poderia simplesmente atrasar uma lide. Esse procedimento pode envolver o destino de milhares de recursos, pois gerará efeitos *ultra partes*.

Assim, não se pode “economizar” o debate do tema de um precedente. Esse é exatamente um dos problemas culturais em se tentar um sistema de precedente da *common law* em um sistema da *civil law*. Diante dessa alteração feita, demonstra-se o desinteresse no processo judicial em aplicar a teoria dos precedentes de forma correta, importando-se apenas na redução quantitativa de recursos distribuídos nos tribunais, as custas dos direitos de seus jurisdicionados.

Após o firmamento da tese e a publicação do acórdão paradigma, algumas medidas podem ser tomadas (art. 1.040): I) o tribunal de origem negará seguimento aos recursos sobrestados, conforme a tese firmada; II) o órgão que contrariou a tese fará o reexame do processo; III) os processos suspensos prosseguirão para a aplicação da tese; IV) caso a tese envolva prestação de serviço público, seja por concessão, permissão ou autorização, o órgão, ente ou agência reguladora responsável pela fiscalização da prestação do serviço serão comunicados.

Destaca-se que a parte poderá desistir de sua ação caso ela discuta questão que seja objeto do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, até a prolação da sentença. A desistência independe da aceitação do réu, ainda que apresentada a contestação, sendo exceção à regra geral do art. 487, § 4º. Todavia, caso o autor desista da ação após o réu ter contestado, o autor deverá pagar custas e honorários de sucumbência.

2.3 Da Improcedência Liminar do Pedido

A improcedência liminar do pedido está prevista no art. 332 do CPC de 2015. Embora essa sentença não constitua um precedente, ela se utiliza dele para impedir o início de uma lide na qual o pedido despreste um precedente judicial, sem ao menos trazer a outra parte ao processo. Assim, fortalece-se o precedente judicial com a sua utilização.

Esse instituto já tinha previsão no art. 285-A do CPC de 1973, sendo incluído pela Lei nº 11.277, de 2006. O artigo era disposto da seguinte forma:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

O objetivo da implementação do instituto era o de evitar a multiplicação de processos desnecessários em andamento, que teriam grandes chances de serem julgados improcedentes. Entretanto, a redação do art. 285-A era muito abstrata e genérica. Isso trazia diversas discussões acerca da interpretação do dispositivo¹⁷

A primeira dúvida era sobre a expressão “juízo” abranger decisões reiteradas de um juiz singular de uma vara ou não, bem como, caso a resposta fosse positiva, se ainda poderia ser aplicado o artigo na hipótese do tribunal ter julgados em sentido contrário ao do juiz singular. A segunda era com relação à possibilidade de sua aplicação parcial nos casos em que houvesse mais de um pedido. Por fim, a terceira dúvida era definir o que poderia ser considerado como “casos idênticos”, uma vez que o CPC de 1973 não dispunha de qualquer dispositivo para delimitar essa expressão.

O art. 332 do CPC de 2015 procurou solucionar essa redação genérica. Além de ter delimitado a incidência do instituto, ainda esclareceu algumas situações. Essa mudança foi muito bem-vinda, já que a improcedência liminar, caso fosse aplicada de forma arbitrária, violaria o direito constitucional do acesso à justiça.

O art. 332 alterou a expressão “matéria controvertida unicamente de direito” para “causas que dispensem a fase instrutória”. O raciocínio que se faz aqui é no sentido de que as questões fáticas são incontroversas por conta da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 341). Por conta disso é que decorre a dispensa da instrução probatória. Assim, caso o direito discutido pela parte autora não seja devido, as questões fáticas serão irrelevantes para modificar a improcedência do pedido¹⁸.

¹⁷ WOLKART, Erick Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 71-100.
¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 602.

Uma mudança importante trazida pelo novo código diz respeito à possibilidade de improcedência liminar parcial da causa. Pela redação do revogado código, a sentença deveria ser de total improcedência. Assim, se houvesse mais de um pedido na causa, sendo que um deles se enquadrasse na matéria prevista no art. 285-A, a demanda deveria continuar.

Com o novo código, passou-se a prever a possibilidade de sentença parcial do mérito no art. 356. Dessa forma, interpretando este artigo com o art. 332, que inclusive retirou a expressão “total improcedência”, demonstra-se perfeitamente possível a improcedência liminar parcial da causa¹⁹. Embora essa possibilidade não evite que o réu seja citado e que o processo tenha o regular andamento, com a produção de provas, a resolução parcial do mérito já traz benefícios para todos no processo, como a desnecessidade do réu de manifestar na contestação sobre o pedido já julgado improcedente.

A mudança mais importante que o art. 332 trouxe para o instituto foi com relação às hipóteses de cabimento. Conforme dito anteriormente, muitos questionavam a redação do art. 285-A do CPC de 1973 quanto à abrangência do termo “juízo” e da definição do que seriam “casos repetitivos”. Pois bem, nova redação passou a prever um rol dessas hipóteses que seriam considerados casos repetitivos, sendo que essas hipóteses delimitam o juízo. Essa é a redação do art. 332, *in verbis*:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I -enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II -acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III -entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV -enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1o O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2o Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3o Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4o Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Embora pouco se tenha falado sobre o tema, entende-se que as hipóteses de cabimento desse instituto são taxativas. Isso porque essa espécie de procedimento deve ser excepcional, uma vez que esse julgamento nega direito à parte autora sem que ao menos tenha dado possibilidade à ela de, por exemplo, participar de uma audiência de conciliação ou mediação (art. 334), na qual ela poderia fazer um acordo com a parte contrária. Além disso, a dispensa de instrução probatória, por si só, pode se tornar muito arbitrária na hipótese em que um juízo passe criar uma jurisprudência defensiva²⁰ com o escopo de evitar a cumulação de processos de

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 354.

20 Denomina-se jurisprudência defensiva o posicionamento dos Tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ), que coloca aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais como obstáculo para o exame de mérito dos recursos. Tal comportamento possui um propósito claro, que é desafogar as cortes diante da enorme quantidade de processos que chegam diariamente para julgamento. (FREITAS, Theonio. **O novo CPC e a jurisprudência defensiva**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4319, 29 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552>>. Acesso em: 4 jun. 2016).

sua competência. Como título exemplificativo, vale destacar o acórdão do STJ que se manifestou acerca da aplicação indevida da improcedência liminar²¹:

ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL DE SEGUNDO-SARGENTO. APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO EXMILITAR. LEIS N. 3.765/60 E N. 4.242/63. INTEGRANTE DA FEB, FAB OU MARINHA. BENEFÍCIO DE NATUREZA ASSISTENCIAL. FILHA DE QUALQUER CONDIÇÃO. INCAPACIDADE DE PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO E NÃO PERCEPÇÃO DE OUTROS VALORES DOS COFRES PÚBLICOS. FATOS NÃO ANALISADOS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS PARA A CORRETA ADEQUAÇÃO FÁTICA DO CASO CONCRETO.

1. O art. 30 da Lei n. 4.242/63, ao instituir a pensão de Segundo-Sargento, trouxe requisitos específicos -prova de que os ex-combatentes encontravam-se “incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência”, e que não percebiam “qualquer importância dos cofres públicos” -, o que acentua a natureza assistencial desse benefício, que deverá ser preenchido não apenas pelo ex-combatente, mas também por seus dependentes.

2. No caso dos autos, em nenhum momento, seja na sentença ou no acórdão, há qualquer menção a essa condição de incapacidade econômica da autora, bem como, ao não recebimento de valores provenientes dos cofres públicos.

3. A instância ordinária simplesmente ignorou a necessidade de demonstração desses requisitos. Na verdade, não houve qualquer dilação probatória, pois o magistrado inicial negou provimento sumariamente, com fulcro no art. 285-A do CPC, ao entender que, ante a ausência de dúvidas quanto ao estado de casada da autora, a matéria controvertida seria unicamente de direito.

4. Há questões fáticas de fundamental importância que precisam ser analisadas pela instância ordinária. Não se pode dizer que a autora da ação deixou de provar os fatos que lhe asseguram o direito, simplesmente porque não lhe foi conferida esta possibilidade. O processo desenvolveu-se pulando etapas; foi suprimida a fase de instrução probatória, e agora, não seria justo afirmar que a parte não provou os requisitos exigidos para a concessão do benefício.

5. Portanto, os autos devem retornar à instância ordinária, para que seja verificado se a autora preenche os requisitos para a concessão da pensão especial, nos termos do que exigido pelo art. 30 da Lei n. 4.242/63, segundo a interpretação conferida por esta Corte Superior. Agravo regimental improvido. (grifo não constante no original)

Assim, a delimitação das hipóteses é medida que se impõe necessária para evitar a utilização indevida do instituto.

De qualquer forma, consoante dispõe o art. 10 do novo código, em qualquer que seja a hipótese de aplicação do art. 332, o juiz deverá dar a parte autora oportunidade de manifestar antes de prolatar a sentença, com prazo razoável, para que ela demonstre a distinção de seu caso concreto com a súmula ou o precedente apontado pelo juiz.

Dos incisos previstos, tem-se que o inciso I e IV preveem o cabimento quando o pedido contrariar entendimento sumulado pelos tribunais, não só os superiores, mas também os locais. Já os incisos II e III trazem as hipóteses dos precedentes trazidos pelo CPC de 2015, que são o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência e o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Em comparação ao CPC de 1973, delimitou-se com o novo código que o juízo deve ser ao menos de segundo grau. Assim, qualquer possibilidade de se interpretar que “casos repetitivos” poderiam ser formados por juízes singulares é extinta.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1191537/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 17/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/SCON>> Acesso em: 4 jun. 2016.

Quanto à hipótese do § 1º do art. 332, que prevê a incidência do instituto para os casos de prescrição e decadência, o art. 487, parágrafo único, é expresso em afirmar que, para essa hipótese, não há necessidade de ser dada oportunidade às partes para que se manifestem.

Entende-se que nessa hipótese, deveria o juiz dar oportunidade para que a parte autora se manifestasse. Isso porque as vezes poderia ter alguma hipótese suspensiva ou interruptiva da prescrição que não fosse possível constar no pedido inicial. Além disso, argumenta-se que a prescrição é um direito disponível, pois renunciável conforme disposição do art. 191 do Código Civil²².

Por fim, havendo a sentença de improcedência liminar do pedido, o réu será intimado do trânsito em julgado caso a parte autora não recorra. Essa disposição configura direito do réu, pois, embora não tenha sofrido qualquer prejuízo, ele deve ter conhecimento da sentença para que possa inclusive se defender de eventual ação judicial futuramente proposta com uma demanda já transitada em julgado.

Contra a decisão de improcedência liminar, caberá apelação se atingir todos os pedidos da inicial, ou agravo de instrumento se a improcedência for parcial.

Insta salientar que, conforme disposto no § 3º do art. 332, desse recurso cabe juízo de retratação no prazo de 05 (cinco) dias. Retratando-se o juiz, o réu é citado e feito prossegue. Mantendo a sentença, o réu será citado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias. Nessas contrarrazões, por não ter se manifestado anteriormente, aplica-se aqui o princípio da concentração da defesa, na qual o réu deve alegar todas as matérias em sua defesa cabíveis, sob pena de preclusão.

Acolhendo o tribunal as razões da apelação, a sentença de improcedência liminar será anulada, devendo os autos retornar ao juízo de primeiro para que ocorra o prosseguimento do processo, não podendo o tribunal resolver o mérito, sob pena de supressão de instância.

2.4 Do Incidente de Assunção de Competência

O incidente de assunção de competência não é uma novidade trazia pelo novo código. Ele já era previsto no art. 555, § 1º do CPC de 1973. O que ocorreu com o CPC de 2015 foi o seu aprimoramento e sua apresentação em uma nova roupagem.

A sua finalidade consiste em formar um precedente judicial por intermédio de um órgão colegiado, quando uma questão de direito de grande repercussão social foi suscita em um julgamento do tribunal.

O CPC de 1973 previa do art. 476 ao art. 479 um procedimento de uniformização da jurisprudência. Durante a votação dos desembargadores, qualquer um deles, bem como a parte, nas razões do recurso, poderia solicitar que o pleno do tribunal se manifestasse acerca do entendimento de algum tema quando houvesse divergência a seu respeito quando outra turma ou câmara tivesse entendimento diverso.

Sendo a solicitação apreciada pela própria turma ou câmara, lavrava-se o acórdão, o processo ia para o presidente do tribunal, que designava a sessão de julgamento e enviava cópia do acórdão aos demais juízes do tribunal.

Instalado o pleno, caso reconhecessem a divergência, iniciava-se a votação. Cada juiz votava abertamente, expondo as razões do voto. O chefe do Ministério Público que atuava perante aquele tribunal era ouvido.

Após a votação, o julgamento votado era objeto de súmula e constituía precedente judicial do tribunal.

Assim, tinha-se que este procedimento jamais poderia uniformizar a jurisprudência de forma preventiva, apenas repressiva, e ainda, no julgamento, sendo que havia dois “juízos de admissibilidade” para constatar

²² CC. Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição

a divergência, além de exigir a presença e votação fundamentada de todos os membros do tribunal. Dessa forma, esse procedimento não se demonstrava eficaz para uniformizar a jurisprudência, já que trazia muitos empecilhos para a súmula ser formada.

A promulgação da Lei nº 10.352 de 2001 trouxe, dentre outras alterações nos recursos e na remessa necessária, a inclusão do § 1º no art. 555. O parágrafo previsto para o julgamento de apelação e de agravo continha a seguinte redação:

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Diante do procedimento de uniformização previsto anteriormente, embora esse dispositivo tenha se limitado ao recurso de apelação e agravo, ele simplificou consideravelmente o trâmite para que uma divergência jurisprudencial fosse apreciada pelo órgão colegiado. Além disso, incluiu a hipótese preventiva na assunção da competência.

Agora, com o CPC de 2015, houve algumas alterações no referido parágrafo, que tem o seu correspondente previsto no art. 947.

A primeira alteração constante no novo artigo foi a ampliação das hipóteses de incidência. O art. 555, § 1º só era aplicável em sede de apelação e agravo. Já o incidente do art. 947, além de abranger qualquer recurso, ainda inclui a remessa necessária (antes conhecido erroneamente como recurso *ex officio*) e os processos de competência originária.

Em que pese o artigo não ter previsto em quais tribunais o incidente de assunção de competência poderia ser aplicado, entende-se que ele pode ser aplicado em qualquer tribunal. Isso porque, analisando as hipóteses de cabimento da reclamação, constata-se que o § 1º do art. 988 é expresso ao afirmar que a reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal²³, até mesmo os tribunais trabalhistas²⁴. Ora, se as hipóteses dos incisos I, II e III já eram previstas somente para o STF e o STJ, as hipóteses cabíveis para os demais tribunais serão as do inciso IV, contra decisão ou ato que inobservar acórdão de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Os requisitos exigidos pelo art. 947 são três: a questão deve ser direito, e não de fato; deve haver grande repercussão social; e ausência repetição em múltiplos processos.

A questão de direito abrange tanto o direito material quanto processual²⁵. Além de não haver limitação expressa, a própria utilização do termo “grande repercussão social” seria antagônica, pois a maioria das repercussões sociais são decorrentes de direitos materiais,

A repercussão social deve compreendida em seu sentido amplo, envolvendo aspectos jurídicos, políticos e econômicos²⁶, como por exemplo, a questão a respeito de qual índice de correção será aplicado para os valores do depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Por uma questão lógica, a exclusão expressa dos múltiplos processos permite que o incidente de assunção de competência tenha um procedimento mais célere e simples, já que foram criados procedimentos próprios para essas hipóteses, sendo o do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

²³ Nesse sendo o Enunciado 468 do Fórum Permanentes de Processualistas Civis (FPPC) afirma: “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal”.

²⁴ Enunciado 335 do FPPC: o incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho.

²⁵ Enunciado 600 do FPPC: o incidente de assunção de competência pode ter por objeto a solução de relevante questão de direito material ou processual.

²⁶ Enunciado 469: a “grande repercussão social”, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política;

Assim, o incidente de assunção de competência poderá se concentrar especialmente nas hipóteses de prevenção das repercussões, sendo tal finalidade expressa no § 4º do art. 947.

A legitimidade para requerer o incidente está prevista no § 1º do art. 947, sendo do relator, da parte, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

No que tange ao Ministério Público, é importante ressaltar que este deverá obrigatoriamente ser intimado²⁷, nos moldes do art. 178, inciso I do CPC de 2015, pois se presume que o interesse público ou social esteja envolvido na “grande repercussão social”.

Já a legitimidade da Defensoria Pública está vinculada ao envolvimento de seus assistidos na “grande repercussão geral”, ainda que de forma parcial.

Assim, após o requerimento dos legitimados ou da propositura de ofício pelo relator, o órgão colegiado responsável por uniformizar a jurisprudência, o órgão fará o juízo de admissibilidade para reconhecer o interesse público e os demais requisitos do *caput* do art. 947.

O procedimento a ser seguido por cada tribunal no incidente será regulamento pelo seu próprio regimento interno. Assim, após a prolação do acórdão, a tese vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão (art. 947, § 3º). Esta disposição também se aplica para os tribunais regionais do trabalho²⁸.

Dessa forma, o precedente será formado e aplicado em toda a área de jurisdição que o tribunal atinja. Caso os juízes e órgãos fracionários pratiquem atos ou prolatem decisões contrárias à tese firmada, caberá reclamação (art. 988, inciso IV).

2.5 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O novo sistema de precedentes judiciais do CPC de 2015 trouxe consigo um mecanismo formador de precedente inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O IRDR é o incidente utilizado para julgar litígios repetitivos sobre questões unicamente de direito, que possam trazer risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O risco baseia-se no julgamento de processos que discutem a mesma questão terem decisões distintas. Seu procedimento é previsto nos artigos 976 e seguintes do CPC de 2015. Por respeitar em seu procedimento o debate da questão de forma ampla e transparente, o acórdão proferido em sede do IRDR será considerada um precedente judicial, conforme disposição expressa do art. 988, IV, que trata do cabimento da reclamação quando não observado o precedente do IRDR.

Em que pese o IRDR ser uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, referido mecanismo de solução coletiva de conflitos já existe em diversos países, sendo que inclusive foi inspirado no procedimento previsto na Alemanha, o *Musterverfahren* (§ 93 do Código de Processo Civil Alemão-ZPO)²⁹.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Multidistrict Litigation Panel* foi criado em 1968, com o objetivo de que questões de fato comuns em diferentes estados fossem transferidas para um único estado, com julgamentos coordenados ou consolidados³⁰.

Todavia, ao contrário do que ocorre nos países estrangeiros, o IRDR decidiu abranger questões unicamente de direito, não sendo possível utilizá-lo para uniformizar decisões acerca de questões de fato.

27 Enunciado 467 do FPPC: o Ministério Público deve ser obrigatoriamente intimado no incidente de assunção de competência;

28 Enunciado 167 do FPPC: os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de suas próprias súmulas de competência ou de resolução de demandas repetitivas.

29 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 870.

30 United States Judicial Panel on Multidistrict Litigation. Disponível em: <<http://www.jpml.uscourts.gov/panelinfo/overview-panel>> Acesso em 09 mar. 2016.

Para que o incidente seja aceito, o código exige como requisito o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Entretanto tal requisito apresenta-se com termos vagos, possibilitando diferentes interpretações acerca de sua incidência.

A ofensa à isonomia pode ser considerada nos casos em duas questões idênticas são julgadas de forma diversa. Assim, o principal diferencial para o enquadramento do incidente reside na ofensa à segurança jurídica. Além de existir controvérsia no julgamento sobre uma mesma questão de direito, esta deve causar desconfiança, instabilidade e descrença da população com relação aos órgãos estatais e o sistema de justiça. Dessa forma, exclui-se deste requisito as controvérsias que ainda sejam recentes, sem que tenha ocorrido o devido debate com a apresentação exaustiva dos argumentos de cada posição. Além disso, é importante ressaltar que o incidente não será cabível nos casos em haja potencial repetição de processos, ou seja, deve haver grande quantidade de processos repetitivos em trâmite no momento da propositura do incidente.

Se tais requisitos não estiverem presentes e forem inadmitidos, nada impede que posteriormente seja proposto novamente (art. 976, § 3º).

O incidente é autônomo, conforme dispõe o § 1º do art. 976 do CPC de 2015, pois seu mérito não será impedido de ser examinado no caso de desistência ou de abandono. Isso porque o incidente não diz respeito somente às partes, mas toda sociedade que será afetada com o precedente, tanto que não há exigência de custas processuais. Além disso, o incidente está protegido pelo princípio da segurança jurídica. Nessa hipótese de desistência ou abandono, o Ministério Público assumirá a titularidade. Caso o Ministério Público não seja o requerente do incidente, atuará obrigatoriamente nele como fiscal da lei.

A legitimidade para a propositura do incidente está prevista no art. 977 do CPC de 2015. São eles: o juiz ou relator, que farão o requerimento de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, sendo os três últimos deverão fazê-lo por petição. Acerca da legitimidade das duas instituições, a legitimidade do Ministério Público é prevista no art. 127 da Constituição Federal, uma vez que a formação de um precedente está incluída na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais. Todavia, quanto à legitimidade da Defensoria Pública, defende-se que esta só estaria legitimada a requerer o incidente quando este pudesse afetar de alguma forma o interesse os necessitados, nos moldes de função institucional prevista no art. 134 da Constituição Federal. Sobre o tema importante destacar o recente julgamento da ADI 3943³¹, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas, mas a restringiu para os casos compatíveis com as funções institucionais. Assim, tendo como referência este julgado, entende-se que a Defensoria Pública é legitimada desde que haja interesse de pessoas hipossuficientes no precedente, ainda que não envolva somente interesse destes.

No que concerne à competência para julgar o incidente, o pedido será dirigido ao presidente do tribunal e o julgamento caberá ao órgão responsável pela uniformização da jurisprudência, de acordo com o regime interno de cada tribunal. Esse mesmo órgão estará prevento para o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente.

A publicidade e a divulgação da instauração e do julgamento do incidente serão amplas e específicas por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Este registro deverá ser alimentado pelos tribunais. Se a finalidade do incidente é trazer segurança jurídica e isonomia para todos, ele deve ser de fácil acesso para que os interessados em seu julgamento, permitindo inclusive que outras pessoas possam contribuir para a formação do precedente. O CPC de 2015 procurou detalhar melhor as ementas dos julgados do IRDR. Isso porque exigiu que o registro de cada incidente tivesse, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos relacionados a decisão. Assim, estando a *ratio decidendi* do precedente formado no IRDR exposta dessa forma, facilitará a aplicação do precedente.

O IRDR deverá ser julgado no prazo de 01 (um) ano e terá preferência sobre os demais processos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedidos de *habeas corpus*. Isso porque, como será visto adiante, o

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3943, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, Acórdão Eletrônico DJe-154 Divulg 05-08-2015 Public 06-08-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 1 jun. 2016

incidente suspende os processos em que se discutam a questão envolvida. Com efeito, o legislador entendeu que o prazo de 01 (um) ano seria razoável para que as partes esperassem o julgamento que formará um precedente. Todavia, caso o prazo não seja observado, a suspensão dos processos cessará, salvo se o relator fundamentar a necessidade de prorrogação do prazo.

Sobre o juízo de admissibilidade, importante destacar que, ao contrário do que ocorre no procedimento comum (art. 932, III, do CPC de 2015), ele será feito pelo órgão colegiado indicado no regimento interno, e não pelo relator de forma monocrática.

Após a admissão do incidente, o relator suspenderá todos os processos em trâmite na área de abrangência do tribunal (estadual ou regional), sejam eles individuais ou coletivos. Essa suspensão poderá ser estendida para todo o território nacional por meio de requerimento dirigido ao STJ ou ao STF, dependendo da matéria do incidente ser constitucional ou federal infraconstitucional. Ressalta-se que qualquer das partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou terceiro que tenha seu processo afetado fora da competência territorial do incidente são legitimados para requerer o efeito expansivo da suspensão. A suspensão cessará caso não seja interposto recurso especial ou extraordinário contra o julgamento do incidente, além das hipóteses de ter decorrido mais de 01 (ano) ou da decisão que estender esse prazo. Durante o prazo de suspensão, a apreciação dos pedidos de tutela provisória caberá ao juízo originário da demanda. A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

Ademais, o relator intimará o Ministério Público para manifestação, caso deseje, bem como poderá requisitar informações ao órgão abrangidos pelo juízo competente do incidente, devendo a manifestação e a prestação serem feitas no prazo de 15 dias.

Juraci Mourão Lopes Filho defende que o precedente deve ter uma estrutura sistêmica em rede, sendo que cada integrante da rede jurídica possui mútuos fundamentos de validade³². Assim, a formação do precedente não deve se limitar à decisão do órgão ou do argumento das partes. Nesse sentido, o art. 983 do CPC de 2015 possibilitou no IRDR que pessoas, órgãos e entidades que tiverem interesse na controvérsia possam se manifestar por meio de juntada de documentos e diligências necessárias para a elucidação da controvérsia no prazo de 15 (quinze) dias, bem como o relator poderá designar audiência pública para ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Trata-se da figura do *amicus curiae*, que auxiliará o tribunal com fundamentos para decidir a controvérsia. Após estes procedimentos, o Ministério Público se manifestará no prazo de 15 (quinze) dias e o relator designará data para o julgamento do incidente.

O julgamento do incidente ocorrerá em etapas. No primeiro momento, o relator fará a exposição do objeto discutido no incidente. Em seguida, o autor, o réu e o Ministério Público terão sucessivamente o prazo de 30 (trinta) minutos para sustentar suas razões. Outrossim, os demais interessados também poderão realizar a sustentação oral, como regra, pelo mesmo prazo de 30 (trinta) minutos dividido entre todos. Dependendo do número de inscritos esse prazo poderá ser ampliado. Ressalta-se que os interessados deverão ter se inscrito no julgamento do processo com, no mínimo, 2 (dois) dias de antecedência.

No que concerne à fundamentação do acórdão do incidente, o § 2º do art. 984 do CPC de 2015 demonstrou preocupação na formação da *ratio decidendi* do precedente do incidente, pois passou a prever que no conteúdo do incidente deverão ser analisados todos os fundamentos expostos pelos seus participantes relacionados à tese discutida, favoráveis ou contrários. Assim, a intenção é que a maior quantidade possível de divergências acerca da aplicação daquela tese sejam suscitadas e decididas, tanto para manter a força do precedente quanto para dar legitimidade ao precedente, uma vez que todos que tinham interesse no julgamento tiveram a oportunidade de se manifestar.

A tese jurídica firmada no incidente traz efeitos imediatos e futuros. Ela será aplicada para todos os processos, individuais ou coletivos, em trâmite na área de jurisdição do tribunal, incluindo-se os juizados especiais. Além dos processos em trâmite, a tese será igualmente aplicada para casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito na área de competência do tribunal, salvo se houver revisão da tese (art. 986 do CPC de 2015).

32 LOPES FILHO, Juraci Mourão. *op.cit.* p. 165

Ainda, caso a tese jurídica trate sobre prestação de serviços, os órgãos, entes ou agências reguladoras responsáveis pela sua fiscalização serão comunicados acerca da decisão, para que possam tomar as medidas necessárias para a aplicação do precedente. Nesse caso, por exemplo, a agência reguladora poderia editar instrução normativa no sentido da tese firmada.

Contra ato ou decisão que não observar a tese jurídica fixada no IRDR será cabível reclamação (art. 988, IV do CPC de 2015) até o trânsito em julgado da decisão reclamada³³.

É possível a aplicação da técnica de superação de precedente conhecida como *overruling*, no IRDR. Isso se dará por meio da revisão da tese jurídica, que será de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, apresentado para o mesmo tribunal que firmou a tese do incidente. Observa-se que o art. 986 não legitimou as partes e nem o *amicus curiae* para requerer a revisão, embora o novo código tenha previsto sua participação na alteração da tese. José Miguel Garcia Medina³⁴ sustenta que referido artigo não impede que as partes a requeiram, até mesmo porque estas poderiam provocar o juiz para proceder de ofício a revisão.

Embora o incidente não tenha um pedido, inclusive porque a desistência ou abandono do processo não impede seu exame de mérito, é cabível o recurso extraordinário ou especial contra a tese jurídica fixada. Ressalta-se que contra esta decisão, o *amicus curiae* possui legitimidade recursal expressa no art. 138, § 3º do CPC de 2015. Conforme explanado anteriormente, caso não seja interposto o recurso extraordinário ou especial, cessa a suspensão de todos os processos em trâmite na área de competência do tribunal com questões idênticas à discutida na tese jurídica do incidente. Todavia, a suspensão permanecerá caso seja interposto, uma vez que o recurso possui efeito suspensivo. Com a apreciação do mérito do recurso, a tese jurídica passa a ter aplicação em todo o território nacional, e não mais somente na área de competência do tribunal que julgou originariamente o incidente.

2.6 Da Reclamação do CPC de 2015

O novo sistema de precedentes judiciais do CPC de 2015 ampliou o alcance da reclamação constitucional, que está prevista no art. 102, inciso I, alínea “l” e no art. 105, inciso I, alínea “f”, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, com a Ementa Constitucional nº 45 de 2004, seu cabimento foi incluído contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariasse súmula vinculante (art. 103-A, § 3º).

Sobre a sua evolução histórica, importante trazer as lições de José da Silva Pacheco, citadas por Gilmar Ferreira Mendes³⁵, que as divide em 4 (quatro) fases:

1º) a primeira vai desde a criação do STF até 1957; 2º) a segunda começa em 1957, com a inserção da medida no RISTF, até 1967; 3º) a terceira, a partir do disposto na CF de 1967, art. 115, parágrafo único, c, que foi reproduzido na EC 1/69, art. 120, parágrafo único, c e, posteriormente, após a EC 7, de 13.477, com o disposto no art. 119, I, o, sobre a advocatária, e no § 3º, c, autorizando que o RISTF estabelecesse ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal’; 4º) a quarta, com o advento da CF de 5.10.88, cujos arts. 102, I, l, e 105, I, f, preveem, expressamente, a reclamação como competência originária do STF e do STJ.

A reclamação tinha seu procedimento regulado pelos art. 13 a 18 da Lei nº 8.038/90. O STF e o STJ eram os únicos tribunais para os quais a reclamação era cabível. A reclamação era cabível somente para preservar a competência desses Tribunais ou garantir a autoridade das suas decisões.

Todavia, o CPC de 2015 passou a prever o procedimento da reclamação e revogou o capítulo constante na Lei 8.038/90. O novo código dispõe desse procedimento do art. 988 ao art. 993. Dentre as alterações de seu cabimento está a inclusão expressa para observância de decisão do STF em controle concentrado de

33 Art. 988, § 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)..

34 MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.* p. 875.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1351.

constitucionalidade, bem como a sua extensão para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidentes de assunção de competência.

Diante dessa alteração, denota-se que houve uma expansão das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal de 1988 feita por lei ordinária. Assim, há que defenda a inconstitucionalidade da mudança trazida pelo CPC de 2015, pois a considera como criação de um inadmissível atalho processual³⁶. Assim, a mudança quanto às hipóteses de cabimento deveria ser feita por meio de emenda constitucional.

No que tange à natureza jurídica, esclarece-se desde já que o tema nunca foi pacífico na doutrina e na jurisprudência. Para ilustrar essa divergência, transcreve-se a ementa da Reclamação nº 336, tendo como relator o Ministro Celso de Mello³⁷:

RECLAMAÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - ALEGADO DESRESPEITO A AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF - INOCORRENCIA - MPROCEDENCIA. -A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe de ação (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonca Lima, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, "apud" Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, "A Correição Parcial", p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) -configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "l") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f"). -Não constitui ato ofensivo a autoridade de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal o procedimento de magistrado inferior que, motivado pela existência de varias execuções penais ainda em curso, referentes a outras condenações não desconstituídas pelo "writ", deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por "habeas corpus" concedido, em caso diverso e específico, por esta Corte.

Dentre os julgados mais recentes do STF, o Ministro Luiz Fux manifestou-se no sentido da natureza jurídica ser de ação constitucional³⁸. Com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, o posicionamento recente desse ministro parece ser o mais adequado.

Antônio Pereira Gaio Júnior reforça essa ideia ao trazer diversos argumentos que demonstram a impossibilidade da reclamação ter a natureza de um recurso. Entre eles, destacam-se que a reclamação não serve para alterar o direito material presente no ato impugnado, que ela não observa todos os pressupostos recursais, como a sucumbência, a reversibilidade e a tempestividade, bem como que há necessidade do instrumento correr em outra relação jurídica processual³⁹.

Ressalta-se, nesse sentido, que o próprio § 3º do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 dispensa a existência de processo judicial ao prever o cabimento da reclamação contra ato administrativo que contrariar súmula vinculante. Assim não há que se falar em recurso ou incidente processual.

Enriquecendo o debate acerca do tema, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁴⁰ expõe as razões pelas quais a reclamação não pode ser considerada como direito de petição. Sendo esta uma medida administrativa, não há como justificar algumas características de natureza jurisdicional, tais como o cabimento de recursos contra

36 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 430-431.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 336, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1990, Dj 15-03-1991 Pp-02644 Ement Vol-01612-01 Pp-00007 RTJ Vol-00134-03 Pp-01033. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 1 jun. 2016

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1728 CumpSent, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, Acórdão Eletrônico DJe-072 Divulg 15-04-2016 Public 18-04-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 1 jun. 2016

39 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coordenadores) ... [et al.] Salvador: Juspodivm, 2015. p. 607-632.

40 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 438-439.

a reclamação, a necessidade de capacidade postulatória para sua utilização, a possibilidade de ser usada contra atos do Poder Executivo e de reformar decisões judiciais, bem como a possibilidade de valer-se das tutelas de urgências em seus processos.

Assim, pela via exclusão, a reclamação se enquadra melhor com a natureza jurídica de ação. Além disso, é importante ressaltar que a reclamação possui os três elementos da ação: as partes, que seriam o reclamante e o reclamado; a causa de pedir, que seria a usurpação de competência ou a inobservância das decisões do tribunal; e o pedido, que seria a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial reclamada.

No que diz respeito à legitimidade ativa, o *caput* do art. 988 do CPC de 2015 prevê como legitimados a parte interessada e o Ministério Público. Ressalta-se que, com relação à parte interessada, após o julgamento da Reclamação nº 1.880 em 2002, o STF passou a reconhecer a legitimidade ativa de todos que comprovem prejuízos oriundos de decisões do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os níveis, em sentido contrário ao do julgado⁴¹. Quanto à legitimidade ativa do Ministério Público, o STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público Estadual para propor a ação de reclamação diretamente perante o STF, na Reclamação nº 15.028, de 2014⁴².

Quanto à legitimidade passiva, será da autoridade jurisdicional ou administrativa que inobservar a competência ou os julgados com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

O art. 988 prevê as seguintes hipóteses de cabimento, sendo para: preservar a competência do tribunal; garantir a autoridade das decisões do tribunal; garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Importante ressaltar que a reclamação poderá ser proposta perante qualquer tribunal, conforme § 1º do art. 988, inclusive os tribunais de segunda instância.

Antes de se estudar quais situações práticas estão englobadas nas hipóteses dos incisos do art. 988, vale destacar que o § 5º inadmite o uso da reclamação após o trânsito em julgado da decisão reclamada⁴³, bem como para garantir a observância de acórdão antes de esgotadas as instâncias ordinárias nos casos de recursos extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

Assim, a primeira hipótese diz respeito à preservação de competência do tribunal. A jurisprudência do STF, apontada por Antônio Pereira Gaio Júnior⁴⁴ nos permite elencar algumas situações decididas em sede de Agravo de Instrumento. Dessa forma, a reclamação é cabível contra: a) decisão pelo juízo de primeiro grau que julga validade de lei em tese; b) a ausência de remessa de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de recurso extraordinário ou especial; c) o juízo de admissibilidade pelo tribunal de segunda instância que nega seguimento ao agravo de instrumento, ainda que este seja intempestivo ou deserto;

Ainda, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁵ incluem as situações envolvendo a demora injustificada para o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial, a inobservância de remissão do processo ao STF nos casos de suspeição por mais da metade dos membros do tribunal, bem como nos casos em que o juízo de primeira instância suspende a execução de decisão com coisa julgada constituída, diante de ação rescisória em trâmite, sem que tenha sido apreciada a liminar.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, Dj 19-03-2004 Pp-00017 Ement Vol-02144-02 Pp-00284. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 2 jun. 2016.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 15028, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 13/02/2014, publicado em Processo Eletrônico DJe-033 Divulg 17/02/2014 Public 18/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 3 jun.2016.

43 Esta hipótese já era aplicada antes da promulgação do CPC de 2015, pois era entendimento sumulado pelo STF. Nesse sentido, a Súmula 734 dispõe: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.”

44 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op. Cit.*. p. 607-632.

45 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 541-543.

Diante da inclusão do cabimento da reclamação contra decisões dos tribunais locais ou regionais, Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁶ cita o possível cabimento do instituto contra decisão do juízo de primeiro grau que deixa de receber apelação manifestamente inadmissível.

Quanto à hipótese de garantir a autoridade das decisões do tribunal, é importante trazer à tona a discussão referente ao cabimento do recurso especial contra decisão proferida pelas turmas recursais nos Juizados Especiais Estaduais.

Em decorrência de terminologias constitucionais distintas, o cabimento do recurso extraordinário está previsto para as causas decididas em última ou única instância, enquanto que o cabimento do recurso especial está delimitado somente para causas decididas em última ou única instância dos Tribunais Regionais Federais, tribunais do Estado, do Distrito Federal e Territórios. Assim, ante a ausência de previsão legal para as turmas recursais, não caberá recurso especial. Esse entendimento foi sumulado pelo STJ na Súmula nº 203, que dispõe: “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”.

Assim, diante da impossibilidade de se interpor recurso especial contra decisão de turma recursal que fosse contrário a entendimento já pacificado no STJ, esse Tribunal passou a prever a o cabimento de reclamação contra as decisões que afrontassem jurisprudência do STJ pacificada em recurso repetitivo, violassem súmula do STJ, ou fossem teratológicas, por meio da edição da Resolução nº 12 /2009.

Ocorre que com a vigência do CPC de 2015, o STJ editou a Resolução STJ/GP nº 3 de 7 de abril de 2016⁴⁷, revogando a Resolução nº 12/2009, delegando a competência aos tribunais de justiça para processar e julgar as reclamações contra a autoridade das decisões do STJ que forem proferidas pelas turmas recursais. Assim dispõe seu art. 1º:

Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Em que pese o STJ não ter mais condições para suportar a quantidade de recursos distribuídos⁴⁸, entendo que a edição da Resolução de 2016 é notavelmente inconstitucional. Isso porque só o ato de criar competência para os tribunais dos estados por meio de resolução já viola o art. 125 da CF, § 1º, que dispõe que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado. Além disso, não há subordinação entre o STJ e os tribunais de justiça, razão pela qual a resolução viola também a autonomia e poder de autogoverno dos Tribunais de Justiça.

Esse novo procedimento da reclamação para esse caso em específico abriu agora a possibilidade de as partes levarem seu processo que seguiu o rito dos Juizados Especiais Estaduais para o STJ, por meio de recurso especial, no caso do Tribunal de Justiça manter a decisão da Turma Recursal, conforme defende Márcio André Lopes Cavalcante⁴⁹.

Superada essa situação referente à reclamação contra decisão da Turma Recursal contrária a entendimento pacificado no STJ, é importante ressaltar que a reclamação não serve para substituir recursos próprios, quando estes forem cabíveis.

Uma das hipóteses do inciso III do art. 988 tem previsão constitucional no § 3º do art. 103A da Carta Magna, que dispõe:

46 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.* p. 1554.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99321>> Acesso em: 2 jun. 2016 .

48 No relatório estatístico de 2015 do STJ, consta a informação de que foram distribuídos 332.905 no ano de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>> Acesso em 2 jun. 2016.

49 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Resolução 03/2016 do STJ e o fim das reclamações oriundas dos juizados especiais estaduais**. Disponível em: <<http://www.dizerdireito.com.br/2016/04/resolucao-032016-do-stje-o-fim-das.html>> Acesso em 2 jun. 2016.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Assim, a previsão constitucional já explana quais são os possíveis pedidos que podem ser atendidos com a reclamação, bem como distingue a súmula vinculante das demais súmulas com caráter meramente persuasivo.

A hipótese de cabimento em sede de controle concentrado, mesmo sem ter sua previsão legal, já era aceita pelo STF com a jurisprudência pacificada. Nesse sentido, vale destacar a redação do Informativo STF nº 739, de 17 a 21 de março de 2014⁵⁰:

(...) O relator afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluíra relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, de maneira que seria cabível a reclamação para todos os que comprovassem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante “erga omnes” das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. (...)

Assim, o novo código apenas consolidou o entendimento jurisprudencial já pacificado.

Salienta-se que os efeitos das súmulas vinculantes e das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo⁵¹. Isso porque impedir a criação de novas leis com base em entendimentos firmados pelo Poder Judiciário violaria o princípio da separação dos poderes, já que um poder estaria impedindo o outro de exercer sua função típica. Todavia, em ambas as hipóteses, será possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Outrossim, o art. 7º, § 1º da Lei nº 11.417 de 2006 condiciona o uso da reclamação que contrariaria, nega vigência ou aplica indevidamente o enunciado de súmula vinculante ao esgotamento das vias administrativas. Essa disposição serve para ressaltar que a reclamação não deve ser utilizada como atalho processual ou administrativo para obtenção de direito firmado em precedente do STF. Além disso, nada impede que o interessado se utilize do mandado de segurança.

A principal mudança de cabimento da reclamação veio com o inciso IV do art. 988 do CPC de 2015, que estendeu o seu alcance para tribunais de segunda instância, garantindo a observância de seus precedentes formados pelo julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Essa novidade permite que os tribunais de segunda instância passem estabilizar sua jurisprudência. Embora ainda não se tenha uma base jurisprudencial para poder dissertar sobre os efeitos do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como do incidente de assunção de competência, acredita-se que a quantidade de demandas judiciais e de recursos será reduzida drasticamente nos próximos anos.

Isso porque com um entendimento consolidado de um tribunal, a sociedade já terá a previsibilidade do resultado da demanda antes de propor a ação.

O § 4º do art. 988 ressalta que a reclamação será cabível nas duas últimas hipóteses quando houver aplicação indevida do precedente, ou quando não houver sua aplicação no caso correspondente. Salienta-se que nesse último caso, o juiz deverá se manifestar expressamente acerca das razões pelas quais deixou de aplicar o precedente.

Por fim, importante esclarecer que a reclamação não será cabível nas hipóteses em que o juiz se omitir em aplicar o precedente na decisão judicial, mas sim embargos de declaração. Essa hipótese está prevista no parágrafo único, inciso I do art. 1.022 do CPC de 2015, que prevê o cabimento dos embargos de declaração e

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>> Acesso em 2 jun. 2016

51 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2006.

considera omissa a decisão de que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Encerrada a discussão sobre as hipóteses de cabimento, resta fazer a análise acerca de seu procedimento.

A reclamação será dirigida ao Presidente do Tribunal e será instruída com prova documental, devendo ser autuada, sempre que possível, ao relator do processo principal. Assim, de modo semelhante ao mandado de segurança, o reclamante deverá juntar na petição inicial a prova inequívoca do descumprimento da tese firmada, como por exemplo, a cópia do acórdão em que foi firmado precedente e a da decisão impugnada em sentido contrário ao precedente. Salienta-se que na hipótese de recursos extraordinário e especial repetitivos, o reclamante deverá também fazer prova do esgotamento das instâncias ordinárias.

No ato de despacho, o relator tomará as seguintes providências: requisitará informações à autoridade que inobservou a tese firmada pelo tribunal, sendo estas prestadas no prazo de 10 (dez) dias; poderá conceder a tutela provisória de urgência, suspendendo o processo ou o ato impugnado, com o fim de evitar dano irreparável; determinará a citação da parte contrária beneficiada com a decisão reclamada, para que apresente contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

Ainda, embora não haja previsão expressa no art. 989 da concessão de tutela provisória de evidência, entende-se possível a sua concessão na reclamação. O primeiro argumento é que, diante da necessidade de prova pré-constituída para a propositura da ação, atende-se o requisito disposto no art. 311, inciso II do novo código: “*II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*”. Além disso, se a reclamação foi criada com o intuito de exercer coercitivamente o respeito ao precedente, a concessão da tutela de evidência reforça a sua finalidade.

Além do beneficiário, qualquer interessado pode impugnar o pedido do reclamante, conforme disposição do art. 990. Ressalta-se que o termo “interessado” abrange qualquer pessoa que poderá ser afetada juridicamente com o julgamento da reclamação. Elpídio Donizetti⁵² ainda defende a abrangência do termo para incluir a manifestação do *amicus curiae*, caso estejam presentes todos os requisitos previstos no art. 138 do CPC de 2015.

Quanto ao prazo de ajuizamento, a reclamação pode ser proposta até o trânsito em julgado da decisão impugnada, por expressa previsão do art. 988, § 5º. Após esse prazo, a reclamação serviria como substituta da ação rescisória.

Decorrido o prazo de 10 dias para a autoridade prestar informações e os 15 dias para o beneficiário apresentar contestação, o Ministério Público, na condição de *custos legis* ou fiscal da lei, terá vista do processo pelo prazo de 05 dias. Ressalta-se que como *custos legis*, somente o Ministério Público Federal pode atuar perante o STF e o STJ, inclusive manifestando-se em sentido contrário ao Ministério Público Estadual no caso deste ser parte.

Após, sendo a reclamação procedente, o tribunal cassará a decisão que desrespeito o seu precedente ou a sua competência, ou anulará o ato administrativo, determinando a solução adequada. No caso de ato praticado pela Administração Pública, vale destacar que a procedência da reclamação será cientificada ao reclamado e ao órgão competente, para que estes adéquem as suas futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de serem responsabilizados nas esferas cível, administrativa e penal (art. 64-B da Lei nº 9.784/99).

Julgada a reclamação, o presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, sendo lavrado posteriormente.

Tratando-se ainda do aspecto procedimental, o STJ já decidiu na Reclamação nº 12.062 que a reclamação pode ser submetida ao procedimento para julgar recursos repetitivos (art. 543-C do CPC de 1973),

52 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC. Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1281-1282.

por analogia⁵³. Com o novo procedimento previsto do art. 1.036 ao art. 1.041, embora o CPC de 2015 não tenha previsto expressamente, entende-se ainda possível realizar o julgamento de reclamações repetitivas mediante seleção de reclamações representativas.

3. DESAFIOS AO PRECEDENTE NO CPC DE 2015

O Brasil sempre foi um país no qual o sistema jurídico era filiado ao sistema da *civil law*, que é calcado na positivação, que considera a lei como fonte primária do ordenamento jurídico. A ideia presente no CPC de 2015 foi tentar trazer um pouco do sistema da *common law*, que tem como principal fonte os costumes, reproduzidos pelos precedentes dos tribunais. Assim, o novo código procura fortalecer a jurisprudência por intermédio da criação de um sistema de precedentes.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano⁵⁴ sintetiza os traços essenciais da *common law* em seu aspecto jurisprudencial:

a) Efeito vinculativo das decisões: os tribunais inferiores estão obrigados a acolher os entendimentos emanados das cortes superiores, as quais também se obrigam por suas próprias decisões.

b) Importância da decisão judicial por si só: toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte a ser levado em consideração na atividade judicante, podendo ser adotada como fundamento do magistrado no seu decidir.

c) Construção jurisprudencial da doutrina jurídica: o elemento vinculativo do precedente não é, porém, a sua conclusão, mas sim as suas razões de decidir (ratio decidendi), entendidas como princípio geral de direito tomado como premissa para fundamentar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão.

d) Perpetuidade do precedente: a ratio decidendi nunca perde sua vigência, ainda que os anos a tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas, podendo ser invocada desde que se demonstre a sua utilidade para o caso.

Ocorre que, em que pese a louvável atitude dos estudiosos que conseguiram levar o projeto adiante até a sua conversão em lei, existem diversas consequências que podem prejudicar o sistema judiciário com essa tentativa de criar uma cultura de precedente.

A primeira delas se inicia na diferença entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. É certo que, em um mundo globalizado, haverá influências recíprocas entre ambos e os avanços nos sistemas judiciais de alguns países merecem ser reproduzidos em outros.

Todavia, não se pode deixar de levar em consideração os costumes, crenças e padrões de comportamento de uma região ao tentar aplicar uma ideia que funciona bem em outra. Assim, serão apresentados alguns vícios que o sistema brasileiro já apresenta no aspecto jurisprudencial e as suas possíveis consequências.

Conforme relatado nas alterações com o novo código, constatou-se que o sistema judicial brasileiro ainda tem muitas condutas a serem alteradas antes que se possa tentar incluir um sistema da *common law*.

O primeiro desafio que se tem na aplicação do precedente no Brasil inicia-se com a cultura positivista jurídica brasileira de prever em legislação o precedente. O precedente é uma decisão judicial complexa que dependerá da aplicação de um raciocínio lógico a um caso concreto com o fim de solucionar o litígio das partes. Assim, jamais haverá uma legislação perfeita que consiga prever com exatidão o procedimento de sua legislação. O que a lei pode fazer é impor limites à discricionariedade do juiz ao julgar o precedente, o que também se não for feito de forma adequada, poderá negar para a população o acesso à justiça.

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 3 jun.2016.

54 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75-76, v. 1.

Outro aspecto brasileiro que dificulta a aplicação do precedente no sistema processual brasileiro é o desrespeito às decisões judiciais por parte de seu jurisdicionado e a ausência de consenso entre juízes de um mesmo tribunal. Os países que possuem o sistema da *common law* costumam ter muito mais respeito pelas decisões judiciais firmadas pelas suas cortes, seja o jurisdicionado, seja seus juízes. No Brasil, o desrespeito não só das decisões judiciais, mas das próprias leis escritas faz com que as leis tenham que prever algum mecanismo de sanção ou ônus para que se respeite o ordenamento jurídico. Em que pese o novo código tenha feito um ótimo trabalho acerca do mecanismo da reclamação, entendo que este não será suficiente para reformar a cultura de desrespeito às decisões judiciais brasileiras.

Outro fator preocupante veio agravado com a Lei nº 13.256 de 2016 que, antes do novo código entrar em vigor, já passou a suprimir importantes previsões que contribuiriam para o debate amplo e contraditório na formação de um precedente. Dessa forma, denota-se um descaso do Poder Judiciário em solicitar esse tipo de reforma aos parlamentares, pois demonstra a intenção de utilizar o precedente, não como uma forma de garantir isonomia ao jurisdicionado e fortalecer a previsibilidade do resultado de sua demanda, mas somente como uma forma de reduzir a quantidade de processos judiciais e, conseqüentemente, de seus julgamentos.

Esse descaso pode acarretar conseqüências graves para o jurisdicionado brasileiro, sobretudo após a demonstração pelo Poder Judiciário do artifício da jurisprudência defensiva, na qual se criam entendimentos com o mero fim de reduzir a quantidade de recursos ou processos que deveriam julgar. Transferindo-se a jurisprudência defensiva para o precedente, múltiplas lides poderão deixar de serem julgadas de forma muito mais simplificada. Além disso, o descaso faria com que a formação do precedente não ocorresse de forma correta, envolvendo lides futuras que poderiam ser prejudicadas com isso.

Feitas essas considerações, não há como se prever como o Brasil receberá esse novo sistema do precedente. As preocupações foram expostas de acordo com os hábitos já observados no sistema processual brasileiro. Todavia, diante de todos os benefícios que esse novo sistema poderá trazer para a justiça brasileira, pode ser que este seja um novo marco histórico na prolação das sentenças judiciais brasileiras.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo compreender as mudanças que ocorreram no sistema processual brasileiro após a vigência da Lei 13.105 de 2015, no que diz respeito ao sistema de precedentes judiciais. A lei também é denominada de Novo Código de Processo Civil, pois revogou a Lei 5.869/73.

Como dito anteriormente, o sistema dos precedentes judiciais busca garantir a isonomia no julgamento de demandas idênticas, reduzir a quantidade excessiva de recursos que sobem para instâncias superiores, muitas vezes sobre temas já decididos, bem como para melhorar a celeridade processual e aplicar a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Inicialmente, o primeiro capítulo tratou do estudo do conceito do precedente, das principais diferenças entre a *common law* e a *civil law*, e a estrutura do precedente obrigatório.

O precedente judicial foi definido como o julgamento de um caso concreto em que há um complexo debate com a formação de um parâmetro jurídico capaz de persuadir ou vincular e ser utilizado como referência em julgamentos posteriores de causas idênticas. Diferencia-se da jurisprudência, que consiste no mero conjunto de decisões judiciais sobre um único tema, bem como da súmula, que se trata de um ato administrativo utilizado para manifestar jurisprudência pacificada pelo tribunal.

O sistema da *common law* e da *civil law* diferenciam-se em vários aspectos: a origem e suas principais características nesse momento; os modelos do sistema judiciário (modelo hierárquico centralizador contra o modelo de pacificação dos litigantes); a forma de assunção dos cargos de juízes; a discricionariedade no julgamento; os poderes de controle da comunidade dos juízes de primeiro grau e segundo grau; a provisoriamente

e os efeitos imediatos da decisão de primeiro grau; a formalidade do procedimento judicial; e a participação do juiz e das partes nos atos processuais.

O sistema da *common law* tem como base a doutrina da *stare decisis*, que é a decisão judicial vinculativa, com características distintas de uma decisão judicial qualquer e das decisões que têm mero efeito persuasivo. Pode ser dividida no aspecto horizontal, quando direcionada ao próprio tribunal prolator do precedente, ou no aspecto vertical (*binding effect*), quando vincular tribunais inferiores.

A *stare decisis* pode ser reconhecida diante da presença de algumas características, como o raciocínio judicial (motivação da decisão), a questão ser de direito, limitação do efeito vinculante aos casos idênticos, e tese jurídica indispensável para a resolução do conflito.

O precedente é composto por dois elementos: a *ratio decidendi*, sendo este elemento o núcleo do precedente, e o *obiter dictum*, sendo todo restante. A *ratio decidendi* pode ser subdividida em três elementos: a indicação dos fatos relevantes, o raciocínio lógico-jurídico e o juízo decisório.

Importante ressaltar que o precedente não engessa a jurisprudência. Para tanto existem técnicas de afastamento e superação do precedente. As mais comuns são o *distinguishing* e o *overruling*, que consistem, respectivamente, na distinção do caso concreto com o precedente, e a superação completa do precedente anteriormente fixado.

Após, foi feita a análise comparativa do CPC de 1973 com o CPC de 2015, no intuito de compreender as alterações trazidas por este.

Tratando-se do procedimento de seleção de recursos extraordinários para detectar a repercussão geral em temas de idêntica questão de direito, o CPC de 2015 aprimorou os critérios de seleção dos recursos que serão escolhidos para constatação da repercussão geral. A mudança está prevista no § 6º do art. 1.036, que passou a exigir a “*abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida*”. Ainda, possibilitou aos outros interessados a exclusão de recursos intempestivos para a seleção dos recursos representativos. Além disso, o Novo CPC reduziu o problema dos recursos extraordinários politemáticos, uma vez que o art. 1.037, § 7º determina que o objeto da afetação e os demais pedidos devem ser julgados em momentos distintos. O juízo de admissibilidade passaria a ser do juízo *ad quem*. Todavia antes da entrada em vigor do novo código, o dispositivo que previa isso foi alterado e o juízo *a quo* voltou a fazer a admissibilidade. Por fim, destaca-se que o CPC de 2015 passou a evitar uma hipótese de supressão de instância, quando o reexame após o julgamento do recurso repetitivo faz surgir novas questões não enfrentadas pelo juízo de origem.

Acerca do procedimento dos recursos especiais repetitivos do STJ, com o CPC de 2015, seu procedimento foi unificado com o julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. Dentre as alterações que ocorreram no procedimento, algumas se destacam: a atribuição de selecionar os recursos representativos foi estendida para o vice-presidente do tribunal; o número mínimo de recursos selecionados passou a ser de 02 (dois); e passou a prever expressamente a possibilidade de aplicá-lo tanto em processos individuais, quanto em processos coletivos. Além disso, a suspensão dos recursos com idêntica questão de direito passou a ser a regra, bem como pode ser feita tanto pelo relator do juízo de segundo grau, quanto pelo relator do STJ e do STF. Além disso, as informações fornecidas pelos juízos passaram a ser requisitadas. O prazo para o julgamento foi delimitado em 1 ano. No texto original do novo código, ocorrendo o excesso do prazo para o julgamento, cessaria a suspensão dos recursos. Ocorre que antes de sua vigência, a Lei 13.256 de 2016 revogou essa medida.

O procedimento do *distinguishing* passou a ser prevista expressamente no art. 1.037, § 9º do CPC de 2015, com relação a esse procedimento. No que tange ao debate para a formação do precedente, a redação original do novo código previa que todos os fundamentos da tese, favoráveis ou contrários deveriam ser enfrentados. Todavia, a parte referente aos argumentos favoráveis e contrários também foi revogada pela mudança antes da vigência.

Salienta-se que para este procedimento é prevista a participação do *amicus curiae*, com disposições próprias do art. 138 do CPC de 2015, bem como a fixação de audiências públicas para serem ouvidas pessoas com experiência e conhecimento sobre o tema em debate.

A regra da impossibilidade de desistência da ação após a apresentação de contestação do réu é mitigada nesse procedimento, pois o autor pode desistir da ação sem sua anuência. Todavia, apresentada a contestação, o autor que desistir deverá pagar as custas e os honorários sucumbenciais.

Quanto ao mecanismo do julgamento de improcedência liminar, previsto anteriormente no art. 285-A do CPC de 1973, foram feitas críticas acerca da redação do artigo, que permitia diversas interpretações. A maior parte das expressões que causavam as divergências de entendimento foram removidas na nova redação do artigo, que corresponde ao art. 332 do CPC de 2015. A expressão “unicamente de direito” foi substituída por “que dispensem a fase instrutória”. Quanto à discussão acerca da “total improcedência” se referir aos pedidos ou às teses, bem como a discussão acerca do “juízo” se referir ao 1º ou ao 2º grau, estas perderam a razão de existir com a aplicação do novo sistema de precedentes judiciais. Assim, as hipóteses de sua incidência foram reduzidas para um rol taxativo de entendimentos consolidados, além dos casos em que tenham ocorrido a prescrição e a decadência, sendo que não há previsão para decisões de primeiro grau. Na hipótese de prescrição, entendo que deveria haver possibilidade do réu se manifestar, já que a prescrição admite renúncia. Além disso, a sentença não precisa ser mais totalmente improcedente, pois a nova redação utilizou o termo “pedido”, sendo possível aplicar o dispositivo para o pedido com precedente formado nos tribunais, mas continuar o processo com relação aos demais pedidos. Nesse sentido, o novo código passou inclusive a hipótese de sentença parcial. Ainda, não há mais espaço para a discricionariedade de aplicar o dispositivo ou não, uma vez que a adoção da palavra “julgará” constitui uma ordem expressa para o juiz. Importante destacar que não haverá sucumbência enquanto não houver citação do réu.

Sobre o incidente de assunção de competência, foi apresentado o seu histórico de modificações no CPC. Dentre suas mudanças, o incidente passou a admitir todas as espécies de recursos, bem como incluiu a remessa *ex officio* e os processos de competência originária. Esse precedente se diferencia dos demais por conta de seus requisitos exigirem que a demanda não tenha recursos repetitivos. Além desse, o incidente exige que o tema grande repercussão social e seja questão unicamente de direito. A grande repercussão social abrange também a econômica, política e jurídica. No que diz respeito aos legitimados, são eles o relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. O Ministério Público não precisa intervir obrigatoriamente em todas as hipóteses em que haja previsão legal. Todavia, diante da importância do incidente, nessa hipótese o *Parquet* deve obrigatoriamente ser intimado.

Acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas, este instituto é inédito no direito brasileiro, embora já tivesse figuras semelhantes na Alemanha e nos Estados Unidos. Embora tenha limitado seu uso apenas para questões de direito e não de fato, a formação dos precedentes por este instituto evitará a multiplicação de processos nos tribunais, razão pela qual foram estudadas sua autonomia quanto ao processo principal, a legitimidade para propô-lo, competência, prazos, efeitos e recurso cabível.

O incidente trouxe importantes avanços para o precedente. O novo código passou a prever que na redação da ementa do julgado, deveria conter, no mínimo, os fundamentos determinantes para o julgado e os dispositivos citados. Isso evita com que sejam feitas ementas imprecisas, as quais são o principal instrumento de consulta de precedentes para o jurisdicionado. Além disso, embora não tenha sido mantido para os recursos excepcionais repetitivos, o prazo para o julgamento do IRDR também é de um ano, mas no caso do incidente, extrapolado o prazo, a suspensão dos demais processos é cessada. Além disso, a redação dos fundamentos favoráveis e contrários à tese também foi mantida no IRDR. O IRDR julgado em segundo grau poderá requer a expansão dos efeitos do incidente para todo o território nacional.

Por fim, o IRDR passou a prever o *overruling* expressamente, ao criar um procedimento para a revisão das teses proferidas nesse incidente. Com isso não ocorrerá o engessamento dos precedentes obrigatórios.

A reclamação, de acordo com algumas doutrinas, teve quatro fases. Na CF de 1988 ela está prevista desde a sua promulgação, sendo cabível somente para o STF e o STJ. Ocorre que o CPC de 2015 reformou a reclamação, prevendo novas hipóteses de cabimento, inclusive para juízos de segundo grau. Alguns defendem a inconstitucionalidade dessa mudança, uma vez que a extensão do efeito de um instrumento previsto na CF somente poderia ser feito por meio de Emenda Constitucional. No que diz respeito à sua natureza jurídica, constatou-se que não há consenso na doutrina e nem na jurisprudência, tendo mais de cinco vertentes. Todavia, pelas razões expostas, sobretudo partindo-se da premissa exclusiva de outras vertentes, o entendimento mais adequado é que se trata de uma ação.

Quanto à legitimidade da reclamação, a parte interessada e o Ministério Público poderão apresentar a reclamação. Salienta-se que a parte interessada abrange qualquer pessoa que tenha interesse ou prejuízo no julgamento da ação.

No que concerne às hipóteses de cabimento, duas já estavam previstas na CF de 1988. A terceira já tinha aceitação da jurisprudência. A quarta hipótese é que foi a novidade, pois estendeu os efeitos da reclamação para o juízo de segundo grau. Salienta-se que não é cabível a reclamação contra acórdão que já transitou em julgado, sob pena de substituir ação rescisória. Diante da recente resolução do STJ, abriu-se uma polêmica acerca da legalidade desse ato administrativo, uma vez que o STJ passa a criar competências para outros tribunais.

Ainda, embora não expressamente previsto, admite-se a tutela de evidência na reclamação. Ela pode ser proposta até o trânsito em julgado e já se admitiu a aplicação do procedimento para julgamento de recursos repetitivos, mediante seleção de recursos representativos, para a reclamação.

Por fim, no último capítulo foram feitas algumas observações acerca da dificuldade da aplicação do precedente decorrente da *common law* em um sistema da *civil law*.

Encerrado o trabalho, chega-se a conclusão de que, ao menos no que diz respeito aos precedentes judiciais, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes inovações para o sistema processual brasileiro, bem como resolveu alguns dos problemas existentes no CPC de 1973. A sua elaboração teve o cuidado de estudar todo o procedimento e a teoria embasada no sistema dos precedentes judiciais da *common law*, tentando, ao máximo, adequá-la ao sistema brasileiro da *civil law*.

Todavia, a mera previsão legal ainda não é suficiente para atestar o sucesso da lei, uma vez que dependerá de sua aplicação prática ao longo de alguns para atestar seu funcionamento. Nesse sentido há grandes expectativas de que o Novo CPC será um importante avanço, não só para o sistema processual brasileiro, mas também para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BARROS, Humberto Gomes de. **Carta de alforria**. Lei 11.672/08 vai resgatar o STJ da inviabilidade, 16 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar. **A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Disponível em: <<http://www.dinamarco.com.br/wpcontent/uploads/NovaTecnica.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5983B67B41BF3F_2FA9E5C81BA9DB1FD9.proposicoesWeb1?codteor=465291&filename=PL+1213/2007>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

- BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.
- BRASIL. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1191537/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 17/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/SCON>>. Acesso em: 4 jun. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 3 jun.2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/17559/Res_8_2008_Pre.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução STJ/GP N, 3 de 7 de abril de 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99321>>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3943, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, Acórdão Eletrônico DJe-154 Divulg 05-08-2015 Public 06-08-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 1 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 15028, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 13/02/2014, publicado em Processo Eletrônico DJe-033 Divulg 17/02/2014 Public 18/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 3 jun.2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1728 CumpSent, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, Acórdão Eletrônico DJe-072 Divulg 15-04-2016 Public 18-04-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 1 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min.Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 Pp-00017 Ement Vol-02144-02 Pp00284. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 336, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1990, Dj 15-03-1991 Pp-02644 Ement Vol-01612-01 Pp-00007 RTJ Vol-00134-03 Pp-01033. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 1 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na repercussão geral**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorioconstitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral#_ftnref4>. Acesso em: 1 jun. 2016.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Resolução 03/2016 do STJ e o fim das reclamações oriundas dos juizados especiais estaduais**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/resolucao-032016-do-stj-e-o-fim-das.html>>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. Yale: Yale University Press, 1986.

- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2000.
- DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. VII-VIII.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC. Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1281-1282.
- FREITAS, Theonio. O novo CPC e a jurisprudência defensiva. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4319, 29 abr.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552>>. Acesso em: 4 jun. 2016.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coordenadores)... [et al.]. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75-76, v. 1.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,staredecisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico,49175.html>>. Acesso em: 06 jun. 2016.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coordenadores) ... [et al.]. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 354
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado** [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1351.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

IDEIAS SOBRE A ORIGEM DA SOCIEDADE CIVIL

Luciano Chacha de Rezende¹

Resumo. A proposta deste texto é reunir e organizar, de maneira breve e clara, pensamentos de grandes filósofos sobre a origem da Sociedade Civil. Trata-se de uma amostra, no campo das ideias, da saída da barbárie e a entrada na civilização.

Palavras-chave: Sociedade Civil, Barbárie e Civilização.

Abstract: The purpose of this text is to gather and organize, in a brief and clear way, thoughts of great philosophers about the origin of Civil Society. It is a sample, in the field of ideas, the departure of barbarism and the entry into civilization.

Keywords: *Civil Society, Barbarism and Civilization.*

Quando a vida humana surgiu na Terra só havia a natureza (como *habitat* e matéria prima). Tudo a ser construído, transformado, organizado, adaptado e desenvolvido.

A Humanidade estava na infância (ainda engatinhando), em semelhança, ao enigma criado pela Esfinge (monstro devorador dos habitantes de Tebas metade mulher e metade leão, parte da peça grega de Sófocles) ao personagem de nome Édipo (se errasse custaria a sua vida): “Qual animal tem, pela manhã, quatro patas, à tarde, duas, e à noite, três?”, cuja resposta fora: **“O homem. Engatinha no começo de sua vida, com quatro patas; depois caminha com dois pés; e, no final de sua existência, anda com a ajuda de uma bengala, logo, com três apoios.”**²

*Embora o homem engatinhasse (em sentido figurado), já era dotado de todas as aptidões para sair da primitividade, as quais, com grande acerto, são assim descritas por Comenius: “temos em nós por natureza as sementes da instrução, das virtudes e da religião.”*³

A lei que reinava era a da sobrevivência e, para tanto, o homem fora movido a utilizar todos os recursos que estavam ao seu alcance (internos e externos).

Noutras palavras, o que importava era comer, beber, abrigar, dormir, reproduzir e se defender.

Não há a noção entre o certo e o errado, justo e o injusto, bem e o mal, virtude e o vício, amizade e inimizade, meu e o seu (muito menos o nosso).

Neste sentido esclarece Jean Jacques Rousseau⁴:

“Parece, à primeira vista, que os homens nesse estado, não tendo entre si nenhuma espécie de relação moral nem de deveres conhecidos, não podiam ser bons nem maus, nem tinham vícios nem virtudes, a menos que, tomando essas palavras em um sentido físico, se chamem vícios, no indivíduo, as qualidade que podem prejudicar a sua própria conservação, e virtudes as que podem contribuir para a sua própria conservação.”⁵ (destaque nosso).

Impossível, ainda, entender minimamente os atos e suas consequências. Portanto, inexistente responsabilidade. A vida é puramente instintiva.

¹ Analista do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG); Especialista em Direito Público pela mesma Instituição e Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

² NEVES, José Roberto de Castro. **A Invenção do Direito**: As lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. Edições de Janeiro, 2015. p. 166-167.

³ Didática Magna. Martins Fontes. São Paulo, 2006, p. 57.

⁴ Considerado o “Pai da Antropologia”, segundo o célebre antropólogo belga Lévi Strauss. ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de Antropologia Jurídica**. Saraiva, 2015. p. 56.

⁵ Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Edição eletrônica.

Desse modo, por exemplo, a antropofagia, hoje considerada abominável, era prática comum (mesmo porque a caça humana era bem mais simples e menos perigosa se comparada com a da maioria dos animais da época)⁶.

O ser humano é incapaz de elaborar qualquer pensamento ou ideia que não fosse para a satisfação das necessidades básicas. Não havia a menor possibilidade de cogitar a respeito das 3 grandes questões humanas: Quem eu sou (natureza)? De onde vim (origem)? Para onde vou (destino)?

Montesquieu denominou como sendo o “Estado de Natureza”:

“Antes de todas estas leis, estão a lei da natureza, assim chamadas porque derivam unicamente da constituição de nosso ser. Para bem conhecê-las, deve-se considerar um homem antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza seriam aquelas que receberia em tal estado. [...] O homem no estado de natureza teria mais a faculdade de conhecer do que conhecimentos. Está claro que suas primeiras ideias não seriam especulativas: pensaria na conservação de seu ser, antes de buscar a origem do ser. Tal homem sentiria no início apenas sua fraqueza; sua timidez seria extrema; e, se precisássemos sobre este caso de alguma experiência, foram encontrados nas florestas homens selvagens; tudo os faz tremer, tudo os faz fugir.”⁷ (destaque nosso).

Como a fala era transmitida por meio de grunhidos, tais sons não eram capazes de promover a interação, o entendimento, o diálogo, o debate, a organização, a tomada de decisões coletivas, etc...⁸

A união que existia entre o homem e a mulher era exclusivamente voltada para a cópula (sem qualquer tipo de afeto e fidelidade) e, por efeito, à criação instintiva do filho até que atingisse a independência⁹.

O grande avanço surgiu quando o homem foi capaz de buscar alimentos em grupo e permitir a divisão da refeição, gerando, aos poucos, o abrigo em comum, a segurança coletiva, a constituição de novas famílias, e, conseqüentemente, a convivência (sociedade natural)¹⁰.

Afinal de contas, dirá o maior impulsionador da Independência dos Estados Unidos pelas letras, Thomas Paine: *“a força de um homem é tão desigual às necessidades, e o seu espírito tão inadequado à solidão perpétua que não tarda em ser obrigado a procurar assistência e alívio com outra pessoa que, por sua vez, quer a mesma coisa.”¹¹*

Pode-se dizer que a necessidade gera a sociedade.

Marco Túlio Cícero teve ocasião de expressar a respeito do instinto de sociabilidade inerente a todo ser humano:

“Pois bem: a primeira causa dessa agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana

6 “Durante o Período Paleolítico — que durou 2,6 milhões de anos e terminou dez mil anos atrás —, alguns bandos de humanos antigos e hominídeos (ou seja, espécies humanas extintas e todos os nossos ancestrais imediatos) se engajavam em práticas canibais, comendo a carne de seus próprios. Sabemos disso por causa das pistas que deixaram para trás — restos humanos exibindo traços de retirada da carne, marcas de cortes intencionais em torno das articulações, mordidas humanas e ossos quebrados para chegar à medula. “ Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/canibalismo-paleolitico/>. Acesso em 22/09/2017.

7 **O Espírito das Leis**. Editora Martins Fontes, 2000. p. 13-14.

8 Conforme esclarece Rousseau: “A primeira linguagem do homem, a linguagem mais universal, enérgica e a única de que teve necessidade antes que fosse preciso persuadir homens reunidos, foi o grito da natureza [...] Quando as ideias dos homens começaram a se estender e a se multiplicar, e se estabeleceu entre eles uma comunicação mais estreita, procuraram sinais mais numerosos e uma linguagem mais extensa; multiplicaram as inflexões da voz e lhe juntaram os gestos [...] os primeiros vocábulos de que os homens fizeram usos tiveram no seu espírito uma significação muito mais extensa do que as que se empregam nas línguas já formadas.” **(Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Edição eletrônica).

9 “A fome, outros apetites, fazendo-o experimentar, alternativamente, diversas maneiras de existir, houve uma que o convidou a perpetuar sua espécie; e esse pendor cego, desprovido de todo sentimento de coração, não produziu senão um ato puramente animal: satisfeita a necessidade, os dois sexos nunca mais se reconheciam e o próprio filho nada mais representava para mãe logo que podia passar sem ela.” (ROUSSEAU. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Edição eletrônica).

10 Mesmo assim, o relacionamento era brutal e predominava o mais forte.

11 Senso Comum, p. 51-52. Extraído da coleção “Os Pensadores”, XXIX, 1973. O homem entregue à pura condição natural, de acordo com Samuel Pufendorf, está reduzido a pouco mais que um animal: **só, ele é mudo, desprovido de proteção, está em luta com os outros animais, sem auxílio, entregue a um auto abastecimento rudimentar, até que a morte advinha**. Segue-se, então, que qualquer vantagem que acompanhe a vida humana será devida a ajuda mútua que os homens dão uns aos outros. (Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, 2007, p. 92-93. Pensamento citado no livro: “BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. Atlas, 2010. p. 283. (Destaque Nosso).

não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum."¹² (destaque nosso).

Isto porque, conforme demonstra Aristóteles, o homem é um "animal político" e a cidade é criação da natureza (família → aldeia → cidade):

*"A família (oikia), é, pois, a associação estabelecida pela natureza para atender às necessidades do dia-dia do homem [...] A sociedade que se forma em seguida, formada por várias famílias, constituídas não só para apenas atender às necessidades cotidianas, mas tendo em vista uma utilidade comum, é a aldeia (Komé). [...] E quando várias aldeias se unem em uma única e completa comunidade, a qual possui todos os meios para bastar-se a si mesma, surge a Cidade (pólis), formada originariamente para atender às necessidades da vida e, na sequência, para o fim de buscar viver bem. Fica evidente, pois, que a Cidade é uma criação da natureza, e que o homem, por natureza, é um animal político (isto é, destinado a viver em sociedade), e que o homem que, por sua natureza e não por mero acidente, não tivesse sua existência na cidade, seria um ser vil, superior ou inferior ao homem. Tal indivíduo, segundo Homero, é "um ser sem lar, sem família, sem leis", pois tem sede de guerra e, como não é freado por nada, assemelha-se a uma ave de rapina."*¹³ (destaque nosso).

Desse modo, gradativamente (provavelmente milhões de anos)¹⁴, foi sendo criado, fortalecido e estendido o laço de união até o advento da sociedade civil, cujo pensamento político moderno de Hobbes a Hegel, é assim sintetizado por Norberto Bobbio:

*"O pensamento político moderno, de Hobbes a Hegel, caracteriza-se pela constante tendência – ainda que no interior de diferentes soluções – a considerar o Estado ou sociedade política, em relação ao estado de natureza (ou sociedade natural), como o momento supremo e definitivo da vida comum e coletiva do homem, ser racional; como o resultado mais perfeito ou menos imperfeito daquele processo de racionalização dos instintos ou das paixões ou dos interesses, mediante o qual o reino da força desregrada se transforma no reino da liberdade regulada."*¹⁵ (destaque nosso).

Portanto, a civilização iniciou quando a Humanidade atingiu a sua maioria/maturidade intelectual, moral e espiritual, sendo capaz de criar regras de convivência com o objetivo de promover o bem comum.

O primeiro passo foi dado saindo da barbárie e entrando na civilização (passado). O segundo é a universalização do reconhecimento e da garantia dos direitos do homem (presente). O terceiro será a incorporação do reino do amor, da pureza, da sabedoria, da paz e da justiça (futuro).

12 Da república. Edição eletrônica.

13 Política. 5. ed. Editora Martin Claret, 2008. p. 55-56.

14 Voltaire, ao abordar o termo "Política" na obra "Dicionário Filosófico", menciona que: "nenhum homem sozinho pode garantir-se contra o mal e promover seu próprio bem. Precisa de auxílio. A sociedade é, pois, tão antiga, quanto o mundo [...] Somente com gênio podem-se inventar todas as artes que promovam a longo prazo um certo bem estar, único objetivo de toda política. Para tentar essas artes é preciso auxílio, mãos que vos ajudem, mentes bastantes abertas para vos compreender e bastante dóceis para vos obedecer. Antes de encontrardes e reunirdes tudo isso, escoam-se milhares de séculos de ignorância e de barbárie, milhares de tentativas abortadas. Por fim, uma arte se esboça, e são necessários milhares de séculos para aperfeiçoá-la." (Coleção Os Pensadores. Editora Abril, 1973. p. 273). (destaque nosso).

Segundo Hannah Arendt existem 3 (três) atividades humanas fundamentais (trabalho, obra e ação): "O trabalho assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. A obra e seu produto, o artefato humano, conferem uma medida de permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a História." (A Condição Humana. Editora Forense Universitária, 12. ed. 2014, p. 9 e 11). (destaque nosso).

15 O Conceito de Sociedade Civil. Editora Graal, 1982. p. 19. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.Bobbio,Noberto.O_Conceito_de_Sociedade_Civil.pdf. Acesso em: 03/09/2017.

Kant assim descreve: "Assim, a menos que queira renunciar a quaisquer conceitos de direito, a primeira coisa que tem a resolver é estabelecer o princípio segundo o qual é preciso abandonar o estado de natureza, no qual cada um segue o seu próprio critério, unir-se com todos os outros (com os quais a interação é inevitável), submeter-se a uma coação legal externa pública, e, assim, ingressar numa condição na qual o que tem que ser reconhecido como a ela pertinente é determinado pela lei e lhe é atribuído pelo poder adequado (não o que lhe é próprio, mas sim um poder externo); em síntese: deve-se, acima de tudo o mais, ingressar numa condição civil." (Metafísica dos Costumes. 2003. p. 154). Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>. Acesso em: 03/09/2017. (destaque nosso).

John Locke, por exemplo, assim entende: "Aqueles que se reúnem num só corpo e adotam uma lei comum estabelecida e uma magistratura à qual apelar, investida da autoridade de decidir as controvérsias que nascem entre eles, se encontram uns com os outros em Sociedades civis; mas aqueles que não têm em comum nenhum direito de recurso, ou seja, sobre a terra, estão ainda no estado de natureza." (Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Editora Vozes. 1994, p. 133). (destaque nosso).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 283.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 9/11.
- ARISTÓTELES. **A política**. 5. ed. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008. p. 55-56.
- ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.
- BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Graal, 1982. p. 19. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.Bobbio,Noberto.O_Conceito_de_Sociedade_Civil.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Edição eletrônica (Amazon.com).
- COMENIUS, Jan Amos. **Didática magna**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 57.
- DVORSKY, George. **Os humanos do paleolítico não viraram canibais por causa das calorias**. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/canibalismo-paleolitico/>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2003, p. 154. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2017.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Vozes, 1994. p. 133.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 13-14.
- NEVES, José Roberto de Castro. **A invenção do direito: As lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015. p. 166-167.
- PAINE, Thomas. **Senso comum**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, XXIX, 1973. p. 51-52.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Edição eletrônica (Amazon.com).
- VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, XXIII, 1973. p. 273.

REMIÇÃO PENAL: FORMAS DE OBTENÇÃO

Camila Bossay Assumpção Fassa¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Da pena privativa de liberdade; 2.1 Antecedentes históricos da pena privativa de liberdade no Brasil; 2.2 Da individualização da pena e seu caráter ressocializador; 2.2.1 Dos desafios da ressocialização; 3. Da remição penal; 3.1 Disposições gerais; 3.2 Atividades que possibilitam a obtenção da remição penal, de acordo com a Lei de Execução Penal; 3.2.1 Da remição penal pelo trabalho; 3.2.1.1 Do cálculo da remição penal pelo trabalho; 3.2.2 Da remição penal pelo estudo; 3.2.2.1 Do cálculo da remição penal pelo estudo; 3.3 Da cumulação de remições penais; 3.4 Das formalidades para o cômputo da remição penal; 3.5 Da impossibilidade de estudar ou trabalhar em razão de acidente, ou em decorrência da falta de oportunidades no estabelecimento prisional; 3.6 Da perda dos dias remidos; 4. Hipóteses de obtenção da remição penal não previstas na lei de execução penal; 4.1 Atividades que possibilitam a obtenção da remição penal de acordo com a Recomendação nº 44 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça; 4.1.1 Da remição penal pela leitura; 4.1.1.1 Da remição penal pela leitura no Mato Grosso do Sul; 4.1.2 Da remição penal pela aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio; 4.1.3 Da remição penal por meio de atividades de natureza cultural e esportiva; 4.2 Da remição penal pela doação de sangue; 4.3 Da possibilidade de concessão de remição a título de indenização pelo desvio ou excesso da execução penal; 5. Considerações finais; 6. Referências; 7. Anexos.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o instituto da remição penal, benefício concedido aos reeducandos que realizam atividades ressocializadoras durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

De acordo com a Lei de Execução Penal, todos os reeducandos que cumprem pena privativa de liberdade, no regime fechado e semiaberto, tem direito ao acesso a essas atividades. Na prática, entretanto, o que se verificou é que muitos estabelecimentos penais não estão aptos a proporcioná-las.

O presente estudo foi motivado pela necessidade de buscar soluções alternativas a fim de que todos os reeducandos pudessem ter acesso às atividades ressocializadoras que permitissem a concessão da remição da pena. Portanto, foram analisados os dispositivos legais relativos ao instituto da remição penal, bem como diversos projetos de lei que visam ampliar o rol de atividades que proporcionam a remição da pena.

No primeiro capítulo foi analisada a história da pena privativa de liberdade no Brasil, desde a colonização portuguesa até os dias atuais. Percorrendo pelos dispositivos legais anteriores, buscou-se demonstrar cronologicamente a evolução do caráter da pena privativa de liberdade, que passou de desproporcional e cruel, com objetivo apenas retributivo, para ressocializadora e individualizada, revestida de direitos e garantias fundamentais.

Ainda, foram apontados alguns dos desafios enfrentados durante a busca pela ressocialização. Demonstrou-se, com base em documentos, como vários estabelecimentos penais ainda não estão preparados para cumprir o disposto na Lei de Execução Penal, impedindo, portanto, que diversos reeducandos desfrutem da remição penal.

No segundo capítulo, foram abordadas as atividades que, de acordo com a Lei de Execução Penal, proporcionam o benefício da remição da pena, quais sejam, trabalho e estudo. Além das formalidades

¹ Advogada em Campo Grande-MS

necessárias para obter o benefício por meio de cada atividade, foram analisadas a possibilidade de cumulação de remições e a perda dos dias remidos.

Discutiu-se acerca da possibilidade de obtenção da chamada remição ficta, se há ou não a possibilidade de prescrição dos dias remidos, e a solução dada para quando o reeducando encontra-se impossibilitado de estudar ou trabalhar em razão de acidente, apresentando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

No último capítulo foi realizada análise de dispositivos que preveem hipóteses de obtenção da remição da pena por meios não abarcados pela Lei de Execução Penal. Foi abordada, inicialmente, a Recomendação nº 44 do Conselho Nacional de Justiça, que motivada pela dificuldade de obtenção da remição da pena por diversos internos que não possuem acesso às atividades regulamentadas pela Lei de Execução Penal, recomenda aos Tribunais que sejam valoradas e consideradas para de fins de remição pelo estudo as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de leitura, as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras.

Ao expor sobre a remição pela leitura, foram apresentadas as leis anteriores à Recomendação nº 44 do CNJ, e, além de comparar prós e contras dos dispositivos anteriores, foi realizado um breve exame da remição pela leitura no Estado do Mato Grosso do Sul.

Por fim, examinou-se as hipóteses de remição pela aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental e médio, por meio de atividades de natureza cultural e esportiva, pela doação de sangue, bem como a possibilidade de concessão de remição penal a título de indenização pelo desvio da execução penal, apresentando os diversos projeto de lei que pretendem alterar a Lei de Execução penal e ampliar o rol de atividades que possibilitam a remição penal.

O trabalho pretende demonstrar a importância do mencionado instituto no processo de ressocialização dos internos, bem como meios alternativos para que o benefício da remição penal seja uma realidade para todos os reeducandos, independentemente da instituição penal onde se encontrem reclusos.

2 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Este capítulo tratará do tema Da Pena Privativa de Liberdade com o objetivo de apresentar os antecedentes históricos da pena privativa de liberdade no Brasil, além de descrever os princípios constitucionais essenciais ao seu cumprimento e o seu objetivo final.

2.1 Antecedentes históricos da pena privativa de liberdade no Brasil

No ano de 1500, com a chegada dos portugueses no Brasil, o regime jurídico aplicado ao nosso país passou a ser, naturalmente, o de Portugal, que fundava-se nas Ordenações Afonsinas, baseada em textos do direito romano, canônico e costumeiro, que trazia no bojo de seu Livro V, variadas penas cruéis e desumanas.

Naquela época, crime e pecado confundiam-se, devido à grande influência exercida pela Igreja Católica no governo e era comum a aplicação de penas cruéis, desproporcionais aos delitos cometidos. A pena privativa de liberdade possuía, geralmente, caráter coercitivo ou preventivo, já que visava forçar o devedor ao pagamento do débito, ou simplesmente manter preso o delinquente que aguardava seu julgamento, a fim de evitar eventual fuga. A pena privativa de liberdade como forma puramente repressiva não era comum, sendo aplicada apenas a alguns delitos.

Pouco tempo depois, por volta do ano de 1514, foram promulgadas as Ordenações Manuelinas, que não alteraram significativamente a natureza da prisão, que continuava sendo aplicada de forma preventiva. Contudo, pontua Dotti (1998, p. 138), tornaram-se menos frequentes a prisão por dívida e como simples

sanção, tendo alguns de seus dispositivos regulamentado a forma de aplicação das penas de reclusão e sua execução, proibindo, por exemplo, que os presos causassem ferimentos uns aos outros.

Até então as penas seguiam violentas e desumanas, e tal cenário não caminhou para a aplicação de penas mais humanizadas e proporcionais com a promulgação das Ordenações Filipinas, sancionada em 1595, já que estas continuavam prevendo a aplicação de penas cruéis, como menciona Fragoso (1987, p. 59):

A morte era pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requinte de crueldade. Eram previstas: a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); morte natural cruelmente (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juizes); morte natural pelo fogo (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura.

Ainda, o autor afirma que o objetivo de tal legislação era causar uma “intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado e os da religião” e considera que diversos delitos previstos nas Ordenações Filipinas fundavam-se em “ridículas beatices”.

Contudo, com a influência do Iluminismo, nascido na Europa no final do século XVII, que defendia o anticlericalismo, criou-se um movimento para a realização de projeto para a reforma na legislação portuguesa, que embora não tenha sido convertido em lei, já previa o caráter utilitário das penas e outras garantias ao condenado, como o fim de penas inúteis ou cruéis.

Acerca dos filósofos mais influentes do movimento Iluminista, Fragoso (1987, p. 39) comenta que:

*Destacam-se então Montesquieu (morto em 1755), autor das *Letterspersanes*, 1721, e do *Espiritdeslois*, 1748, obras que exerceram extraordinária influência e que reclamavam a reforma do direito penal vigente e a independência do poder judiciário; Rousseau (morto em 1778), dando, com seu *Contract Social*, 1762, os fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos, e, ainda, Voltaire (morto em 1778), que em vários de seus escritos reclamava a completa renovação dos costumes judiciários e da prática dos tribunais [...]*

Baseado em tais pensadores iluministas, no século XVIII, em 1764, Cesare Beccaria escreveu a obra “Dos delitos e das penas”, que traz em seu bojo ideias influenciadoras do novo ordenamento jurídico pós conquista da independência pelo Brasil (Constituição de 1824) e que continuam atuais.

Beccaria criticava o sistema penal medieval, ou seja, a tortura, a pena de morte e o abuso da prisão cautelar, dentre tantas outras penas cruéis comumente aplicadas, e defendia a divisão entre igreja e Estado, crime e pecado. Ainda, o autor menciona em sua obra vários princípios basilares do atual Código de Processo Penal, como o direito de defesa, o devido processo legal e a proporcionalidade da pena.

Além disso, modernizou o conceito da pena privativa de liberdade, atribuindo a ela caráter preventivo, exaltando sua relevância ao defender em sua obra que a pena não deveria ser puramente uma forma de vingança e punição, mas como forma de reeducar o delinqüente. Não obstante isso, já afirmava naquela época que o instrumento mais eficaz para prevenir a ocorrência de crimes seria a educação.

Portanto, baseada em tais princípios, em 1824 foi sancionada a primeira Constituição brasileira, que previa a criação de um Código Penal, e já apresentava os primeiros sinais de humanização da pena, já que em seu art. 179, aboliu todas as penas cruéis, bem como determinou que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas.

Depois disso, em 1832, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, e conforme ensina Dotti (1988, p. 145), previa onze classes de pena (prisão simples, prisão com trabalho, galés, pena de morte, banimento, degredo, desterro, suspensão do emprego, perda do emprego e açoite, abolido em 1886) e “*teve como característica básica no quadro de sanções a redução das hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade de sua execução, bem como a supressão das penas infamantes, exceto a de açoites, aplicada aos escravos*”.

Com a abolição da escravidão em 1888, fez-se necessário alterar o Código Criminal, já que previa penas desiguais aos escravos, contudo, em setembro 1890, o Decreto nº 774 reconheceu a prescrição, aboliu a pena de galés, reduziu a trinta anos as penas punidas com pena perpétua e possibilitou o cômputo da prisão preventiva como parte da pena cumprida, havendo sido promulgado o Código Penal Republicano de 1890 logo em seguida.

Este previa diversos tipos de prisão, a aplicação de pena pecuniária, bem como a individualização da pena, em seu art. 53, que determinava que “*Ao condenado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado às (sic) suas habilitações e precedentes ocupações*”.

Entretanto, Bitencourt (2015, p. 91) defende que “*Os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos [...]*”, motivo pelo qual já nasciam estudos para sua substituição.

Em seguida, em 1934 foi promulgada nova Constituição, e conforme entende Dotti (1988, p. 153), garantia segurança individual e coletiva, vedava penas como banimento, morte (exceto as dispostas na legislação militar) e confisco, além de que:

Outros textos de garantia e aplicáveis ao processo penal (instituição do juiz natural; proibição de detenção ou prisão arbitrárias, de foro privilegiado e tribunais de exceção; a concessão generosa de fiança; a garantia de plenitude de defesa e os mecanismos de proteção de direitos como habeas corpus e o direito de petição) integrava-se numa relação de textos de garantia (art. 113e §§) que caracterizavam o sentido nitidamente liberal da Carta de 1934.

Visando solucionar a legislação tida como infeliz (Código Penal de 1890), foi elaborado o Código Penal de 1940, que está vigente até hoje, após reforma em sua Parte Geral (com a Lei de Execução Penal nº 7.2010 de 11 de julho de 1984), e representou grande avanço, conforme Fragoso (1987, p. 66):

O CP incorpora o princípio da reserva legal (inaplicável às medidas de segurança); o sistema de duplo binário (penas e medidas de segurança); a pluralidade das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção); a exigência do início da execução para a configuração da tentativa (art. 12); o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Na parte especial, dividida em onze títulos, a matéria se inicia pelos crimes contra a pessoa (abandonado-se o critério do CP anterior), terminando pelos crimes contra a administração pública. Não há, no CP comum, pena de morte nem de prisão perpétua. O máximo da pena privativa de liberdade é de 30 anos.

A Lei de Execução Penal (LEP) nº 7.2010 de 11 de julho de 1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal de 1940, tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, conforme dispõe seu art. 1º.

A referida lei traz em seu bojo os direitos e deveres do preso, regulamenta os Órgãos da Execução Penal e suas obrigações, os Estabelecimentos Penais, bem como dispõe sobre a execução das penas impostas aos sentenciados.

Assim, atualmente, a pena possui caráter ressocializador, e não meramente retributivo, pois visa preparar o delinquente para que seja reinserido na sociedade. Para atingir tal objetivo, devem ser incentivados o estudo e o trabalho, de acordo com as aptidões de cada condenado, ou seja, a pena deve ser individualizada.

2.2 Da individualização da pena e seu caráter ressocializador

Conforme dispõe o art. 105 de LEP, “*transitado em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução*”.

Dessa forma, o requerido iniciará o cumprimento da reprimenda, que pode ser de reclusão, detenção ou prisão simples, no regime adequado ao delito cometido, considerando os requisitos utilizados para a dosimetria da pena, sendo que as medidas judiciais referentes ao cumprimento da pena serão providenciadas pelo Juízo da Execução Penal.

As regras para o cumprimento das penas privativas de liberdade estão dispostas nos art. 33 a 42 do Código Penal e art. 110 a 119 da Lei de Execução Penal, e regulamentam sobre os requisitos para o estabelecimento do regime inicial do cumprimento pena imposta, que pode ser fechado, semiaberto ou aberto, bem como benefícios e regras de cada regime a serem obedecidas durante execução.

Durante o cumprimento da pena, deverão ser respeitados diversos princípios constitucionais, como o da legalidade, da pessoalidade, da inderrogabilidade, da proporcionalidade, da individualização da pena e principalmente da humanidade.

Primeiramente, baseado no princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da CF e art 1º do Código Penal), não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal.

Ainda, pelo princípio da pessoalidade, previsto no art. 5º, inciso XLV da CF, “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”, o que significa que terceira pessoa não pode responder criminalmente no lugar de quem praticou o crime.

Após constatada a prática do crime, observados os princípios da legalidade e da pessoalidade, a pena não pode deixar de ser aplicada pela autoridade competente por mera liberalidade, salvo nas situações previstas na própria Constituição Federal, de acordo com o princípio da inderrogabilidade.

A pena que deve ser proporcional ao crime praticado, em razão do princípio da proporcionalidade, deve também ser individualizada, de acordo com o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI da CF), e segundo Renato Marcão (2016, p.46):

A individualização da pena, como se sabe, deve ocorrer em três momentos distintos. Primeiro, na cominação, elaborada pelo legislador; segundo, na aplicação diante do caso concreto, feita pelo julgador; e, por fim, na execução da pena, a cargo do juiz da execução penal. Temos, assim, a individualização legislativa ou formal, a individualização judicial o do caso concreto, e a individualização executória ou execucional.

Portanto, na fase da individualização executória, este princípio garante que cada condenado, considerando o delito cometido, cumprirá sua reprimenda da forma mais adequada à sua personalidade e necessidades pessoais, visando sua reinserção social.

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 32) defendem a individualização da pena, tendo em vista que cada reeducando necessita de cuidados especiais para ser posteriormente reinserido na sociedade de forma harmoniosa. Ao abordar o assunto, explicam que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim

se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto.

Após individualizada a pena, o seu cumprimento deve estar de acordo com o princípio constitucional da humanidade, previsto no art. 5º, incisos XLVII e XLIX da Constituição Federal.

De acordo com o art. 5º, inciso XLVII da CF, não haverá pena perpétua ou de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX da CF), bem como não serão admitidas penas de banimento, penas cruéis ou de trabalho forçado.

Ainda, de acordo como art. 5º, inciso XLIX da CF, *“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”*.

Portanto, deverão ser assegurados ao condenado ou internado todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória (art. 3º da LEP), e em face ao caráter ressocializador da pena privativa de liberdade, a Lei de Execução Penal prevê que durante o seu cumprimento, o reeducando deverá ter oportunidades de estudar e trabalhar.

2.2.1 Dos desafios da ressocialização

Não é novidade a superlotação dos presídios brasileiros. Em Mato Grosso do Sul, por exemplo, de acordo com o documento expedido pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP), que expõe a situação carcerária do Estado, no mês de julho de 2017, o total de vagas existentes no sistema penitenciário Estadual era de 7.327 (sete mil trezentos e vinte e sete), mas o número de presos, estaduais e federais, era, na realidade, 15.645 (quinze mil e seiscentos e quarenta e cinco). Portanto o Estado se encontrava com um déficit de 8.318 (oito mil trezentos e dezoito) vagas, número maior do que o da capacidade das penitenciárias do Estado (Anexo A).

Desses 15.645 (quinze mil e seiscentos e quarenta e cinco) internos, 1.824 (mil oitocentos e vinte e quatro) estavam estudando e 5.058 (cinco mil e cinquenta e oito) trabalhando. Portanto, 8.763 (oito mil setecentos e sessenta e três) não realizavam qualquer tipo de atividade produtiva capaz de promover a ressocialização.

Vale ressaltar que muitos não as realizavam em razão de completo desinteresse, visto que naquele mês o registro mostra uma considerável sobra de vagas de trabalho em algumas instituições prisionais, mas ao mesmo tempo, muitos deles encontravam-se presos em presídios do interior ou em presídios que não suportam financeira e estruturalmente a implementação de tais atividades.

É o caso de alguns presos que, após condenados, cumprem pena no Presídio de Trânsito da Capital, local desprovido de estrutura para o oferecimento de oportunidades de estudo e pouquíssima para oportunidades de trabalho, visto que fora projetado para acolher presos em “trânsito”, não para que estes permaneçam durante vários meses, ou até anos.

Tal falha é objeto do Inquérito Civil n° 02/2014/50ªPJ, instaurado pela 50ª Promotoria de Justiça, que visa *“apurar a necessidade de criar oportunidades de trabalho e estudo no interior do Estabelecimento Penal de regime fechado denominado Presídio de Trânsito- PTRAN, àqueles que cumprem pena na referida unidade penal”*.

O Inquérito Civil encontra-se em trâmite, e obriga o Estado a construir ou adaptar espaço a ser disponibilizado para atividades voltadas à educação e trabalho, contudo, encontra dificuldades quanto à disponibilização de verbas para tanto.

Tais atividades, a serem exercidas durante o cumprimento de pena, com o objetivo de reinserir o preso na sociedade, quando possíveis de serem oferecidas aos reeducandos, devem ser incentivadas.

Porém, é notório que conquanto a lei preveja institutos cujo objetivo é unicamente beneficiar o réu nos sentidos psicológico e material (com estímulo de atividades laborais e de estudo), não considera sua efetiva aplicabilidade, ante a crise do sistema carcerário.

Por todos os motivos expostos, parte dos reeducandos não têm oportunidade de obter os benefícios da remição penal.

3 DA REMIÇÃO PENAL

O Instituto da Remição Penal encontra previsão o art. 126 da Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984, alterada em 29 de junho de 2011, pela Lei 12.433, e conforme os doutrinadores Mirabete e Fabbrini (2014, p. 558):

Pode-se definir a remição, nos termos da lei brasileira, como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional e pelo estudo o tempo de duração da pena privativa de liberdade. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva. Segundo Maria da Graça Moraes Dias, trata-se de um instituto completo, “pois reeduca o delinqüente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do penado”.

A remição, por ser grande incentivadora de atividades intelectuais (trabalho e estudo), é de suma importância na fase da execução da pena, e deve ser valorizada por meio de investimentos nos estabelecimentos prisionais, a fim de proporcionar a todos os internos as mesmas oportunidades de qualificação e estudo.

Ademais, a remição não é benéfica apenas ao reeducando, que será qualificado ou reeducado, mas à sociedade, que receberá um homem reformado, e ao próprio sistema carcerário, que encontra-se superlotado. Ao abreviar o cumprimento da pena, o beneficiário sairá mais rapidamente do meio criminoso que se estabeleceu nos interiores das instituições penais, que diversas vezes acabam por corromper ainda mais os internos, e também aliviará o sistema que se encontra superlotado.

Importante destacar que o vocábulo remissão não possui o mesmo significado de remição. Enquanto remissão significa perdão, remição significa quitação. Portanto, considerando que os dias remidos não são perdoados, mas sim computados como pena efetivamente cumprida, o termo remição penal é o apropriado.

3.1 Disposições gerais

A legislação vigente não menciona qualquer restrição quanto ao crime praticado pelo executado, assim, aqueles condenados por crimes hediondos ou organização criminosa podem usufruir da remição penal. Tal regra aplica-se também aos reincidentes ou possuidores de maus antecedentes, que não podem ter o pedido de remição penal indeferido em razão de tais circunstâncias.

Contudo, não possuem direito à remição os que se encontrarem cumprindo medida de segurança, pois não estarão cumprindo as regras do regime semiaberto ou fechado, bem como aqueles condenados à prestação de serviço à comunidade, já que o trabalho realizado configura o cumprimento da pena em si.

O tempo remido é pena cumprida para todos os efeitos, portanto, com a remição penal é possível obter progressão de regime, livramento condicional e indulto, se satisfeitas as demais condições para a aquisição de cada benefício.

3.2 Atividades que possibilitam a obtenção da remição penal, de acordo com a Lei de Execução Penal

A remição penal pode ser adquirida pelos reeducandos por meio do labor e do estudo. As horas que serão consideradas como pena efetivamente cumprida, deverão ser calculadas de acordo com cada modalidade, conforme dispõe a Lei de Execução Penal.

3.2.1 Da remição penal pelo trabalho

A Lei de Execução Penal, em seu art. 28, determina que “*o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva*”.

Ainda conforme a LEP, o labor será remunerado, mediante tabela prévia, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo. O salário satisfará a indenização determinada judicialmente pelos danos causados pelo crime, atenderá a pequenas despesas pessoais do encarcerado, bem como será utilizado para dar assistência à família do condenado, sendo que o restante será depositado em Caderneta de Poupança, que será entregue a este quando vier a ser libertado.

Portanto, verifica-se nas disposições da referida lei, que caso exerça o labor regularmente, o condenado será útil à sua família, bem como poderá garantir seu futuro, no plano econômico, tendo em vista que o dinheiro aplicado pode auxiliar o apenado a retornar à sociedade de forma mais harmoniosa, já que muitas vezes as dificuldades financeiras encontradas pelos recém libertados, fazem com que tornem a cometer delitos.

O condenado labutador, que não estará sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, deverá cumprir jornada de no mínimo seis horas e no máximo oito horas diárias, com descanso nos domingos e feriados. A imposição de jornada de trabalho exige do apenado disciplina, comprometimento e organização, bem como estimula o reeducando a ser responsável.

Ainda, a fim de alcançar o objetivo da execução penal de ressocializar os encarcerados, para que retornem à sociedade com chances de conseguir um emprego, vencendo a discriminação sofrida por serem ex-presidiários, a LEP prevê que o condenado realizará atividade coerente com sua idade, suas habilidades e condições pessoais, sendo priorizadas as atividades que poderá exercer profissionalmente após deixar o presídio, considerando as oportunidades do mercado.

Dentre os vários benefícios incorporados à simples atividade de laborar, está a remição penal, que pode ser concedida aos condenados que se encontrem cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, e também exerce papel de suma importância no processo da tão almejada ressocialização, pois incentiva a realização de atividade que proporciona ao beneficiário o crescimento profissional necessário para tanto.

Não será concedida a remição por meio do trabalho aos reeducandos que estejam cumprindo pena no regime aberto ou estejam em livramento condicional. No regime aberto, é imprescindível que o condenado possua ocupação lícita, sendo esta uma condição que deve ser cumprida para a manutenção daquele regime. Da mesma forma, no livramento condicional, é necessária a ocupação lícita para o seu deferimento, portanto em ambos os casos, o trabalho representa o próprio cumprimento da pena, por ser fundamental a ela.

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2015) discorda de tal restrição, e entende que a decisão que proíbe a remição por meio do trabalho àqueles que estejam cumprindo pena no regime aberto é seletiva e discriminatória, bem como viola o princípio da isonomia, ao argumento de que trabalhar é tão nobre quanto estudar, já que ambos engrandecem e dignificam o homem, ressocializando-os. Assim, portanto, Bitencourt (2015, p. 643) entende que:

Desafortunadamente, afastar a possibilidade de remir a pena em regime aberto pela prestação de trabalho significa facilitar a marginalização do condenado, bem como do egresso no sistema penitenciário, trazendo em seu bojo considerável efeito criminógeno.

Todavia, os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entenderam não ser possível a concessão de remição no caso citado, em razão do dispositivo de lei que regula tal instituto não prever essa possibilidade. Vejamos:

HABEAS CORPUS. REGIME ABERTO. REMIÇÃO PELO TRABALHO. INADMISSIBILIDADE. 1. Segundo estabelece o art. 126 da Lei de Execução Penal, somente os apenados em regime fechado e semi-aberto fazem jus ao desconto do período de segregação por força do trabalho. 2. No caso dos autos, a paciente encontrava-se cumprindo pena em regime aberto, hipótese não prevista no mencionado artigo, que é taxativo ao permitir a remição somente ao condenado que desconta apenas em regime fechado ou semi-aberto. 3. O trabalho já é um pressuposto do regime aberto, que é exercido de forma livre e representa meio da própria subsistência e progresso material do sentenciado. Durante o cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto, a remição de pena pelo trabalho constitui um incentivo à atividade laborativa e contribui para a disciplina do apenado. 4. Esta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que não é possível a remição de pena pelo trabalho aos condenados inseridos no regime aberto. Precedentes. 5. Ordem denegada. (STJ - HC: 181167 RS 2010/0142585-8, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 14/12/2010, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 14/03/2011)

Quanto à natureza do trabalho desenvolvido pelo condenado, Mirabete e Fabbrini (2014, p. 560), entendem que não deve haver distinção, podendo ser interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, bem como apontam que “*Tem se admitido também que o trabalho útil na prisão, como os burocráticos na administração, de faxina, de formalização de requerimentos e petições em favor de colegas de presídios e etc.*”

3.2.1.1 Do cálculo da remição penal por meio do trabalho

De acordo como art. 126, § 1º, inciso II da Lei de Execução Penal, a cada três dias trabalhados, será abatido um dia de pena. Insta salientar, contudo, que o trabalho para ser objeto da remição, necessita ser habitual, rotineiro, não sendo inclusos os dias de descanso obrigatório.

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 561), ensinam que, caso o reeducando trabalhe em horário especial, em serviços de conservação e manutenção do presídio, o descanso não precisa necessariamente recair nos domingos e feriados. Explicam que só serão computados os dias em que o reeducando trabalhar no mínimo seis horas, ou seja, durante a jornada completa de trabalho. As horas excedentes ao máximo de oito horas diárias, ou os trabalhos realizados em finais de semana ou feriados, por livre e espontânea vontade do executado, não serão levadas em conta para compensação futura.

Contudo, de acordo com os autores, se este for obrigado, por determinação da autoridade competente, a trabalhar fora dos horários normais (em finais de semana ou feriado, bem como mais do que oito horas diárias), terá direito à remição de tais horas, excepcionalmente. A limitação da jornada de trabalho e as regras que devem ser seguidas para o seu cômputo tem o objetivo de não dar a liberdade ao executado de trabalhar somente quando deseja, e, assim, obter a remição com a soma das horas trabalhadas, ficando isento da disciplina, elemento essencial do instituto.

Dessa forma também entendeu o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, em julgamento ocorrido em outubro de 2017, que decidiu sobre Habeas Corpus impetrado em favor de um preso que pugnava pela divisão do total de horas trabalhadas enquanto recluso por seis, o mínimo de horas que compõe a jornada de trabalho, de acordo com o art. 33 da LEP, a fim de obter o total de dias passíveis de remição, ao invés de requerer o cálculo das horas como dispõe o art. 126 da LEP (Anexo B).

Em sua decisão, explica que a jurisprudência daquela Corte Superior não admite tal entendimento, e o cálculo da remição se faz, portanto, por dias trabalhados e não pelo somatório das horas, pois assim determina o art. 126 da LEP. Pondera que devem ser considerados somente os dias efetivamente trabalhados, e as duas horas excedentes ao mínimo de seis horas diárias não se configuram como extraordinárias.

Lembra que, excepcionalmente, devem ser consideradas para fins de remição penal a jornada de trabalho que, por determinação da Administração, forem inferiores ao mínimo legal, bem como as que excederem a jornada de trabalho estabelecida por lei, e as trabalhadas fora do horário normal. Tais horas, contudo, não podem ser resultantes de atos de indisciplina por parte do beneficiário.

3.2.2 Da remição penal pelo estudo

O instituto da remição penal era inicialmente concedido aos reeducandos do regime fechado e semiaberto, pelo trabalho realizado dentro do estabelecimento penitenciário, contudo, em 29 de junho de 2011, a Lei nº 12.433, ao alterar a redação da LEP, inseriu a possibilidade de remir a pena imposta por meio do estudo. Tal benefício foi estendido aos reeducandos do regime aberto, diferentemente da remição pelo trabalho, que não pode ser concedida aos recolhidos neste regime prisional.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 83, § 4º, dispõe que nos estabelecimentos penais, conforme sua natureza, serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizante, e o art. 18-A, dispõe sobre a implantação do ensino médio, regular ou supletivo.

Além dos presos recolhidos em regime fechado, semiaberto e aberto, podem usufruir da remição pelo estudo os condenados que se encontrem sob livramento condicional (art. 126, § 6º da LEP), bem como pelos presos cautelares (art. 126, § 7º da LEP), podendo ser abatidos os dias estudados, conforme a lei determina, em caso de condenação superveniente.

3.2.2.1 Do cálculo da remição penal pelo estudo

Aqueles permitidos por lei a usufruir do benefício da remição pelo estudo, podem remir um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias, conforme determina a LEP.

Verifica-se que a Lei, apesar de não computar as horas excedentes à carga horária citada, não impõe o mínimo de horas a serem realizadas por dia, apenas o total de doze horas a cada três dias. Isso significa que caso o beneficiário, em dois dias, cumpra a carga horária de doze horas, terá que estudar por pelo menos uma hora no terceiro dia para ter direito à remição.

O fracionamento da carga horária a ser cumprida visa estimular o reeducando a ter o hábito de estudar.

São consideradas atividades de estudo pela referida lei, as de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizantes, ou superior, ainda que de requalificação profissional, desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância. Estas deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

O reeducando que for autorizado a estudar fora do estabelecimento penal, deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar, conforme determina o art. 129, § 1º da LEP.

Verifica-se, portanto, que a LEP exige expressamente a necessidade de comprovação da frequência e aproveitamento escolar para aqueles que estudam fora do estabelecimento penal.

Em contra partida, no caso do reeducando que estuda nas dependências da unidade prisional, muito se discutiu acerca da necessidade de assiduidade ou um bom aproveitamento escolar para obter a remição

por meio do estudo. Contudo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, por não estarem explícitas na lei tais condições, não são necessárias para a obtenção da remição:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. REMIÇÃO DE PENA PELO ESTUDO. ARTIGO 126 DA LEI N. 7.210/84. EXIGÊNCIA DE FREQUÊNCIA MÍNIMA OBRIGATÓRIA. INEXISTENTE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O artigo 126 da Lei n. 7.210/84, que dispõe sobre a contagem do tempo para remição da pena, não exige frequência mínima obrigatória no curso e nem aproveitamento escolar satisfatório. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.453.257/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 10/6/2016.)

Assim, superada tal discussão, insta salientar que a LEP prevê um bônus ao reeducando estudante, pois em seu art. 126, § 5º determina que:

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Tal medida visa incentivar o estudante a engajar-se e perseverar nos estudos, para que conclua as etapas de ensino, que é ferramenta fundamental para a ressocialização, principal função da execução penal.

3.3 Da cumulação de remições penais

De acordo com a Lei de Execução Penal (art. 126, § 3), é possível a cumulação da remição pelo trabalho e pelo estudo, desde que haja compatibilidade de horários. Assim, o reeducando que participa das duas atividades de forma regular, poderá reduzir dois dias de sua pena a cada três dias estudados e trabalhados.

3.4 Das formalidades para o cômputo da remição penal

Para que a remição seja computada, a autoridade administrativa do presídio deve encaminhar mensalmente ao juízo a cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles (art. 129 da LEP).

Aquele autorizado a estudar fora das dependências da unidade prisional deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar, segundo a Lei de Execução Penal. Tal exigência não se aplica aos reeducandos que estudam no interior do estabelecimento prisional.

Assim, após ouvido o Ministério Público e a defesa, o juiz poderá declarar a remição (art. 126, § 8º da LEP), que será considerado como tempo cumprido para todos os efeitos (art. 128 da LEP).

3.5 Da impossibilidade de estudar ou trabalhar em razão de acidente, ou em decorrência da falta de oportunidades no estabelecimento prisional

A ideia da possibilidade de remição por meio do estudo é moderna e possui fundamento ressocializador, mas muitas vezes é inaplicável, em razão do estado de total falência do sistema carcerário.

Embora a Lei de Execução Penal preveja o direito do preso ao acesso ao estudo e oportunidades de labor, ainda existem diversas unidades prisionais que não dispõem de estrutura para fornecer ao reeducando tais benefícios, seja por condições financeiras, ou até mesmo em razão da falta de espaço físico para a construção das salas de aulas.

Ademais, é comum, em razão da superlotação dos presídios, como já mencionado anteriormente, ver condenados em definitivo cumprindo suas penas em presídios de trânsito por longos anos, estabelecimento estes que não possuem estrutura para proporcionar a todos os aprisionados oportunidades de trabalho ou estudo, o que ocasiona divergências entre os doutrinadores acerca da possibilidade da concessão da chamada remição ficta.

Parte da doutrina entende que, em razão da falha estatal em oferecer oportunidades de trabalho e estudo dentro das instituições penais, aquele preso que deseja trabalhar e estudar, e só não o faz em razão da omissão do Estado, merece ser beneficiado com a remição penal, como se estivesse efetivamente laborando ou estudando, visto que ele só não se encontra realizando as atividades que poderiam o beneficiar, em razão de tal irregularidade. A outra parte defende que a remição ficta não deve ser concedida, como, por exemplo, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 642), e afirma que:

Conceder a remição independentemente de o condenado haver trabalhado passa a assegurar a concessão automática da remição de quase um terço da pena, e não é esse o sentido da lei, por mais que desejemos a concessão desse benefício (direito). As exigências constantes dos arts. 129 e 130 da LEP não autorizam outra interpretação, embora respeitando o entendimento mais liberal e até torcendo para que prevaleça na jurisprudência brasileira tal orientação. Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito à remição, independentemente de o condenado ter trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei, o que seria lógico.

Atualmente, os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também entenderam não ser possível a remição ficta em razão da falta de oferecimento de oportunidade pelo Estado, por ausência de previsão legal, o que não dá ao preso o direito subjetivo de remição da pena:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ATIVIDADE LABORAL NÃO OPORTUNIZADA AO PRESO. OMISSÃO ESTATAL. “REMIÇÃO FICTA”. IMPOSSIBILIDADE. 1. A remição da pena, a teor do art. 126 da Lei de Execução Penal, exige a efetiva realização da atividade laboral ou a frequência em curso (estudo), nos termos do art. 126 da LEP. 2. “Não pode a suposta omissão Estatal ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador” (agRg no HC 208.619/RO, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 14/8/2014). 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no RHC: 35833 MS 2013/0055329-7, Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Data de Julgamento: 05/05/2015, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 13/05/2015)

Aliás, o instituto da remição, caso fosse concedido sem a efetiva realização de atividade que a autoriza, além de causar um cenário de injustiça com aqueles que trabalham regularmente, estaria subtraindo da execução da pena um dos seus princípios mais importantes, a ressocialização. Isto porque o beneficiário não precisaria realizar as atividades previstas em lei, e, dessa forma, não estaria sendo preparado para retornar à sociedade, abatendo vários dias de sua pena, e, conseqüentemente, usufruindo de um benefício para o qual não empreendeu esforços.

Por outro lado, se o reeducando trabalhava ou estudava e em razão do acidente quedou-se impossibilitado de executar tais atividades, não será interrompida a contagem dos dias a serem remidos, de modo a serem considerados apenas os dias em que o reeducando estiver efetivamente impossibilitado executá-las. No caso da impossibilidade de trabalhar, não serão computados os domingos e feriados, por serem dias de descanso, como dispõe o art. 126, § 4º da LEP.

Portanto, o direito ao aproveitamento da remição pelo beneficiário que encontra-se impossibilitado de exercer suas atividades em razão de acidente de trabalho, não se confunde com a impossibilidade de exercer atividade em razão da falta de oferecimento de oportunidades pelo Estado, sendo a primeira possível e a segunda não.

3.6 Da perda dos dias remidos

Antes da Lei 12.433 de 2011, que deu nova redação ao art. 127 da LEP, o condenado que fosse punido com falta grave perderia o direito ao tempo remido, começando o novo período da data da infração disciplinar. Atualmente, regulamenta que em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido.

O rol de faltas graves está previsto no art. 50 da LEP, e inclui o descumprimento pelo reeducando do dever à execução do trabalho, tarefas e ordens recebidas, bem como a provocação de acidente de trabalho.

Verifica-se que a lei não mais exige a punição por falta grave, o que, contudo, não significa que basta o simples cometimento para que o juiz revogue o tempo remido, caso entenda ser medida justa. É necessário que a falta grave seja devidamente apurada e reconhecida judicialmente, como já decidiram os Desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PERDA DOS DIAS REMIDOS SEM O RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR - RECURSO PROVIDO. Restando ausentes a apuração e a homologação da falta grave praticada pelo reeducando, não há como decretar a perda dos dias remidos, devendo tais dias serem restabelecidos em favor do agravante. (TJ-MG - AGEPN: 10231120298121002 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 10/06/2014, Câmaras Criminais / 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/06/2014)

O magistrado poderá revogar até um terço dos dias remidos, por meio de decisão fundamentada, baseada na razoabilidade e proporcionalidade.

Felizmente, aqueles que antes de 2011 tiveram revogados os dias remidos acima do limite estabelecido pela nova lei não ficaram desamparados, conforme lembra Marcão (2016, p. 251):

As modificações determinadas pelo novo art. 127 da LEP têm aplicação retroativa, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da CF, na Súmula 611 do STF e no art. 66, I, da LEP, do que decorre a necessidade ex officio das decisões que determinaram perda de dias remidos em razão de falta grave, visto que, no máximo, será caso de decotar 1/3 (um terço) dos dias remidos, o que implicará na imediata devolução a estes executados de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos dias que haviam perdido.

Vale lembrar que devem ser assegurados ao condenado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Entendem os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar não é obrigatória, sendo a realização de audiência de justificação bastante para assegurar tais direitos constitucionais:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. EVASÃO. FALTA GRAVE CONFIGURADA. PAD NÃO HOMOLOGADO. APENADO OUVIDO DURANTE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO NA QUAL FOI ASSISTIDO POR DEFENSOR PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REGRESSÃO DE REGIME. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. EXCEÇÃO AO LIVRAMENTO CONDI-CIONAL, AO INDULTO E À COMUTAÇÃO DE PENA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ALTERAÇÃO DO ART. 127 DA LEP. REVOGAÇÃO DE ATÉ 1/3 DO TEMPO REMIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que o art. 118, § 2º da LEP sequer exige a instauração de PAD para o reconhecimento de falta grave, bastando que seja realizada audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório. II. Evidenciada a fuga do estabelecimento prisional, resta configurada a prática da infração disciplinar atribuída ao sentenciado, com fulcro no art. 50, inciso II, da LEP. III. O cometimento de falta grave implica regressão de regime, conforme se infere do art. 118, inciso I c/c art. 50, inciso II, ambos da Lei de Execução Penal. Precedentes. IV. A prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios que dependam de lapso de tempo no desconto de pena, salvo

o livramento condicional, nos termos da Súmula nº 441/STJ, o indulto e a comutação de pena. V. Com o advento da Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação do art. 127 da LEP, a prática de falta grave no curso da execução implica em perda de até 1/3 dos dias remidos, devendo o Juízo das Execuções aplicar a fração cabível à espécie, levando em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. VI. Sendo mais benéfica ao paciente, a nova redação do art. 127 da LEP retroage por força do art. 5º XL, da CF e parágrafo único do art. 2º do CP, alcançando fatos anteriores a sua entrada em vigor. VII. Deve ser parcialmente cassado o acórdão atacado e a decisão de 1º grau, a fim de que a prática de falta grave implique reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios que dependam de lapsos de tempo de desconto de pena, excetuando-se o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como para limitara perda dos dias remidos a 1/3, nos termos do art. 127 da LEP. VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC: 175658 RS 2010/0104938-0, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 04/08/2011, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 17/08/2011) (grifo meu)

Não obstante isso, tendo em vista que a Lei de Execução Penal, não menciona a possibilidade de prescrição do direito do Estado de revogar os dias remidos, é importante mencionar o entendimento jurisprudencial.

Os Desembargadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso entendem que, caso a falta grave seja apurada dentro do triênio legal, a perda dos dias remidos pode ser declarada a qualquer tempo. Observemos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REGRESSÃO PENAL PELA PRÁTICA DE FALTA GRAVE – DECISÃO POSTERIOR QUE DECLARA A PERDA DE 1/6 (UM SEXTO) DOS DIAS REMIDOS – RECURSO DEFENSIVO – 1. POSTULADO O RECONHECIMENTO DE PRECLUSÃO E/OU PRESCRIÇÃO PARA A DECLARAÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS – INOCORRÊNCIA – FALTA GRAVE RECONHECIDA DENTRO DO TRIÊNIO LEGAL – PERDA DOS DIAS REMIDOS QUE PODE SER RECONHECIDA A QUALQUER TEMPO ANTES DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA – 2. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO OU QUE SEJA FIXADO QUANTITATIVO INFERIOR AO DETERMINADO PELO TOGADO DE PRIMEIRO GRAU – IMPOSIBILIDADE – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SUCINTO, CONTUDO FUNDAMENTADO – FIXAÇÃO DE COEFICIENTE FRACIONÁRIO RAZOÁVEL – DECISÃO EM SINTONIA COM A DOCTRINA E PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O fato de o juízo de primeiro grau não ter decidido sobre a perda de parte dos dias remidos quando reconheceu a prática da falta grave praticada pelo agravante; e de o Ministério Público não ter igualmente se manifestado sobre a omissão daquele quando da homologação da falta grave, não impede que o presidente do feito executivo venha a fazê-lo em momento posterior, não se cogitando de preclusão pro judicato, justamente porque a questão decorre de imposição legal e não foi objeto de deliberação anterior. Segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, o art. 127, da Lei n. 7.210/84 não impõe qualquer limite temporal para a decretação da perda de parte dos dias remidos, razão pela qual, uma vez reconhecida a prática da falta grave dentro do triênio legal, a perda de parte dos dias remidos pode ser declarada a qualquer tempo enquanto não extinta a sanção pelo seu integral cumprimento, não havendo, pois, falar-se em preclusão ou prescrição de tal medida. 2. É incabível o pleito de nulidade do decisum investido, porquanto seu prolator, embora de maneira sucinta, deixou consignadas as razões de seu convencimento, reportando-se à decisão anterior, que reconheceu a prática da falta grave pelo agravante; fixando, ademais, para a perda dos dias remidos, um dos menores quantitativos aplicável à espécie, não havendo, portanto, cogitar-se em ausência de fundamentação, muito menos em fixação de coeficiente fracionário inferior ao utilizado na decisão guerreada. (AgExPe 14469/2017, Des. Luiz Ferreira da Silva, Terceira Câmara Criminal, Julgado em 19/04/2017, Publicado no DJE 27/04/2017) (TJ-MT - EP: 00049653720168110015 14469/2017, Relator: Des. Luiz Ferreira da Silva, Data de Julgamento: 19/04/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/04/2017) (grifo meu)

O prazo de três anos surgiu do entendimento de que, caso não exista prazo legal específico para a apuração de falta disciplinar, deve ser considerado o menor prazo prescricional previsto no Código Penal, ou seja, o disposto no art. 109, inciso V.

Em oposição a tal entendimento, parece justo que o direito do Estado de revogar os dias remidos prescreva a cada homologação do cálculo de pena, que deve ser realizado periodicamente, momento em que deve ser observado o eventual cometimento de falta grave e, portanto, ser aplicada sua respectiva sanção, a fim de evitar insegurança jurídica.

4. HIPÓTESES DE OBTENÇÃO DA REMIÇÃO PENAL NÃO PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Diante do cenário do sistema prisional já descrito, muito se discute acerca da necessidade de encontrar meios alternativos para proporcionar aos apenados atividades ressocializadoras, incentivadas pelo instituto da remição penal.

Já existem diversos projetos de lei com o objetivo de expandir o rol das atividades concessoras da remição penal, sendo que muitas delas poderiam ser implementadas em instituições penais desprovidas de estrutura para promover as atividades que oportunizam a remição penal que estão previstas na Lei de Execução Penal.

A modernização do instituto da remição penal é necessária e deve ser incentivada, observando requisitos como a função ressocializadora da atividade e o controle de sua carga horária, que deve ser fiscalizada pela autoridade prisional competente, assim como as já dispostas na LEP.

4.1 Atividades que possibilitam a obtenção da remição penal de acordo com a Recomendação nº 44 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça

A Recomendação nº 44 do CNJ, de novembro de 2013, recomenda aos Tribunais que sejam valoradas e consideradas para fins de remição pelo estudo as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de leitura, as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim.

4.1.1 Da remição pela leitura

A possibilidade de remição por meio da leitura surgiu a partir de uma interpretação extensiva em *bonam partem* do art. 126 da LEP, que já previa a possibilidade de remição através do estudo desde o ano de 2011, em razão da Lei nº 12.433.

A inclusão da leitura como atividade geradora de remição penal significa uma modernização do instituto, e importante medida para aprimorar a busca pela ressocialização do preso, como ressalta Marcão (2016, p. 246):

O aprimoramento cultural proporcionado pela leitura amplia horizontes antes limitados pela ignorância; permite amealhar estímulos positivos no enfrentamento ao ócio da criatividade; combate a anemia aniquiladora de vibrações e iniciativas virtuosas; e disponibiliza, como consequência natural do seu acervo acesso à felicidade que decorre de novas perspectivas atreladas a realizações antes não imaginadas.

Diante dessa realidade que não se pode negar, são incontáveis os frutos benfazejos – generosa e harmoniosamente cedidos pelo aprimoramento cultural – e deles a execução penal não pode prescindir.

A remição pela leitura é, portanto, mais uma ferramenta que promove educação aos internos, principalmente àqueles reclusos em estabelecimentos que não oferecem oportunidades de estudos ou trabalho, que passam a possuir uma chance (mais flexível) de obter o benefício da remição penal.

Foi em 2012, com a Portaria Conjunta nº 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria Geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, que instituiu, no âmbito das Penitenciárias Federais, o Projeto “Remição pela Leitura”, bem como com a Lei Estadual nº 17.329, que instituiu o “Projeto Remição pela Leitura” no âmbito dos Estabelecimentos Penais do Estado do Paraná, que a remição pela leitura restou disciplinada pela primeira vez.

A Portaria Conjunta nº 276/2012, do Conselho da Justiça Federal e da Diretoria Geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça visa “*instituir o Projeto ‘Remição pela Leitura’, em atendimento ao disposto na Lei de Execução Penal, no que tange à Assistência Educacional aos presos custodiados nas respectivas Penitenciárias Federais.*”

Conforme a Portaria, será disponibilizada uma obra ao reeducando, dentre as disponíveis na Unidade, que deverão ser adquiridas pela Justiça Federal, pelo Departamento Penitenciário Nacional e doados às Penitenciárias Nacionais. A Portaria exige, no mínimo, 20 exemplares de cada obra a serem trabalhadas no projeto, e o máximo de doze obras a serem resenhadas a cada doze meses por cada interno.

A resenha, que será avaliada por comissão específica nomeada pelo Diretor de cada Penitenciária Federal, deverá cumprir critérios objetivos e subjetivos, conforme disciplina aquela Portaria:

Art. 4º Segundo o critério objetivo, o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para leitura de uma obra literária, apresentando ao final deste período uma resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 04 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras lidas e avaliadas, terá a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da Unidade. Art. 5º O critério subjetivo possui embasamento legal no artigo 126 da nº 7210, de 11 de julho de 1984, equiparando-se ao trabalho intelectual, e considerar-se-á a fidedignidade e a clareza da resenha, sendo desconsideradas aquelas que não atenderem a esse pressuposto.

A resenha do preso participante do projeto deverá ser esteticamente apresentável ou seja, deve respeitar parágrafo, não conter rasuras, respeitar a margem e ser escrita com letra cursiva e legível. Ainda, deve tratar apenas do conteúdo do livro, sendo proibido plagiar.

A Lei Estadual nº 17.329, que instituiu o “Projeto Remição pela Leitura” no âmbito dos Estabelecimentos Penais do Estado do Paraná, prevê que qualquer custodiado alfabetizado poderá participar do programa, e realizará relatório ou resenha dos livros disponíveis, que será avaliado pela Comissão de Remição pela Leitura composta de um professor de língua portuguesa e um pedagogo.

Os reeducandos poderão realizar a resenha ou relatório de uma obra a cada trinta dias, e para que seja provado, deve ser realizado de forma presencial, em local adequado, providenciado pela Direção do Estabelecimento Penal, perante professor de língua portuguesa, que avaliará a atividade de acordo como o art. 12 daquela Lei, vejamos:

Art. 12. Será utilizada a nota 0,0 (zero) a 10,0 (dez), sendo considerado aprovado o relatório de leitura ou a resenha que atingir a nota igual ou superior a 6,0 (seis), conforme Sistema de Avaliação adotado pela Secretaria de Estado da Educação do Estado do Paraná – SEED/PR.

Ainda, a lei prevê que a comissão de leitura será responsável por relacionar as obras, atualizar o rol de livros, orientar os reeducandos na elaboração da resenha ou relatório, bem como realizar a sua correção. A Comissão também deverá elaborar declaração mensal relativa à leitura das obras, discriminando a carga horária e aproveitamento escolar de cada reeducando participante do projeto.

A lei paranaense não prevê o mínimo de exemplares de cada obra a serem trabalhadas no projeto e não estabelece a quantidade máxima de livros a serem relatados ou resenhados, mas determina a nota mínima para a aprovação do relatório ou resenha, a serem avaliados por professores qualificados, elaboradas presencialmente em local adequado.

Tais medidas, em comparação à Portaria Conjunta retrocitada, possuem vantagens e desvantagens. Uma das vantagens é a inexistência de um mínimo de obras a serem disponibilizadas, o que poderia significar maior variedade de títulos a serem trabalhados, associado com um menor gasto à instituição penal, que poderia se utilizar de livros doados por populares ao projeto. A atribuição de nota mínima para aprovação dos relatórios é importante e confere credibilidade à avaliação.

Por outro lado, ainda que válida a idéia de sala de aula ou espaço adequado para a realização do relatório ou resenha, a implementação da remição pela leitura estaria limitada aos estabelecimentos dotados de estrutura física, o que não colaboraria para a solução de uma das irregularidades do sistema prisional atual, a falta de oferecimento de oportunidades de realização de atividades viabilizadoras da remição.

Desta forma, até o ano de 2013, a remição penal pela leitura estava regulamentada apenas no âmbito das penitenciárias federais e instituições penais do estado do Paraná. Contudo, em 26 de novembro de 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 44, prevendo em seu art. 1º, inciso V, a necessidade de:

V - estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 [...]

Para que seja permitida a remição pela leitura, com base na Recomendação do CNJ, as autoridades penitenciárias devem construir projeto específico visando à remição pela leitura.

As obras a serem utilizadas devem ser adquiridas pelo Poder Judiciário, pelo DEPEN, Secretarias Estaduais/Superintendências de Administração Penitenciárias dos Estados ou outros órgãos de execução penal e doados aos respectivos estabelecimentos prisionais. A Recomendação exige o mínimo de vinte exemplares de cada obra a ser trabalhada no projeto.

Ainda, recomenda que seja estabelecido como critério objetivo, em seu art. 1º, inciso V, alínea “e”, que o preso tenha o prazo de vinte e um a trinta dias para realizar a leitura da obra, apresentando, no final do período, resenha do livro escolhido, possibilitando a remição de quatro dias ao final de cada obra resenhada e aprovada. No prazo de doze meses, o reeducando pode realizar resenha de até doze livros, remindo assim, até quarenta e oito dias de sua pena a cada ano, de acordo com a capacidade gerencial da unidade prisional.

De acordo com o art. 1º, inciso V, alínea “f” daquela Recomendação, a comissão organizadora deve analisar os trabalhos, observando aspectos relacionados à compreensão e compatibilidade do texto com o livro trabalhado, devendo o resultado ser encaminhado ao juiz da Execução Penal, para que este decida sobre o aproveitamento da leitura realizada.

Verifica-se, portanto, serem muitos similares a Portaria Conjunta nº 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria Geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça e a Recomendação nº 44 do CNJ.

Não obstante isso, encontra-se em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 208 de 2017, que propõe a inclusão da remição pela leitura no art. 126 da Lei de Execução Penal. O projeto prevê o mínimo

de cinco exemplares de cada obra e permite a utilização de livros doados. São medidas coerentes, visto que a demasiada burocratização para sua implementação nos estabelecimentos, conservaria a situação de falta de oferecimento de oportunidades aos reeducandos nos presídios.

Quanto ao critério para o cômputo das horas, segue o mesmo modelo da Portaria Conjunta nº 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria Geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça e da Recomendação nº 44 do CNJ, devendo ser cumpridos requisitos objetivos e subjetivos para a aprovação da resenha.

4.1.1.1 Da remição pela leitura em Mato Grosso do Sul

Em dezembro de 2017, no âmbito da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul, eram adotadas tanto a retrocitada Portaria quanto a Recomendação do CNJ para concessão da remição pela leitura.

Na data de 04 de dezembro de 2017, em entrevista realizada por telefone com a Pedagoga da Penitenciária Federal de Mato Grosso do Sul, Carla dos Santos, responsável por realizar a correção das resenhas apresentadas pelos reeducandos e encaminhá-las ao juiz corregedor, esta ressaltou a importância do Projeto Remição Pela Leitura.

Tendo em vista que não existiam oportunidades de trabalho nas dependências daquela Penitenciária, tanto a Portaria Conjunta nº 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e Diretoria Geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça quanto a Recomendação nº 44 do CNJ possuíam imenso valor no processo de ressocialização daqueles internos, pois viviam em absoluto ócio, tomados pelos efeitos do cárcere, e passaram a contar com oportunidades de realizar atividade intelectual e proveitosa para sua vida em liberdade.

Segundo ela, o acervo da biblioteca daquela Penitenciária contava com cerca de seis mil títulos, e, àquela época, participavam do projeto cerca de cento e trinta e um internos. Os livros não possuíam caráter doutrinário, e eram periodicamente atualizados, inclusive pelas famílias dos presos, que podiam realizar doações à biblioteca do estabelecimento, a fim de atender a preferência de leitura do recluso.

Por outro lado, grande parte dos presos não se interessava pela leitura, alguns em razão de achar despropositado o projeto para sua vida futura, e outros em razão da falta de escolaridade básica, que os impedia de realizar a atividade da leitura. Estes, infelizmente, acabavam por não ser beneficiados com o Projeto.

Para a Pedagoga Carla dos Santos, a avaliação possuía critérios simples, e não objetivava a eliminação do beneficiário. Anteriormente era atribuída nota à resenha, mas por falta de previsão de tal requisito nos dispositivos que regulam a remição pela leitura, eram considerados apenas critérios subjetivos para a aprovação da resenha.

Interessante salientar que embora a Resolução e a Portaria estabeleçam a disponibilização de 20 unidades de cada exemplar na biblioteca da penitenciária, na prática não era aplicada, tendo em vista a dificuldade de adquirir grandes quantidades dos exemplares. Além disso, a realidade carcerária, em que muitos dos presos são condenados a cumprir pena por longos anos, demanda uma maior variedade de títulos para fomentar a leitura constante. Do contrário, desestimularia a prática que tanto os beneficia.

Naquela época, no âmbito Estadual existiam sete cidades que já possuíam Portaria autorizando a implementação do projeto da remição pela leitura nas penitenciárias: Aquidauana, Bataguassu, Campo Grande (apenas no regime aberto e semiaberto), Corumbá, Dois Irmãos do Buriti, Nova Andradina e Paranaíba (Anexo C)

Dentre as cidades citadas, o projeto de remição pela leitura havia sido efetivamente efetivamente implantado em apenas quatro cidades: Dois Irmãos do Buriti, Nova Andradina, Corumbá (em duas das quatro instituições penais) e Aquidauana (em uma das duas instituições penais). Na cidade de Paranaíba o projeto estava em processo de implantação.

As cidades de Ponta Porã, Rio Brillhante, São Gabriel do Oeste, Três Lagoas, Amambaí, Cassilândia, Coxim, Dourados, Jardim, Jateí e Naviraí ainda não estavam autorizadas a implantar o projeto da remição pela leitura.

Atualmente, a remição pela leitura encontra-se regulamentada pela Portaria conjunta das Varas de Execução Penal nº 001/2019, publicada no diário oficial em 16 de abril de 2019.

Esta institui a remição pela leitura, conforme seu art. 1º, no âmbito dos estabelecimentos carcerários de regime fechado, semiaberto e no Presídio Militar no Estado de Mato Grosso do Sul que possuam parceria com rede de ensino capaz de pactuar o controle dos livros, fiscalização e avaliação da leitura.

A recente recomendação foi desenvolvida com base na Recomendação nº 44 do CNJ e considera que a leitura é capaz de promover a reinserção social do apenado e agregar valores ético-morais à sua formação.

Embora o caminho até a ressocialização seja árduo, e muitas vezes aparentemente inalcançável ante ao cenário atual do sistema carcerário, tais medidas demonstram interesse das autoridades envolvidas, fazendo com que a esperança de que todos tenham a oportunidade de tentar seja fortalecida.

4.1.2 Da remição penal pela aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio

A recomendação do Conselho Nacional de Justiça traz em seu texto benefícios aos diversos internos que já estudavam sozinhos nos estabelecimentos penais que não dispunham de oportunidades de estudo.

Antes do ano de 2013, aquele que não possuía oportunidade de estudar, mas concluía etapas de ensino por meio da aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), ou educação técnica de nível médio, não eram beneficiados com a remição penal. Isto porque o tempo de remição, proveniente de tais aprovações, segundo o § 5º do art. 126 da LEP, deveria ser acrescido de um terço.

Ocorre que uma vez que o reeducando nunca possuiu a oportunidade de estudar, não havia tempo de remição ao qual fosse acrescida a parcela de um terço, o que impedia a concessão do benefício, tendo em vista a ausência de regras para o cálculo de remição no caso descrito.

A fim de solucionar flagrante injustiça, a Recomendação, em seu art. 1º, inciso IV, orienta 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 nº 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;

Portanto, quando o beneficiário concluir etapas de ensino e não houver base de cálculo para o acréscimo de um terço do tempo de remição, deverá ser considerado 50% (cinquenta por cento) da carga horária de cada nível para o qual tenha sido aprovado o reeducando.

Tal medida é absolutamente relevante, tendo em vista a já mencionada falta de oportunidades em diversas instituições penais. Visa incentivar o reeducando a estudar por conta própria, principalmente em presídios sem estrutura para promover educação.

Além de afastar os efeitos do cárcere, efetivamente ressocializa o reeducando, tendo em vista que a cada aprovação, mais qualificado para o mercado de trabalho o preso estará quando for liberto, além de resgatar a autoestima, motivando-os a alcançar maiores níveis de qualificação.

4.1.3 Da remição penal por meio de atividades de natureza cultural e esportiva

A Recomendação nº 44 do CNJ de 2013, sugere aos Tribunais que sejam valoradas e consideradas para de fins de remição pelo estudo as atividades de caráter complementar, como as de natureza cultural e esportiva.

Apesar de ainda não serem comuns, a remição por atividades de natureza cultural e esportiva já é possível, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim.

A participação nas atividades deve ser comprovada, bem como sua carga horária, a fim de que sejam calculados o total de dias a serem remidos.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça já decidiram de modo reiterado pelo deferimento de remição em benefício de reeducando que realiza atividade em coral. A decisão não fora baseada na Recomendação nº 44 do CNJ, mas comprova que um novo olhar vêm sendo adotado, a fim de dar interpretação extensiva ao art. 126 da LEP, criando novas oportunidades de remição da pena, e, conseqüentemente, incentivando a participação dos presos em atividades ressocializadoras, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. ATIVIDADE REALIZADA EM CORAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM DO ART. 126 DA LEP. PRECEDENTES. REDAÇÃO ABERTA. FINALIDADE DA EXECUÇÃO ATENDIDA. INCENTIVO AO APRIMORAMENTO CULTURAL E PROFISSIONAL. AFASTAMENTO DO ÓCIO E DA PRÁTICA DE NOVOS DELITOS. PROPORCIONAR CONDIÇÕES PARA A HARMÔNICA REINTEGRAÇÃO SOCIAL. FORMAÇÃO PROFISSIONAL. PROVIMENTO. 1. Em se tratando de remição da pena, é, sim, possível proceder à interpretação extensiva em prol do preso e da sociedade, uma vez que o aprimoramento dele contribui decisivamente para os destinos da execução (HC n. 312.486/SP, DJe 22/6/2015). 2. A intenção do legislador ao permitir a remição pelo trabalho ou pelo estudo é incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP). Ao fomentar o estudo e o trabalho, pretende-se a inserção do reeducando ao mercado de trabalho, a fim de que ele obtenha o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento de sua pena. 3. O meio musical, além do aprimoramento cultural proporcionado ao apenado, promove sua formação profissional nos âmbitos cultural e artístico. A atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade. 4. Recurso especial provido para reconhecer o direito do recorrente à remição de suas penas pela atividade realizada no Coral Decreto de Vida, determinando ao Juízo competente que proceda a novo cálculo da reprimenda, computando, desta feita, os dias remidos como pena efetivamente cumprida. (STJ - REsp: 1666637 ES 2017/0092587-3, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 26/09/2017, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2017)

Não obstante isso, existe Projeto de Lei nº 9291 de 2017 no Câmara dos Deputados, a fim de alterar o art. 126 da LEP, e incluir a possibilidade de remição pela prática de atividade profissional nos âmbitos cultural e artístico ao reeducandos do regime fechado e semiaberto.

Dentre as justificativas da criação do Projeto de Lei, estão os argumentos de que para aprender música são necessárias muitas horas de estudo, prática e dedicação, e que a música já foi regulamentada como profissão pela Lei 3.857/60.

O mesmo ocorre com a remição penal por meio de prática esportiva, que apesar de ser incomum, é possível, de acordo com a Recomendação nº 44 do CNJ, e deve ser incentivada. Assim como as atividades culturais, a prática de esportes exige disciplina e ocupa o reeducando para que não sofra com os efeitos negativos do cárcere, comuns em razão do atual cenário carcerário.

4.2 Da remição penal pela doação de sangue

É comum observar nas redes sociais e nas propagandas televisivas a constante conscientização acerca da necessidade de mais pessoas doarem sangue, já que, infelizmente, este não é um hábito do brasileiro. Muitas vezes a transfusão de sangue é a única chance de sobrevivência do paciente, e deve realmente ser incentivada de todas as formas possíveis.

Pensando nisso criou-se o Projeto de Lei nº 117, de 2014, que se encontra em tramitação no Senado Federal, e visa alterar a redação do art. 126 da LEP, a fim de incluir a possibilidade de remição pela doação de sangue. Também prevê a criação do “art. 198-A”, que determina que:

Art. 198-A. A direção dos estabelecimentos penais deverá, periodicamente, buscar sensibilizar e conscientizar os detentos para a importância da doação de sangue e a remição de pena decorrente, inclusive por meio de cartazes colocados em áreas de uso comum, como refeitórios, pátios, entre outras.

A remição pela doação de sangue, portanto, ainda não é uma realidade no Brasil, mas caso a lei seja aprovada, serão concedidos quatro dias de pena para cada doação de sangue realizada.

As doações voluntárias deverão ser precedidas de aval médico e poderão ser feitas a cada três meses pelos homens e quatro meses pelas mulheres, salvo instrução médica em sentido diverso.

É uma justificativa nobre e busca reduzir a crise dos hemocentros, fazendo com que o preso seja útil à sociedade e pratique ato solidário, mas trata-se de assunto demasiadamente delicado, como salienta Prado e colaboradores (2017, p.243):

De qualquer forma, em reflexão sobre o tema, o projeto deve ser visto com alguma cautela e devidamente discutido. Isso se afirma porque ao fazer a doação de sangue, é realizado um questionário em que são feitas perguntas de ordem pessoal (tais como: o doador manteve relações sexuais de risco? O doador fez ou faz uso de drogas ilícitas? O doador foi acometido com doenças?) às quais os presos podem optar em faltar com a verdade com a finalidade de receber o benefício, podendo existir um risco à saúde de outrem também.

Reconhecida a importância da doação de sangue, ainda que a lei não venha a ser aprovada, o incentivo à doação de sangue deve ser realizado, para que os presos sejam conscientizados e sensibilizados, e queiram realizar a doação, independentemente da obtenção da remição.

4.3 Da possibilidade de concessão da remição a título de indenização pelo desvio ou excesso da execução penal

Como visto anteriormente, durante o cumprimento da pena, devem ser respeitados princípios constitucionais como o da proporcionalidade, da individualização da pena e da humanidade.

Isso significa que o apenado pode ser privado apenas dos direitos restringidos pela sentença condenatória. Assim, de acordo com o art. 185 da Lei de Execução Penal, quando ultrapassados tais limites, haverá excesso ou desvio da execução penal.

Para Marcão (2016, p. 376), o excesso ocorre quando algo excede ao decidido na sentença ou acórdão submetido à execução, é quantitativo em relação ao título que está sendo executado e será sempre prejudicial ao condenado. Como exemplo, enumera as seguintes situações:

1) submeter o executado a regime mais rigoroso do que aquele que tem direito em razão do fixado na sentença ou em decisão que concedeu progressão; 2) manter em cadeia pública ou estabelecimento inadequado aquele a quem se impôs medida de segurança; 3) submeter o executado a sanção administrativa além do fixado em lei.

Já o desvio na execução ocorrerá quando houver mudança no curso normal da execução, e é qualitativo em relação ao título que está sendo executado. Segundo Mirabete e Fabbrini (2014, p.892):

[...] é de se notar que o excesso só ocorre com a violação de direito do sentenciado, enquanto no desvio pode ser que ele seja beneficiado. Há desvio, por exemplo, quando se concede permissão de saída em hipótese não prevista, se dispensa injustificadamente o condenado do trabalho prisional, não se instaura o procedimento disciplinar após a prática de falta etc.

O excesso e o desvio da execução são comuns e vem sendo discutidos, em face da necessidade de encontrar uma solução justa àqueles que são prejudicados diariamente pela sua ocorrência.

Este fora objeto da ação ajuizada em face do Estado do Mato Grosso do Sul por um reeducando preso em Corumbá/MS, que pugnava pela condenação daquele Estado, no valor de um salário mínimo por mês, enquanto perdurasse a situação inadequada do cumprimento da pena, em razão do tratamento degradante sofrido durante o cumprimento da reprimenda, decorrente da excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, como condições precárias de habitação, insalubridade e ausência de espaço físico mínimo na cela, o que configura excesso na execução.

A decisão de primeiro grau negou o pedido constante na exordial, tendo o reeducando, representado pela Defensoria Pública, interposto apelação ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização, condenando o estado ao pagamento de dois mil reais ao reeducando.

O Estado, inconformado com a decisão, propôs Embargos Infringentes, que modificou a decisão proferida na Apelação Cível ao argumento de que não seria razoável a indenização diante das dificuldades financeiras do Estado.

Assim, a Defensoria Pública interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (RE 580.252/ MS), que reconheceu a questão da existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados em tais circunstâncias como sendo de repercussão geral, julgado em fevereiro de 2017.

Em voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso discordou da entrega de indenização em dinheiro, entendendo ser esta uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, já que o montante poderia ser empregado na melhoria das condições de encarceramento. Afirma que:

Nesse contexto, me parece que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Rel. Ministro. Ayres Britto, julgado em 17 fev. 2011, publicado em Diário da Justiça Eletrônico 109, em 08 jun. 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=50252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 nov. 2017).

Assim, sugeriu a adoção de um mecanismo de reparação alternativo, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da LEP, e, subsidiariamente a indenização em dinheiro, cabível nas hipóteses em que o preso tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível lhe conceder remição, expondo a tese de que:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente. (BARROSO, Luís Roberto. Voto-vista- Recurso Extraordinário 580252. Indenização por danos morais ao preso em razão da condição carcerária. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/05/Voto-Indenizacao-a-presos_versao-final_6mai2015.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017).(grifo meu)

Foi vencido o voto do Ministro Barroso, e dado provimento ao recurso, que condenou o Estado do Mato Grosso do Sul a pagar o valor de dois mil reais ao preso.

A solução encontrada pelo Ministro seria a solução ideal a curto prazo, tendo em vista que o Estado não suportaria pagar indenização a todos os reeducandos que se encontram aprisionados em situação precária.

Ocorre que o recorrente não requereu o benefício da remição, mas sim indenização em dinheiro, o que significa que eventual decisão de concessão de remição a título de indenização, no caso descrito, configuraria decisão *extra petita*, já que a providência deferida seria totalmente estranha ao pedido.

Ainda, preocupa-se com a falta de previsão legal da concessão de remição pelo excesso de execução, o que possibilitaria a criação uma nova modalidade de remição, não prevista em lei.

A fim de solucionar o problema da inexistência de previsão legal, encontra-se em trâmite no Senado Federal os Projetos de Lei nº 576, de 2015 e nº 147, de 2017.

O Projeto de Lei mais recente (nº 147 de 2017) pretende regulamentar o procedimento do incidente de execução em razão de desvio ou excesso e prevê a hipóteses de remição de pena em caso de excesso ou desvio de execução em decorrência de superlotação carcerária. O Projeto prevê a criação dos arts. 126-A e 186-A na LEP, a fim de regulamentar a nova modalidade de remição, que determinam que:

Art. 126-A. O preso condenado com bom comportamento carcerário e que cumpre a pena em situação degradante ou ofensiva à sua integridade física e moral, em razão de o estabelecimento penal estar com lotação superior à sua capacidade, tem direito a remir a pena à razão de um dia de pena a cada sete dias de encarceramento em condições degradantes. § 1º O juiz da execução decidirá sobre a remição de que trata este artigo após observado o procedimento previsto no Capítulo II do Título VII desta Lei. § 2º A remição de que trata este artigo poderá ser cumulada com outras hipóteses de remição previstas em lei.

Art. 186-B. No caso de desvio ou excesso em razão de o estabelecimento estar com lotação superior à sua capacidade, o juiz decidirá sobre a remição de pena de que trata o art. 126-A desta Lei. Parágrafo único. A reparação civil só será cabível quando a remição da pena não for possível.

Assim, caso seja aprovada referido Projeto de Lei, e o reeducando requeira a remição em razão do excesso ou desvio da execução, será totalmente aplicável a tese exposta pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso.

Ainda, se for possível obter a remição penal em razão do excesso ou desvio da execução, será injusto não conceder também a chamada remição ficta, tendo em vista que em nenhuma das modalidades o reeducando participou de atividades ressocializadoras, mas sofre com a falta de estrutura do sistema prisional e tem direitos fundamentais negados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar o instituto da remição penal, seu papel na ressocialização dos presos e sua aplicabilidade.

Desde a colonização portuguesa, a pena privativa de liberdade passou a possuir função social de ressocializar os indivíduos que cometessem delitos. Para assegurar tal reinserção social, o legislador inseriu na Lei de Execução Penal diversos direitos em favor dos presos, como o acesso à educação e à oportunidades de labor durante o cumprimento da reprimenda.

Tendo em vista que a remição penal é concedida aos internos que, segundo a Lei de Execução Penal, trabalham e/ou estudam, nota-se que o instituto analisado no presente estudo possui papel relevante no processo de reinserção social do preso à vida em sociedade. Além de incentivar o reeducando a qualificar-se, tirando-o do ócio, faz com que deixe o estabelecimento penal mais rapidamente, abandonando o meio criminoso que se instalou nos interiores dos presídios brasileiros, aliviando a superlotação carcerária de modo produtivo e socioeducativo.

É notório que o país enfrenta um problema de aplicabilidade da Lei de Execução Penal, de modo que a legislação vigente não está em harmonia com a situação real do sistema carcerário. A lei não considera a superlotação dos presídios, comum em todo o país, gerando desigualdade no momento da concessão do benefício da remição penal.

Verificou-se que as hipóteses de remição penal previstas na LEP (trabalho e estudo) tornaram-se insuficientes para que todos os reeducandos tivessem o direito de usufruir do benefício da remição penal, e, conseqüentemente, realizar atividades ressocializadoras.

A necessidade de criar novas alternativas resta comprovada com o entendimento dos Tribunais de que não é possível conceder a chamada remição ficta, em razão da falha estatal em oferecer oportunidades de trabalho e estudo aos reeducandos de determinadas instituições penais.

O entendimento é razoável, visto que diversos internos receberiam o benefício da remição penal sem realizar atividades capazes de promover sua reinserção social. Contudo, para que não haja injustiça com aqueles que realmente desejam abandonar o ócio e participar de alguma atividade ressocializadora, beneficiando-se da remição da pena, devem ser incentivados meios alternativos.

Dessa forma, exalta-se a Recomendação nº 44 do Conselho Nacional de Justiça, que sugere aos Tribunais que sejam valoradas e consideradas para de fins de remição pelo estudo as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de leitura, as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outra.

Dentre as atividades abarcadas pela Recomendação (estranhas à LEP), merecem atenção a remição pela leitura e a remição pela aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio. Isso porque são atividades que não exigem espaço físico especial para sua realização, dispensando a necessidade de salas de aula ou quadras, como no caso da remição pelo esporte.

Tais atividades devem ser implantadas nos presídios onde não são oferecidas oportunidades de trabalho e estudo e devem ser fortemente incentivadas.

Ademais, constatou-se a existência de Projetos de Lei buscando ampliar o rol das atividades proporcionadoras da remição penal, por meio da doação de sangue e em razão de desvio da execução penal.

A remição penal pela doação de sangue, por apresentar riscos à terceiros, não parece conveniente. Por outro lado, a remição penal pelo excesso da execução penal, à primeira vista, parece razoável, contudo, caso fosse aprovada, seria injusto não conceder a remição ficta, já que em ambas as situações os reeducandos são prejudicados pela falha estatal e não estariam participando de atividades ressocializadoras em troca do tempo remido.

Portanto, conclui-se que a remição penal não é apenas um benefício, mas uma forma poderosa de incentivar atividades que buscam a reinserção social do apenado. Ademais, para que a Lei de Execução Penal seja cumprida e os internos possuam direitos iguais independentemente do estabelecimento penal em que se encontrem, deve ser regularizada a situação de superlotação dos presídios, e realizadas as adequações necessárias como construção de salas de aula.

No entanto, tendo em vista que as mudanças necessárias demandam tempo e dinheiro, as atividades como leitura e estudo independente devem ser incentivadas, a fim de conceder de forma igualitária o benefício da remição penal e introduzir atividades ressocializadoras aos presos que a elas ainda não possuem acesso.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Voto-vista- Recurso Extraordinário (RE) 580252. Indenização por danos morais ao preso em razão da condição carcerária. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/05/Voto-Indenizacao-a-presos_versao-final_6mai2015.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. Prefácio: René Ariel Dotti. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 21.ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei PL 9291/2017. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena pela prática de atividade profissional nos âmbitos cultural e artístico. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AD4E5433681BE2F884F75581D224B62.proposicoesWebExterno1?codteor=1630186&filename=PL+9291/2017>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 22 nov. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 22 nov. 2017.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto nº 774 de 20 de setembro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Brasília: Senado, 1940,retificado em 3 de jan. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Portaria Conjunta nº 276 de 20 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-conjunta-jf-depen.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017

BRASIL. Lei n. 7.210, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.433, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. CNJ. Recomendação n. 44, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL, Paraná. Lei nº. 17.329, de 8 de outubro de 2012. Institui o Projeto “Remição pela Leitura” no âmbito dos Estabelecimentos Penais do Estado do Paraná. Diário Oficial do Estado nº 8814, Curitiba, PR, 08 out. 2012. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&co-dAto=77830>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 117/2014. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever a remição de pena para o condenado que doar sangue. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116869>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 147/2017. Altera a Lei de Execução Penal para prever nova hipótese de remição de pena, para o preso em situação degradante e de flagrante desrespeito à sua integridade física e moral, e define o procedimento do incidente de excesso ou desvio de execução. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 208/2017. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena pela leitura. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129787>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 576/2015. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para estabelecer a remição nas hipóteses de superlotação prisional e encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122952>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1.453.257/MS. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 02 jun. 2016, publicado no Diário da Justiça Eletrônico, em 10 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/137593209/stj-16-02-2017-pg-2088>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 35833/MS. Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 05 maio 2015, publicado no Diário de Justiça Eletrônico, em 13 de maio de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188279567/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-35833-ms-2013-0055329-7>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 175658/RS. Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 04 ago. 2011, publicado no Diário de Justiça Eletrônico, em 17 ago. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21098459/habeas-corpus-hc-175658-rs-2010-0104938-0-stj>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 181167/RS. Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 14 dez. 2010, publicado em Diário da Justiça Eletrônico, em 14 mar. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126779/habeas-corpus=-hc181167--rs2010-0142585-8--stj?ref=feed>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1666637/ ES. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26 set. 201, publicado em Diário da Justiça Eletrônico, em 09 out. 2017. Disponível

em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=remi%E7%E3o+coral&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 146763/MG. Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 24 out. 2017, publicado no Diário da Justiça Eletrônico, em 27 out. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5242485>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Rel. Ministro. Ayres Britto, julgado em 17 fev. 2011, publicado em Diário da Justiça Eletrônico 109, em 08 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Agravo em Execução Penal. Rel. Desembargador Luiz Ferreira da Silva, julgado em 19 de abril de 2014, publicado no Diário de Justiça Eletrônico, em 27 de abril de 2017. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/453928171/agravo-de-execucao-penal-ep-49653720168110015-14469-2017?ref=feed>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal 10231120298121002/MG. Rel. Desembargador Júlio César Lorens, 5ª Câmara Criminal, julgado em 10 jun. 2014, publicado no Diário de Justiça Eletrônico, em 16 jun. 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124383049/agravo-em-execucao-penal-agepn-10231120298121002-mg>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

DOTTI, Ariel René. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 11.ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis *et al.* **Direito de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ANEXO A
Situação carcerária – julho/2017



GOVERNO DO ESTADO
Mato Grosso do Sul



Coordenadoria de Políticas Penitenciárias - CPP
SITUAÇÃO CARCERÁRIA - JULHO/2017

AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO –
AGEPEN/MS

TOTAL DE PRESOS NAS UNIDADES PENAIIS DO ESTADO/MS				15.645
Total de Vagas Existente no Sistema Penitenciário – AGEPEN/MS				7.327
Total do Déficit de Vagas no Sistema Penitenciário do Estado/MS				8.318
* PRESOS ESTADUAIS				
Presos Processados Estadual nas Unidades Penais do Estado				3.086
Presos Processados com Condenação nas Unidades Penais do Estado				5.325
Presos Condenados nas Unidades Penais do Estado				6.598
TOTAL				15.009
* PRESOS FEDERAIS				
Presos Federais Processados nas Unidades Penais do Estado				281
Presos Federais Processados com Condenação Unidades Penais do Estado				195
Presos Federais Condenados nas Unidades Penais do Estado				160
TOTAL				636
* PRESOS COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO				
Capital				132
Interior				0
TOTAL				132
* DELEGACIA GERAL DA POLÍCIA CIVIL – DGPC/MS				
Presos Provisórios	Masculino	Feminino	Total Provisórios	644
Capital e Interior	548	44	592	
Presos Condenados	Masculino	Feminino	Total Condenados	
Capital e Interior	77	10	87	
TOTAL GERAL DE PRESOS NO ESTADO (Presídios, Delegacias e Monitoramento Eletrônico).				16.421

*Recebi em
11/08/2017
Mônica*



GOVERNO DO ESTADO
Mato Grosso do Sul



Coordenadoria de Políticas Penitenciárias - CPP

*** PRESOS NAS PENITENCIÁRIAS DO ESTADO DO MS**

Total de Presos Masculino do Regime Fechado na Capital	4.390
Total de Presos Masculino do Regime Semiaberto/aberto na Capital	1.652
Total de Presas Feminina do Regime Fechado na Capital	339
Total de Presas Feminina do Regime Semiaberto/aberto na Capital	135
Total de Presos Masculino do Regime Fechado no Interior	6.486
Total de Presos Masculino do Regime Semiaberto/aberto no Interior	1.828
Total de Presas Feminina do Regime Fechado no Interior	525
Total de Presas Feminina do Regime Semiaberto no Interior	158
Total de Presos com "Monitoramento Eletrônico"	132

*** COOPERADAS (PRIVADAS E PÚBLICAS)**

Empresas Privadas: Cooperadas: Prestação de Serviços	149
Empresas Públicas: Cooperadas: Estado/Município	08

*** SERVIDORES DA SAÚDE (SECRETARIA ESTADUAL E MUNICIPAL)**

Servidores da Saúde Estadual	Médicos	Dentistas	Outros	Total Estado	TOTAL GERAL
	06	19	84	109	
Servidores da Saúde Municipal	Médicos	Dentistas	Outros	Total Município	
	25	11	66	102	

*** QUANTITATIVO DE PRESOS ESTUDANDO**

Presos Estudando	Ens.Fund.	Ens.Méd	Superior	Profissionalizante	Ens.Téc.
	1424	336	22	42	00
TOTAL GERAL					1824

*** QUANTITATIVO DE PRESOS TRABALHANDO**

Presos Trabalhando	Remunerados	Não Remunerados	TOTAL
	3124	1934	5058

*** ASSISTÊNCIA E PERÍCIA**

Lotação de Agentes Penitenciários (Assistência e Perícia)	Assistente Social	Psicólogo	Direito
	21	18	01

Campo Grande/MS, 20 de agosto de 2017.


RAFAEL GARCIA RIBEIRO
Coordenador de Políticas Penitenciárias

Av. do Poeta, s/nº, bloco VI, Parque dos Poderes, Campo Grande-MS - CEP: 79031-350
Fones (67) 3318-6717 / 3318-6991 / e-mail: ssp@sejusp.ms.gov.br

ANEXO B
Habeas Corpus 146763/MG

Decisão: Vistos. *Habeas corpus* impetrado em favor de Marcelino Caldeira Franco contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.602.189/MG, Relator o Ministro Jorge Mussi. Busca a impetrante, em apertada síntese, que sejam considerados remidos 247 (duzentos e quarenta e sete) dias da pena imputada ao paciente, considerando, para tanto, o resultado da divisão do total de horas trabalhadas por 6 horas, carga de trabalho diária mínima, conforme previsto no art. 33 da Lei de Execução Penal”. Aduz a impetrante que “[o]s dispositivos da Lei de Execução Penal pertinentes ao exame da controvérsia ora em exame são os seguintes: Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. A Lei n.º 12.433/2011, que trouxe nova redação à Lei de Execução Penal, é o grande marco divisor que permite à defesa postular perante o Poder Judiciário, para fins de remição, o cômputo em horas trabalhadas e não apenas em dias. Com efeito, o art. 126, antes do advento da referida lei, permitia tão somente a remição da pena pelo trabalho, na proporção conhecida de 1 dia de pena para 3 dias trabalhados. Todavia, após a referida lei, conforme se vê acima, o caput do artigo passou a prever a modalidade de remição por estudo, e seu § 1º disciplinou como tal se daria, isto é, na proporção de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar divididas, no mínimo, em 3 dias. Houve, portanto, uma quebra de paradigma pelo legislador pátrio que, consciente da situação de calamidade pública pela qual passa o Sistema Penitenciário Brasileiro, alterou a Lei de Execução Penal para permitir que as horas dedicadas ao aprimoramento individual dentro do cárcere sejam devidamente valorizadas, permitindo seu melhor aproveitamento e, conseqüentemente, provocar impacto positivo na progressão de regime e na reinserção gradual do reeducando na sociedade. No caso em tela, conforme atestado acostado às e-STJ Fls. 10/11, o sentenciado trabalhou por 1.520 dias, os quais, divididos pelo número de 6 horas, que é o mínimo admitido para fins de remição pelo art. 33 da LEP, conduz a um total de 247 dias remidos, o que acertadamente foi admitido pelo magistrado de primeiro grau, bem como pelo e. TJMG”. Ao ver da impetrante, “(...) nada obstante o art. 33, da LEP preceitue que a jornada de trabalho não será inferior a 6 horas, nem superior a 8 horas, o que ocorre nas penitenciárias e cadeias públicas é que alguns apenados excedem o limite máximo das horas trabalhadas, e outros, ao contrário, acabam por se beneficiar ao trabalharem menos do que o limite mínimo exigido no referido dispositivo legal. Nada mais justo, portanto, que seja possibilitada a adoção do critério de 18 (dezoito) horas para 1 (um) dia remido, reconhecendo-se o mínimo de 6 (seis) horas como correspondente a uma jornada de trabalho”. Ante o exposto, requer a impetrante a concessão liminar da ordem, para que seja reconhecida ao paciente a remição de 247 (duzentos e quarenta e sete) dias da pena. Examinados os autos, decido.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado: ”AGRAVO REGIMENTAL. RE-CURSO ESPECIAL. REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. CÔMPUTO EM HORAS. IM-POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o cálculo para remição da pena pelo trabalho se faz por dias de trabalhados e não pelo somatório das horas, nos termos dos arts. 33 e 126, § 1º, da LEP. 2. Agravo regimental desprovido”. Essa é a razão por que se insurge a impetrante. O inconformismo não procede. Nos termos do art. 33 da Lei de Execução Penal: Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados. Parágrafo único: Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento prisional”. Por sua vez, dispõe o art. 126 do citado diploma legal: Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificará o profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.” Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 114.393/RS, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 10/12/13: “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DE PENA. JORNADA DE TRABALHO. PRETENSÃO DO CÔMPUTO DA REMIÇÃO EM HORAS, E NÃO EM DIAS TRABALHADOS: IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Para fins de remição de pena, a legislação penal vigente estabelece que a contagem de tempo de execução é realizada à razão de um dia de pena a cada três dias de trabalho, sendo a jornada normal de trabalho não inferior a seis nem superior a oito horas, o que impõe ao cálculo a consideração dos dias efetivamente trabalhados pelo condenado e não as horas.

2. Ordem denegada. No precedente em questão, tal como no caso concreto, o executado, que cumpria jornada regular de 8 (oito) horas diárias de trabalho, pretendia computar, como se fossem extraordinárias, as duas horas superiores ao mínimo legal de 6 (seis) horas, pretensão que lhe foi negada pelo fato de sua jornada se encontrar dentro das balizas estipuladas pelo art. 33 da Lei de Execução Penal. Como também destacado no voto condutor do HC nº 114.393/RS, deve ser computado para a remição, porém, o tempo em que o condenado foi obrigado a trabalhar fora dos horários normais. Assim, se, por determinação da autoridade, o preso trabalha em dia de repouso semanal ou mais de oito horas diárias, esse tempo deve ser computado na remição. A recusa ao trabalho é falta grave e compreende-se que o condenado não conteste a ordem de desempenhá-lo além das horas normais ou em dias que seriam de descanso. Não se lhe pode negar o cômputo desse tempo de trabalho, a que foi obrigado pela Administração e a que se submeteu por receio de ser submetido à punição disciplinar” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: Comentários à Lei n. 7.210, de 11.7.1974, 11 ed, São Paulo: Atlas, 2004, p. 524). Além do necessário cômputo das horas que excedam a jornada obrigatória, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também admite o cálculo de remição em horas de trabalho nas hipóteses em que o sentenciado, por determinação da administração, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 (seis) horas, vale dizer, em que essa jornada de trabalho não derive de ato voluntário de indisciplina ou de insubmissão do preso. Nesse sentido, vide RHC nº 136.509/MG, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 26/4/17, cuja ementa transcrevo: “Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição (arts. 33 e 126 da Lei de Execução Penal). Trabalho do preso. Jornada diária de 4 (quatro) horas. Cômputo para fins de remição de pena. Admissibilidade. Jornada atribuída pela própria administração penitenciária. Inexistência de ato de insubmissão ou de indisciplina do preso. Impossibilidade de se desprezarem as horas trabalhadas pelo só fato de serem inferiores ao mínimo legal de 6 (seis) horas. Princípio da proteção da confiança. Re-curso provido. Ordem de habeas corpus concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador. 2. É obrigatório o cômputo de tempo de trabalho nas hipóteses em que o sentenciado, por determinação da administração penitenciária, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 (seis) horas, vale dizer, em que essa jornada não derive de ato insubmissão ou de indisciplina do preso.

3. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização.

4. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas”. Na espécie, contudo, o executado se limitou a executar sua jornada de trabalho dentro dos parâmetros legais (entre 6 e 8 horas), razão por que, ausentes as situações de excepcionalidade já retratadas, inviável o cálculo da remição em horas. Ante o exposto, com fundamento no art. 192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, denego a ordem de habeas corpus. Publique-se. Brasília, 24 de outubro de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (STF- HC: 146763 MG- MINAS GERAIS 0008686-96.2017.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Data de julgamento: 24/10/2017, Data de Publicação: DJe- 247 27/10/2017) Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5242485>>. Acesso em 20 nov. 2017.

ANEXO C

Situação das unidades penais de Mato Grosso do Sul quanto à remição pela leitura em 2017

SITUAÇÃO DAS UNIDADES PENAIS QUANTO À REMIÇÃO PELA LEITURA							
CIDADE	PORTARIA DE IMPLANTAÇÃO	UNIDADE PENAL	SITUAÇÃO	PORTARIA DA UP	NOME DO PROJETO	BIBLIOTECA	MEMBROS DA COMISSÃO
AMAMBAI	NÃO TEM		NAO IMPLANTADA			Sim	
AQUIDAUANA	PORTARIA Nº 001/2015 de 24/06/2015 assinada pelo Juiz de Direito Giuliano Máximo Martins	EPRSAA Aquidauana	NAO IMPLANTADA	NÃO TEM		Não	
		E.P. Aquidauana	Funcionando	20 internos		sim	Neusa Maria da Silva, Marcia Araújo Gomes Lemos e Maria Odinei Cabrera
BATAGUASSU		EPRSAAA Bataguassu	NÃO IMPLANTADA	OBS: Presos trabalham durante o dia e não há sistematização para remição de pena pela leitura		não	
	PORTARIA Nº 001/2014 de 21 de agosto de 2014, assinada pela Juíza de Direito Daniela Endrice Rizzo	E.P. de Bataguassu	IMPLANTADA	Ata de Reunião de 13/10/2014	Remição pela Leitura – 17 internos estão sendo beneficiados, somente os condenados	Sim	Agepen, Alexandre Barbosa de Souza – Agepen, Maria Aparecida Gomes Cavalheiro – Agepen, Luciana Elisa da Silva Oliveira – Educação, Roseli Nascimento Romão – Educação, Professor do Município nomeado pela Juíza Daniela
	PORTARIA CONJUNTA Nº 001/2013, de 01 de agosto de 2013, assinado pelos juizes de direito Albino Coimbra Neto e Alexandre Antunes da Silva – APENAS PARA REGIME SEMIABERTO E ABERTO			NÃO IMPLANTADA	NÃO TEM		
CAMPO GRANDE		Instituto Penal de Campo Grande	NÃO TEM			Sim	
		Estabelecimento Penal "Jair Ferreira de Carvalho"	NÃO TEM			Sim	
		Centro de Triagem "Anízio Lima"				Sim	
		Estabelecimento Penal Feminino - "Imã Ima Zorzi"				Sim	
CASSILÂNDIA		S.A. Cassilandia				Não	
		Estabelecimento Penal de Cassilandia	NÃO IMPLANTADA	NÃO TEM		Sim	

CORUMBÁ	PORTARIA Nº 002/2013, de 12 de agosto de 2013, assinada pelo juiz de Direito Egúilliell Ricardo da Silva	Penitenciária de Corumbá	IMPLANTADA	Portaria 015/2015 - 03 custodiados A Portaria contempla apenas para ensino médio	NÃO INFORMADO	Sim	Telma Camacho, Mauro Augusto Ferrari de Araujo Zuleida Marcelina Dalro Samaniego - Membros	
		Estabelecimento Penal Feminino "Carlos Alberto"	IMPLANTADA			Sim		Marciene Rita da Silva de Amorim e Marcos Antonio de Sá
		SA Corumbá	Não tem			Não		
COXIM	NÃO TEM	EPMC	Não tem			Sim		
DOIS IRMÃOS DO BURITI	PORTARIA Nº 001/2015 de 24/06/2015 assinada pelo Juiz de Direito Giuliano Máximo Martins	Penitenciária de Dois Irmãos do Buriti	IMPLANTADA - juiz vai doar 400 livros Em agosto de 16 têm 1800 livros	Portaria/DIB/028/2015, 21 de outubro de 2015	Leitura: Acesso à Liberdade	Sim	Silvânio Queiroz da Silva, Maria Daniela da Silva e Sâmela de Mattos Gimenez – todos Agentes Penitenciários, Professora da Escola Polo Voluntária. Tem local para as oficinas	
						NÃO TEM		S.A. Dourados PED
JARDIM	NÃO TEM	EPJARDIM	Não tem			Sim		
JATEI	NÃO TEM		Não tem			?		
NAVIRAÍ	NÃO TEM		REBELIAO não tem			Sim		
NOVA ANDRADINA	PORTARIA Nº 001/2015, de 21 de maio de 2015, assinada pelo Juiz de Direito José Henrique Caster Franco	EPM de Nova Andradina	IMPLANTADA	NÃO INFORMADA - Em média 08 a 15 internos beneficiados	NÃO INFORMADO	Sim	Marcia Theodora, Promotor Fabrício Secafen Mingati e Professora Sirleene Carvalho	
PARANAÍBA	PORTARIA Nº01/2014 de 06/08/2014	EPPAR	Sendo implantada, Aguardando liberação do Juiz			Sim	Comissão sendo formada	
		EPRSAAA	NÃO IMPLANTADA	Em fase de composição da comissão		Não, tem acervo		
PONTA PORÃ	NÃO TEM		NÃO IMPLANTADA			não		
RIO BRILHANTE	NÃO TEM	EPRB				Sim		
		EPFRB				Não		
SÃO GABRIEL D'OESTE	NÃO TEM			Pequeno acervo alguns livros ultrapassados		Tem acervo		
TRÊS LAGOS	NÃO TEM	PTL				Sim		
		PFTL				Sim		
		CPITL				Sim, está catalogando		
		S.A. Fem. TL						

Jurisprudência Cível



2ª Câmara Cível

Apelação nº 0805428-32.2015.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Designado Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – LEGITIMIDADE DA PETROBRÁS PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇO DECORRENTE DA OMISSÃO QUANDO EXISTE O DEVER DE FISCALIZAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A situação exposta nos autos não se refere a responsabilidade de empresa consorciada, mas quanto à ilegitimidade passiva da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás ante a falta de responsabilidade como devedora.

In casu, extrai-se, através da leitura das cláusulas do Contrato nº 0912834.11.8, que a empresa apelante/exequente estava subordinada à empresa apelada/executada (Petrobrás), bem como que o pagamento da empresa apelante se submeteria ao repasse dos respectivos valores pela Petrobrás. Com isso, após a análise das cláusulas contratuais, é possível verificar que a Petrobrás é integrante da relação jurídica material na condição de empresa tomadora de serviço, portanto, possui responsabilidade subsidiária sobre o débito uma vez que restou demonstrado nos autos a conduta culposa da empresa no cumprimento das obrigações descritas na lei de licitações, especialmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte das prestadoras de serviço. Diante disso, entendo que deve ser reconhecida a legitimidade da Petrobrás em razão da sua responsabilidade subsidiária.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator e o 4º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

Des. Alexandre Bastos – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Sanagua Tecnologia em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS nos autos dos Embargos à Execução opostos por Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás contra a apelante Sanagua Tecnologia Em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda.

O presente apelo foi incluído em pauta de julgamento da sessão ordinária da 2ª Câmara Cível realizada em 04/04/2018, porém, por indicação do Relator, foi retirado de pauta (f. 388).

Na sequência, a recorrente Sanagua Tecnologia em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda peticionou requerendo a suspensão do feito pelo prazo de sessenta (60) dias, “considerando a notícia veiculada na imprensa local, dando conta da alienação da Unidade de Fertilizantes Nitrogenados de Três Lagoas para a empresa russa Acron, assim como a especulação de que, dentre as condições editalícias para a venda da fábrica, estaria o pagamento da dívida do Consórcio UFN III, com os fornecedores da obra, no que, portanto, a Apelante seria beneficiada” (f. 390).

Em despacho, este Relator deferiu o pedido de suspensão (f. 395), mas a parte recorrida Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás peticionou requerendo a reconsideração do despacho que suspendeu o feito, com a consequente designação de data para julgamento (f. 397-399).

A recorrente Sanagua Tecnologia em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda concordou com a continuidade do processo, e reiterou os pedidos formulados nas razões recursais (f. 403-407)

Sendo assim, as manifestações supracitadas das partes passam a ser parte integrante do relatório de f. 385-387, o qual ratifico em sua integralidade.

VOTO (EM 14/11/2018)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

A discussão está centrada: na aferição da legitimidade passiva *ad causam* da Petrobrás para figurar no polo passivo da Ação de Execução de Título Executivo Extrajudicial; e subsidiariamente, no valor dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 09/11/2016 (f. 160), tendo a respectiva intimação ocorrido em 25/01/2017 (f. 162), enquanto que o recurso foi interposto em 15/02/2017 (f. 163-182).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 364-366).

Ilegitimidade Passiva

Sustenta a recorrente que:

“A empresa apelante é credora da quantia líquida certa e exigível de R\$ 801.679,01 (oitocentos e um mil seiscentos e setenta e nove reais e um centavo) decorrente de contrato de prestação de serviços de operação, monitoramento, controle e manutenção, das estações de tratamento de água (ETAs) e de esgoto (ETEs) celebrado com o consórcio UFN III em subcontratação do contrato celebrado entre a UFN3 e a Petrobrás na cidade de Três Lagoas/MS, sendo que a subcontratação foi autorizada pela Petrobrás e no período da inadimplência da UFN3 a Petrobrás havia assumido a fiscalização e a gestão financeira dos subcontratos em virtude da assinatura dos Aditivos 15 e 20” (f. 164); e que “há a necessidade de ser reconhecida a legitimidade da Petrobrás na Execução, tendo em vista a sua responsabilidade

subsidiária decorrente da subcontratação e que se aperfeiçoou por meio da celebração dos Aditivos de nº 15 e nº 20 ao contrato 08020069074.11.2 (contrato original). Do qual as obrigações do subcontrato derivam e são alteradas em função de medidas de fiscalização, gerenciamento e intervenção” (f. 169).

Acrescenta que:

“O contrato do Consórcio UFN3 com a Sanágua é uma subcontratação vinculada expressamente ao Contrato nº 08020069074.11.2 celebrado entre a Petrobrás e o Consórcio UFN3, sendo que, em 19 de dezembro de 2013, foi celebrado o Aditivo nº 15 ao Contrato nº 08020069074.11.2 (Petrobrás e Consórcio UFN3) com a finalidade expressa de introduzir, em regime temporário e excepcional, procedimento para a realização de adiantamento por meio de uma conta vinculada, a ser aberta pela contratada em banco de primeira linha, bem como prever as condições para a liberação da importância (cláusula primeira)” (f. 169); e que “a assinatura do Aditivo nº 15 comprova que a Petrobrás estava ciente da inadimplência do Consórcio como também comprova que a Petrobrás passou a controlar os pagamentos mediante a emissão de OPBs da conta vinculada e como se trata de aditivo contratual, o mesmo possui vinculação aos subcontratos, além de se configurar como título executivo” (f. 171).

O juiz singular, por sua vez, acolheu os Embargos à Execução opostos pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, determinando o prosseguimento da execução apenas contra os demais executados, vez que: *“o título carreado aos autos de execução (f.16-67), trata-se de contrato firmado entre a Embargada e a empresa Consórcio UFN III, ou seja, a ora Embargante não figura no título como responsável pelo contrato (...) portanto, não existe nos autos de execução título executivo em desfavor da Embargante, não havendo razões para o prosseguimento da demanda em face de Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás” (f. 158).*

Como cediço, “parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, ‘decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso’.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Podivm, 2015. p. 343, v. 1).

O artigo 779, do Código de Processo Civil/2015, indica quem pode ser sujeito passivo na Execução, *in verbis*:

“Art. 779. A execução pode ser promovida contra:

I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III - o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV - o fiador do débito constante em título extrajudicial;

V - o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito;

VI - o responsável tributário, assim definido em lei”.

Lembrando que:

“por devedor deve-se entender todo sujeito que esteja, à luz da lei civil ou comercial, obrigado a solver a obrigação, ainda que possa afirmar não ser o devedor por não ter participado como parte principal na relação de direito material da qual surgiu a dívida. Dessa forma, além do condenado na sentença judicial e do emitente do título extrajudicial, também são considerados devedores para fins de legitimidade passiva na execução o avalista, o fiador convencional, o endossante, sendo que entre eles há típica hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, que somente será criado a depender da vontade do exequente (...) a legitimidade

*ordinária superveniente por ato inter vivos encontra-se prevista no art. 779, III, do Novo CPC, que trata do fenômeno da assunção de dívida ou cessão de débito. Essa transferência da dívida a um novo sujeito, que não o devedor originário, exige a concordância expressa do credor (art. 299 do CPC) porque a partir do momento em que se modifica o devedor, automaticamente modifica-se o patrimônio que responderá pela dívida. Seria um verdadeiro convite à fraude permitir a assunção de dívida sem a exigência da concordância do credor. Essa é a condição para que a cessão de débito tenha eficácia, sendo indispensável ao exequente demonstrar com sua petição/requerimento inicial que houve um negócio jurídico de cessão de débito que contou com sua expressa concordância” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 1219).*

Na espécie, infere-se dos autos da ação de execução proposta pela embargada-apelante (Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021), que o objeto da execução são sete (7) Notas Fiscais (nºs 4310, 4406, 4489, 4568, 4667, 4756, e 4869 – f. 68-74 – Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021), que somadas totalizam o valor de R\$ 801.679,01, figurando como contratante a empresa Consórcio UFN III, e como contratada a recorrente Sanagua Tecnologia Em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda (f. 16 - Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021).

Insta salientar que a demanda executiva (Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021), por sua vez, guarda relação com o contrato de prestação de serviços firmado entre Sanagua Tecnologia em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda e o Consórcio UFN III (f. 16-63 - Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021). Veja-se que em nenhum momento há menção da posição de contratante ou de contratada da Petrobrás.

Nestes termos, mesmo que se compreenda que a embargante-recorrida (Petrobrás) era a destinatária final da obra em execução, é fato que ela não figurou como parte nos títulos ora executados, inexistindo relação direta entre a embargada-recorrente e a Petrobrás, não havendo, portanto, nestas circunstâncias, como se manter a empresa de economia mista no polo passivo da Ação de Execução de Título Extrajudicial (Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021).

Repise-se. Da leitura do referido contrato de prestação de serviços (f. 16-63 - Autos nº 0803361-31.2014.8.12.0021), objeto da Ação de Execução, vislumbra-se não haver nenhuma cláusula que atribua à Petrobrás a condição/posição de devedor ou garantidor do pacto, nem mesmo há qualquer participação ou anuência da Petrobrás quando da celebração da subcontratação.

O contexto apresentado e a matéria debatida, realmente não permite a conclusão de que, pelo menos no âmbito desta demanda, seja a Petrobrás responsável subsidiária pela dívida ora executada, mesmo ante a concessão da liminar nos autos da Ação Civil Pública nº 0802429-09.2015.8.12.0021, a qual foi objeto de agravo de instrumento interposto perante esta Corte – Autos nº 1405823-38.2015.8.12.0000), e mesmo ante ao argumento de que o contrato do Consórcio UFN III com a Sanágua é uma subcontratação vinculada expressamente ao Contrato nº 08020069074.11.2 celebrado entre a Petrobrás e o Consórcio UFN III.

Ora, mesmo que a Lei nº 8.666, de 21/06/93, admita a possibilidade de subcontratação, tal lei de regência dos Contratos da Administração Pública dispõe, ainda, que a responsabilidade correlata não é atribuível à Administração. Sendo assim, a matéria exigiria uma análise mais aprofundada de toda a relação negocial com eventual discussão acerca da responsabilização da empresa de economia mista.

Como bem sinalizou o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, na Apelação nº 0802178-54.2016.8.12.0021, de sua relatoria: “*poderá a apelante, se for o caso, habilitar o seu crédito na Ação Civil Pública nº 0802429-09.2015.12.0021, na hipótese de eventual procedência ou ajuizar ação de cobrança, visando à prolação de sentença constitutiva em face da recorrida*”.

De igual modo, em razão da total pertinência com o presente caso, impõe-se ainda a transcrição da conclusão a que chegou o eminente Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa no julgamento do referido recurso de Apelação nº 0802178-54.2016.8.12.0021:

“Embora a exequente alegue que a legitimidade passiva da Petrobrás decorre de suposta assunção de dívida, não comprovou que a executada assumiu o débito do Consórcio UFN III.”, ressaltando também que: “O fato de, na Ação Civil Pública nº 0802429-09.2015.8.12.0021, ter-se reconhecido a responsabilidade subsidiária da Petrobrás pelas dívidas do Consórcio UFN III não torna a empresa parte legítima para responder à ação de execução de título do qual não faz parte.”, e ainda, terminando por concluir no sentido de que: “Entretanto, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Petrobrás na ação civil pública não a torna parte legítima para a ação de execução dos títulos executivos extrajudiciais nos quais a empresa não figura como devedora.” (grifos e destaque no original).

A propósito, pela similitude do caso, transcrevo a ementa do mencionado recurso de Apelação nº 0802178-54.2016.8.12.0021:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – EMPRESA QUE NÃO FIGURA COMO DEVEDORA NO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – ALEGADA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA – NÃO COMPROVADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não havendo impugnação específica quanto aos fundamentos contidos na sentença, a exposição de fato e de direito, as razões do pedido de reforma e pedido de nova decisão, comporta acolhimento a alegada ofensa ao princípio da dialeticidade. Nos termos do art. 779 do Código de Processo Civil, “A execução pode ser promovida contra: I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo; II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; III - o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV - o fiador do débito constante em título extrajudicial; V - o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito; VI - o responsável tributário, assim definido em lei”. Embora a exequente alegue que a legitimidade passiva da Petrobrás decorre de suposta assunção de dívida, não comprovou que a executada assumiu o débito do Consórcio UFN III. O fato de, na Ação Civil Pública nº 0802429-09.2015.8.12.0021, ter-se reconhecido a responsabilidade subsidiária da Petrobrás pelas dívidas do Consórcio UFN III não torna a empresa parte legítima para responder à ação de execução de título do qual não faz parte” (TJMS. Apelação n. 0802178-54.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 18/07/2018, p: 23/07/2018).

No mesmo sentido, em casos análogos ao presente, acerca do assunto já se posicionou este Tribunal de Justiça:

“PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - REJEITADA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – INCLUSÃO DA PETROBRAS NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 779, INCISOS I E III, DO CPC – EMPRESA QUE NÃO FIGURA COMO DEVEDORA NO TÍTULO EXECUTIVO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. A tese de contrarrazões, relativa a ofensa ao princípio da dialeticidade, não procede, porquanto os argumentos expendidos pela apelante combatem, ainda que não exaustivamente, a conclusão do julgador de primeiro grau para a procedência dos embargos ofertados. Inexiste título executivo amparando a execução promovida pela apelante em desfavor da apelada, haja vista o teor do artigo 779, do Código de Processo Civil. A recorrida não figura no título como responsável pelo contrato, bem como, duplicatas e instrumentos de protesto e, portanto, não está obrigada a satisfação de compromisso assumido por pessoa diversa da sua. A pretensão da suplicante de ter reconhecida na execução, obrigação da autora dos embargos à execução quanto a satisfação do crédito que indica, não se sustenta, posto que, repito, não existe nos autos de execução título executivo em desfavor da embargante, de modo que a conclusão a que se chega, em especial se levado em consideração o disposto no art. 265, do Código Civil, é de a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes” (TJMS. Apelação n. 0802002-75.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 16/08/2018, p: 20/08/2018).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRETENSÃO DE INCLUSÃO DA PETROBRAS NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 779, INCISOS I E III, DO CPC – EMPRESA QUE NÃO FIGURA COMO DEVEDORA NO TÍTULO EXECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENDER A DECISÃO, PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, QUE CONSIDEROU A PETROBRAS COMO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA PELAS DÍVIDAS DO CONSÓRCIO UFN III, COMO ASSUNÇÃO AUTOMÁTICA DE DÍVIDA – REQUISITOS LEGAIS DO INSTITUTO NÃO PREENCHIDOS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – A Petrobras não pode ser considerada parte legítima para figurar no polo passivo quando não figura na qualidade de devedora no título executivo que lastreia a execução. Inexiste vínculo obrigacional desta natureza, já que o contrato foi firmado apenas entre a exequente e o Consórcio UFN III, sem qualquer anuência ou participação da Petrobras. Não bastasse isso, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 71, § 1º, exclui a responsabilidade da Administração Pública nas hipóteses de subcontratações. II – Em que pese a existência de decisão, proferida em ação civil pública, na qual se reconhece a responsabilidade subsidiária da Petrobras pelas dívidas do Consórcio UFN III, esta situação não pode ser compreendida como assunção automática do débito em execução por aquela empresa, cabendo à exequente, caso entenda pertinente fazê-lo, lançar mão das vias processuais cabíveis para direcionar a cobrança à Petrobras, o que não inclui a inclusão desta no polo passivo da execução originária” (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1411434-98.2017.8.12.0000, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 05/06/2018, p: 15/06/2018).

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ILEGITIMIDADE DA PETROBRÁS PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE LOCAÇÃO ENTRE O EXEQUENTE E O CONSÓRCIO UFN III – AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO CONTRA A EMBARGANTE – SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO. Inexistindo relação contratual direta entre as partes e não havendo comprovação de que a Petrobrás tenha, de alguma forma, assumido responsabilidade subsidiária pelas dívidas do Consórcio UFN III, há de ser mantida a sentença que reconheceu sua ilegitimidade para figurar nos autos da execução que se pretende cobrar valores decorrentes de contratação feita exclusivamente entre a exequente e consórcio. Ilegitimidade da Petrobrás mantida. Precedentes. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios” (TJMS. Apelação n. 0806525-67.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 29/01/2018, p: 08/02/2018).

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – SENTENÇA QUE RECONHECEU A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PETROBRÁS PARA FIGURAR NA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E FORNECIMENTO FIRMADO ENTRE O EXEQUENTE E O CONSÓRCIO UFN III – AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO CONTRA A EMBARGANTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Se não há relação contratual direta entre as partes, nem há prova de assunção de dívida de quem se obrigou frente ao credor, impossível exigir-se a obrigação de quem é, claramente, terceiro não obrigado. Recurso desprovido” (TJMS. Apelação n. 0804695-66.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 05/09/2017, p: 11/09/2017)

Assim, por todos os ângulos analisados, não há como se admitir a manutenção da empresa embargante-apelada - Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás - no polo passivo da ação de execução de título executivo extrajudicial proposta pela embargada-recorrente Sanagua Tecnologia Em Análise Ambiental e Derivados de

Petróleo Ltda contra o Consórcio UFN III, Galvão Engenharia S/A, GDK, Sinopec Petroleum Brasil Ltda. e a Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás.

Valor dos honorários advocatício sucumbenciais

Por fim, a recorrente “*tendo em vista a condição socioeconômica da empresa apelante, bem como, o porte da empresa Petrobrás, sendo que referida ação é insignificante diante de seu patrimônio, requer a reforma da condenação para que seja imposto percentual de 1% do valor atualizado da condenação*” (f. 182).

Pois bem, a fixação dos honorários advocatícios em razão da sucumbência está sujeita aos critérios de valoração delineados no art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil/15, sendo sua fixação ato do juiz.

O art. 85, § 2º, do CPC/2015, estabelece que os honorários advocatícios de sucumbência deverão ser arbitrados entre o mínimo de dez (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o proveito econômico e, se não for possível mensurá-lo, sobre o valor da causa, observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço.

Neste contexto, dentro dos mencionados limites, a fixação deve observar as peculiaridades da causa e trabalho desempenhado pelo causídico, sendo nesse sentido a lição do Nelson Nery Junior, senão vejamos:

“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 residia, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado”. (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 297).

Na hipótese versanda, o valor da causa indicado na presente ação é de R\$ 801.679,01 (f. 15). Logo, sopesando os critérios legais acima enunciados, e, observadas as peculiaridades da causa, notadamente a sua natureza - embargos à execução julgados procedentes antecipadamente -; o trabalho realizado pelos advogados e o baixo nível de complexidade da matéria discutida, tenho que a fixação dos honorários sobre o valor atualizado da causa importaria enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, quando a fixação dos honorários se tornar extremamente excessiva diante das peculiaridades da causa, tem o juiz o poder-dever de fixá-la com base na equidade, nos termos da segunda parte, do § 2º, bem como do § 8º, do art. 85, do CPC, uma vez que a razoabilidade, aliada aos princípios da equidade e proporcionalidade, deve sempre pautar a fixação dos ônus de sucumbência.

Como bem preleciona José Roberto dos Santos Bedaque:

“[...] não obstante a previsão legal se refira apenas a causas de pequeno valor, sugere-se a adoção da equidade também para as demandas de valor muito alto. Pela mesma razão, são inaceitáveis honorários ínfimos e excessivos.” (MARCATO, Antonio Carlos (Org.). Código de Processo Civil Interpretado. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2005. p. 107)

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – EXTINÇÃO DA AÇÃO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

Os honorários advocatícios devem ser fixados por apreciação equitativa não somente quando o valor da causa for aviltante, como também naquelas que possuem valor excessivo. Assim, se o valor arbitrado a título de honorários advocatícios com base no valor da causa

se mostra excessivo, necessário se torna sua fixação de acordo com a equidade, consoante as disposições do art. 85, §§ 2.º e 8.º, do CPC/2015.” (AC nº 0000013-59.1995.8.12.0003 – Des. Marcelo Câmara Rasslan – 1º Câmara Cível – DJ 26/04/2018)

Dessa forma, considerando os contornos fáticos desta lide e o expressivo valor atribuído à causa, pode-se concluir que a fixação dos honorários conforme fixado na sentença certamente importará em uma decisão judicial injusta, devendo ser utilizado o critério de equidade, por se apresentar como a medida mais justa na espécie.

Nestes termos, acerca do *quantum* dos honorários advocatícios sucumbenciais, utilizando-se do supracitado critério equitativo, tenho que mais condizente com o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; e o trabalho realizado pelo advogado, além do tempo exigido para o seu serviço; é o valor de R\$ 3.000,00.

Assim, a sentença deverá ser parcialmente reformada, no tocante ao valor dos honorários advocatícios sucumbenciais, dando-se parcial provimento ao recurso de apelação da embargada para se fixar os honorários advocatícios por equidade, em R\$ 3.000,00.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Sanagua Tecnologia Em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda e dou-lhe parcial provimento, fixando o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade em R\$ 3.000,00.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Alexandre Bastos), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 21/11/2018)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (1º Vogal)

Pedi vista para apreciar melhor a questão posta em análise.

Trata-se de Apelação interposta pela Sanagua Tecnologia Em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS que reconheceu a ilegitimidade passiva da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás.

Após a análise da situação exposta nos autos, verifiquei que o presente recurso merece provimento.

Explico.

Sabe-se que o Consórcio decorre de um contrato firmado entre duas ou mais sociedade com atividades em comum e complementares, que objetivam juntar esforços para a realização de determinado empreendimento.

O artigo 278 da Lei nº 6.404/76 expressamente dispõe que as sociedades podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, inclusive, ressalta que o consórcio não possui personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Nesse contexto, embora o consórcio não constitua uma nova pessoa jurídica, trata-se de coletividade dotada de capacidade excepcional para atuar, judicial e extrajudicialmente, nas relações jurídicas referentes às licitações das quais participe, por intermédio de representação de uma empresa líder cuja responsabilidade entre os integrantes pelos atos praticados em consórcio é solidária, nos termos do artigo 33 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

(...)

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato”.

Com isso, é certo dizer que o Consórcio é formado pelas próprias empresas associadas que a compõe, já que não possui personalidade jurídica distintas destas, responsabilizando-se as empresas consorciadas, pessoalmente, pelas obrigações assumidas e nos limites do que foi acordado.

Entretanto, a situação exposta nos autos não se refere a responsabilidade de empresa consorciada, mas quanto a ilegitimidade passiva da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás ante a falta de responsabilidade como devedora.

In casu, verifica-se que a Petrobrás entabulou com o Consórcio UFN III um contrato de prestação de serviço - Edital de Convite nº 0912834.11.8 (f. 242-295), onde constava como sua atribuição a fiscalização dos serviços (cláusula 10.1 – f. 270), bem como que o Consórcio ficaria obrigado a reembolsar a Petrobrás pelo que este tiver de despender além do valor contratual.

No referido contrato havia previsão expressa de “subcontratação” (cláusula 18.1 – f. 282), tanto é que quando da contratação da empresa apelante pelo Consórcio UFN III, constou na cláusula 1.4 e 1.4.1 (f. 190-209) que a empresa contratada tinha ciência do conteúdo constante no contrato efetuado entre a Petrobrás e o Consórcio UFN III, *in verbis*:

“1.4. Os Serviços serão executados de acordo com os projetos e/ou memoriais descritivos, modelos, dimensões e desenhos, em consonância com as normas da ABNT no que lhes forem aplicáveis, cronogramas, especificações e instruções estabelecidas pela contratante e suas eventuais alterações e do Edital de Concorrência nº Convite nº 0912834.11.8 (o “Edital”)

1.4.1. A contratada declara expressamente possuir conhecimento do conteúdo dos documentos mencionados no item 1.4 acima”.

Além disso, extrai-se através da leitura das cláusulas do Contrato nº 0912834.11.8 que a empresa apelante/exequente estava subordinada à empresa apelada/executada (Petrobrás), bem como que o pagamento da empresa apelante se submeteria ao repasse dos respectivos valores pela Petrobrás, conforme se verifica na cláusula transcrita abaixo:

“8.4. Por conta da subordinação (back to back) do presente contrato ao EPC firmado pela contratante com a Petrobrás, os pagamentos devidos à contratante serão feitos no prazo de até 30 (trinta) dias contados da data final do período de medição, caso a cobrança esteja devidamente instruída. Sendo possível, o pagamento será feito em maior brevidade, uma vez que o pagamento à contratada se submete principalmente ao recebimento dos respectivos valores pela contratante pela Petrobrás “ (f. 200).

Se não bastasse, através do Aditivo nº 15 do Contrato nº 0802.0069074.11.2, a Petrobrás reconheceu o descumprimento dos contratos de subcontratação efetuados pelo Consórcio UFN III, bem como em razão do interesse da Petrobrás em dar continuidade aos contratos, as partes (Petrobrás e Consórcio) acordando que *“1.1 - O presente Aditivo tem por objeto introduzir, em regime temporário e excepcional, procedimento para a realização de adiantamento por meio de uma conta vinculada, a ser aberta pela contratada e, banco de primeira linha, bem como prever as condições para a liberação da importância” (f. 298).*

E, posteriormente, foi realizado o Aditivo nº 20 do Contrato nº 0802.0069074.11.2 cujo objeto era a concessão de aportes pela Petrobrás para a realização dos pagamentos – restritos às atividades descritas nas planilhas de preços (Anexos V-A, V-B, V-C, V-D e V-E) do Contrato nas condições descritas no aditivo.

Desta forma, após o resumo do caso, é possível verificar que a Petrobrás é integrante da relação jurídica material na condição de empresa tomadora de serviço, portanto, possui responsabilidade subsidiária sobre o débito uma vez que restou demonstrado nos autos a conduta culposa da empresa no cumprimento das obrigações descritas na lei de licitações, especialmente no que diz respeito a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte das prestadoras de serviço.

Tanto é que a Petrobrás ao realizar os aditivos supracitados, interferiu na administração dos contratos de subcontratação realizados pelo Consórcio na tentativa de garantir a continuidade no fornecimento regular de produtos e serviços. E, posteriormente, realizou a rescisão do contrato com o Consórcio UFN III, o que ensejou a paralisação da obra e o inadimplemento dos contratos de subcontratação realizados pelo Consórcio.

Diante disso, entendo que deve ser reconhecida a legitimidade da Petrobrás em razão da sua responsabilidade subsidiária. E, neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou dizendo que a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço decorre da omissão quando existe o dever de fiscalização, Veja-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO – CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93 – CONSTITUCIONALIDADE – ADC 16 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DEVER DE FISCALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10 – INOCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa in eligendo ou in vigilando. 3. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 4. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgrR, Rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, Processo Eletrônico DJe-050 Divulg 14-03-2013 Public 15-03-2013. 5. A ausência de juízo de inconstitucionalidade acerca da norma citada na decisão impugnada afasta a violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte. 6. Declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 nos autos da ADC 16, não há falar em aplicação, ao caso, da sistemática da repercussão geral fundamentada no RE 603.397/SC (Tema 246). 7. Agravo regimental a que se nega provimento. – (STF - Rcl 18778 ED, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/12/2014, Processo Eletrônico DJe-025 Divulg 05-02-2015 PUBLIC 06-02-2015)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO – CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93 – CONSTITUCIONALIDADE – ADC 16 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DEVER DE FISCALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10 – INOCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel.

Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa in eligendo ou in vigilando. 3. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 4. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, Processo Eletrônico DJe-050 DIVULG 14-03-2013 Public 15-03-2013. 5. A ausência de juízo de inconstitucionalidade acerca da norma citada na decisão impugnada afasta a violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte. 6. Declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 nos autos da ADC 16, não há falar em aplicação, ao caso, da sistemática da repercussão geral fundamentada no RE 603.397/SC (Tema 246). 7. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - Rcl 18778 ED, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/12/2014, Processo Eletrônico DJe-025 Divulg 05-02-2015 Public 06-02-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93 – CONSTITUCIONALIDADE – ADC 16 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DEVER DE FISCALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10 – INOCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa in eligendo ou in vigilando. 2. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 3. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, Processo Eletrônico DJe-050 Divulg 14-03-2013 Public 15-03-2013. 4. A ausência de juízo de inconstitucionalidade acerca da norma citada na decisão impugnada afasta a violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - Rcl 17831 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, Processo Eletrônico DJe-021 Divulg 30-01-2015 Public 02-02-2015)

Destaco, ainda, que apesar do o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 dispor acerca da impossibilidade de transferência da responsabilidade à Administração Pública referente ao pagamento em razão da inadimplência, a Petrobrás é empresa de sociedade de economia mista e tomadora de serviço, bem como foi negligente na fiscalização do contrato realizado com a prestadora de serviço (Consórcio UFN III), o que enseja sua responsabilidade subsidiária sobre os débitos existentes.

E, no mesmo sentido, este Tribunal já decidiu:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA EM CARÁTER INCIDENTAL – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURADA – LEGITIMIDADE PASSIVA DA PETROBRAS–INADIMPLEMENTO CONTRATUAL–VERIFICADA–RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (PETROBRAS) – DEVER DE FISCALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE DAS CONSORCIADAS (GALVÃO E SINOPEC) – INOVAÇÃO RECURSAL – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. O juiz é o destinatário das provas, podendo proferir sentença com se entender que as provas constantes dos autos são suficientes para formação do seu

convencimento, sem que configure cerceamento de defesa. É legítima para figurar no polo passivo a sociedade de economia mista que discute obrigações assumidas pelo consórcio. Havendo o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas com consórcio de empresas contratadas para a construção de uma fábrica da Petrobrás, existe responsabilidade subsidiária desta quanto ao inadimplemento do consórcio com diversas empresas do município de Três Lagoas. Ao Tribunal de Justiça não é dado conhecer de matérias, em sede de recurso, que não foram objeto de análise pelo juízo a quo, sob pena de supressão de instância, ofensa ao efeito devolutivo e ao princípio do duplo grau de jurisdição. (TJMS. Apelação n. 0802297-15.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 18/04/2018, p: 19/04/2018)

Com isso, ousou divergir do Des. Paulo Alberto de Oliveira (Relator) para conhecer do recurso interposto por Sanagua Tecnologia Em Análise Ambiental e Derivados de Petróleo Ltda e dar-lhe provimento, reformando da sentença proferida às f. 156-159, para declara a legitimidade passiva da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, mantendo-a no polo passivo da ação de execução.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

Julgamento suspenso para convocação de novo membro para a técnica do art. 942 do CPC, após o relator dar parcial provimento ao recurso e o 1º e 2º vogais lhe darem provimento.

VOTO (EM 17/12/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator e o 4º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Cível

Embargos de Declaração nº 1400975-03.2018.8.12.0000/50004 - Paranaíba

Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DE PERDA DE OBJETO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DA SENTENÇA TERMINATIVA – ACOLHIDO COM EFEITOS INFRINGENTES.

Havendo agravo de instrumento perante o tribunal com discussão em aberto sobre a gratuidade da justiça, a sentença terminativa que extingue o processo em razão do não recolhimento das custas iniciais não tem o condão de fazer perder objeto do referido agravo de instrumento (mormente, se quando da sentença terminativa a decisão que gerava efeito era a concessão do parcelamento, que veio a ser reconsideração após a sentença extintiva). Desta feita e, por via de consequência, sendo o recurso de agravo de instrumento provido e tendo como consequência desse provimento a anulação da sentença (efeito expansivo externo), não haverá qualquer ofensa à correta tese de que agravo de instrumento não tem efeito rescisório de sentença transitada em julgado, simplesmente porque nesse caso ainda não terá ocorrido o trânsito em julgado, tampouco a coisa julgada material.

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, acolher parcialmente os embargos, nos termos do voto do relator e, por maioria, rejeitar o parcelamento das custas e determinar o seu pagamento integral, com anulação da sentença de extinção.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Embargos de Declaração interposto por Mara Silvia de Carvalho em face do acórdão de f. 118-121, que não conheceu do agravo de instrumento por perda de objeto.

Mara Silvia de Carvalho suscita nos embargos de declaração de f. 01-06, em apertada síntese: acolhido o presente embargos de declaração com efeitos infringentes para afastar o não conhecimento por perda de objeto e, quanto ao mérito, deferir o parcelamento das custas iniciais e com concessão de novo prazo razoável para recolhimento.

O embargado, devidamente intimado (f. 12), apresentou contrarrazões pela rejeição às f. 13-20.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de Embargos de Declaração interposto por Mara Silvia de Carvalho em face do acórdão de f. 118-121, que não conheceu do agravo de instrumento por perda de objeto.

Mara Silvia de Carvalho suscita nos embargos de declaração de f. 01-06, em apertada síntese: acolhido os presentes embargos de declaração com efeitos infringentes para afastar o não conhecimento por perda de objeto e, quanto ao mérito, deferir o parcelamento das custas iniciais e com concessão de novo prazo razoável para recolhimento.

O embargado, devidamente intimado (f. 12), apresentou contrarrazões pela rejeição às f. 13-20.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que, inicialmente, tratou-se de Agravo de Instrumento interposto por Mara Silvia de Carvalho, em face de decisão de primeiro grau proferida nos autos da Ação Cautelar contra alienação de bens – Autos nº. 0803078-46.2016.8.12.0018 – que indeferiu os benefícios da Justiça Gratuita à autora.

Após terem sido proferidas decisões monocráticas, recurso de agravo interno foi pautado para julgamento colegiado, tendo sido proferido Acórdão que não conheceu do recurso por perda de objeto superveniente, em razão de ter sido proferida em primeiro grau, sentença de extinção do feito, justamente em razão do não recolhimento das custas processuais pela autora.

No mesmo acórdão ficou consignado a ocorrência do vício de nulidade apontado pela ora embargante, consistente na prolação de sentença em primeiro grau ao tempo em que estava vigente decisão de segundo grau que autorizava o parcelamento das custas processuais.

No entanto, optou-se pela perda do objeto decorrente da prolação da sentença que extinguiu o feito por ausência de custas. A embargante apresenta os presentes embargos de declaração e com alegação de existência de omissão, aduzindo que a sentença de primeiro grau, que extinguiu o feito sem resolução de mérito, foi proferida sem requisitos de validade e eficácia, vez que ao tempo em que foi proferida, estava vigente decisão monocrática de minha autoria, que havia deferido o pedido de parcelamento das custas iniciais pela autora.

Tenho que o recurso deve ser acolhido.

Explica-se.

Pois bem. Nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil (redação assemelhada ao art. 535 do CPC/73), são cabíveis os embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; corrigir erro material.

Analisando-se o acórdão embargado extrai-se que de fato, existe vício na decisão recorrida, a qual consigna que a sentença terminativa foi publicada em 29/05/2018, portanto, quando em vigência a decisão deste relator que deferiu o parcelamento das custas iniciais, sem dispor sobre os efeitos dessa decisão à conclusão do presente Agravo de Instrumento.

Diante disso, entendo assistir razão à embargante.

Primeiramente, deve ser afastada a perda de objeto do recurso, uma vez que a sentença proferida em contrariedade à decisão de segunda instância não tem o condão de produzir qualquer efeito, inclusive o de prejudicar o julgamento do recurso por perda de objeto.

Nesse ponto, nota-se de fato, a contradição no julgado, na medida em que reconhecida a ineficácia da sentença extintiva, deve ser reconhecida a ausência de qualquer efeito dos atos processuais praticados em decorrência de referida decisão, vez que proferida sentença de extinção sem requisitos de validade e eficácia, o que impede que todos os atos processuais posteriores possam produzir qualquer efeito, pois igualmente carentes de validade e eficácia.

Em suma, uma sentença de extinção do feito que afronta decisão vigente em segundo grau ou que ignora a pendência do julgamento de recurso com o mesmo objeto é em si absolutamente ineficaz para qualquer fim, inclusive não podendo gerar a perda do objeto.

Assim, não há falar em perda de objeto do recurso de agravo, na medida em que uma sentença ineficaz não produz qualquer efeito, incluindo-se o efeito de prejudicar o julgamento do recurso em segundo grau, como de fato ocorreu no caso concreto.

Verifica-se no caso em tela a incompatibilidade lógica entre a decisão de segundo grau proferida monocraticamente em sede de Agravo de Instrumento, que deferiu pedido de parcelamento das custas processuais pela parte, e a sentença de primeiro grau que extinguiu o feito sem resolução de mérito justamente pela ausência de recolhimento das custas iniciais pela autora, mesmo havendo pendência de recurso a ser julgado, em desatendimento ao princípio da confiança e ao devido processo legal.

A existência, validade e eficácia, são elementos que condicionam a produção de efeitos que integram toda a ordem processual. Assim, a decisão de primeiro grau que extinguiu o feito na pendência de julgamento de recurso de Agravo na segunda instância e estando vigente decisão que determinava parcelamento, mostra-se de todo ineficaz, o que a impede de produzir qualquer efeito, inclusive no aspecto endoprocessual, levando à impossibilidade jurídica de perda de objeto do recurso.

Vale salientar que os efeitos dos atos jurídicos produzidos no curso do processo têm efeitos na esfera exoprocessual (aspectos externos ao processo), como uma determinação de penhora de bens por exemplo, e endoprocessual (aspectos internos ao próprio curso do processo), como o instituto da preclusão. No caso concreto, uma decisão judicial que padece de vício de nulidade e, portanto, ineficaz, por certo faz com que todos os atos processuais dela decorrentes se tornem igualmente sem efeito, o que impossibilita inclusive, a perda de objeto do recurso de agravo.

Importante destacar que no caso concreto, os fatos processuais decorreram da ausência de comunicação ao juízo de primeiro grau acerca da decisão proferida por este Relator que determinou o parcelamento, vez que consultando os autos principais, verifica-se que por um lapso não houve a devida comunicação ao juízo de primeiro grau pela Secretaria deste Tribunal, o que ensejou a extinção do feito, como já afirmado no acórdão embargado.

Por outro lado, pelo dever de cooperação e boa-fé objetiva, também caberia ao juízo de primeiro grau consultar os autos e aguardar o julgamento de recursos pendentes antes de proferir sentença cujo objeto de análise é o mesmo do recurso, ou seja, direito ou não à gratuidade da justiça.

Admitir o contrário seria o mesmo que aceitar a ideia de que o juízo de primeiro grau pudesse utilizar de sentença de extinção para “derrubar” julgamento de recurso de agravo de instrumento que buscasse a reforma de sua decisão interlocutória, o que seria no mínimo um tolhimento do acesso ao duplo grau de jurisdição garantido ao jurisdicionado pela via do recurso.

Obviamente, a incompatibilidade lógica entre a sentença de extinção e a decisão monocrática vigente de parcelamento das custas permanece ainda nas hipóteses em que o recurso tenha sido recebido apenas no efeito devolutivo, pela aplicação da confiança, do princípio da segurança jurídica, devido processo legal e do acesso à justiça.

Nesse contexto, verifica-se a existência de contradição no acórdão, pois a nulidade da sentença proferida em desrespeito à decisão de segundo grau mostra-se absolutamente ineficaz, impondo-se o reconhecimento de sua incapacidade de produzir regulares efeitos, inclusive a da perda do objeto.

Logo, melhor analisando os fatos processuais ocorridos desde a interposição do Agravo de Instrumento, concluo pela impossibilidade da perda de objeto, atribuindo efeitos infringentes aos embargos de declaração, para fins de que fique devidamente esclarecido que a sentença extintiva é absolutamente ineficaz para qualquer fim, posto que contrária à decisão de segundo grau, e por esse motivo não produz qualquer efeito, o que se estende a todos os atos processuais posteriores, pois igualmente ineficazes, e incapazes de produzir qualquer efeito.

Na verdade, considerando os efeitos dos recursos, todos os atos produzidos após a interposição do recurso de agravo podem ser alcançados pelo seu julgamento quando com ele incompatíveis. Trata-se da aplicação do “efeito expansivo objetivo do recurso de Agravo de Instrumento”, segundo o qual o julgamento do recurso pode ensejar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada, podendo atingir outros atos processuais além do ato impugnado que, no caso, era o pedido de Justiça Gratuita formalizado pela parte autora nos autos de origem.

Nesse sentido importa destacar a posição doutrinária sobre o tema.

“[...] Em outras palavras, o efeito expansivo advém de certas consequências que o julgamento do recurso possa acarretar à decisão recorrida, a outros atos do processo ou, eventualmente, em relação a outros sujeitos processuais. [...] O efeito expansivo externo está relacionado à anulação ou afetação de outros atos processuais. [...] Por força do efeito expansivo externo, o que estiver em desacordo com a decisão que deu provimento ao recurso restará anulado ou afetado. (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema Recursal CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 91-92)

“[...] O efeito expansivo objetivo acontece quando, em face da reforma ou anulação de determinada decisão, outros atos processuais são igualmente atingidos. [...] Nessa linha, o efeito expansivo tem nítida vinculação com a própria noção dos atos processuais e de tema das nulidades e das ineficácias no processo civil. [...] Por conta dessa vinculação necessária entre os atos do processo, o Código de Processo Civil, ao tratar da matéria das nulidades, deixa evidenciado que os atos dependentes do ato nulo também se reputam sem nenhum efeito, isto é, ineficazes [...]. Assim, a modificação ou mesmo a anulação de uma decisão judicial pode determinar, em cadeia, a declaração de ineficácia de outros tantos atos – dependentes do primeiro na sequência do procedimento. [...] Enfim, todos os atos judiciais que dependam do ato judicial atacado no recurso (e que tenha sido modificado ou anulado em sua decorrência) podem ter sua eficácia cortada ou ao menos alterada. A decisão do recurso expande a sua eficácia para além do ato recorrido (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 526, v. 2) grifamos.

Inclusive, digno de nota o apontamento preciso sobre a questão:

“Tratando a decisão interlocutória de outra matéria que não a tutela de urgência, parece não existir maior dúvida na doutrina que, sendo interposto o recurso de apelação contra a sentença, o agravo de instrumento ainda pendente de julgamento em nada será afetado, devendo ser julgado normalmente e sempre antes da apelação (art. 559 do CPC). A discordância fica por conta da consequência processual a atingir o agravo pendente de julgamento no caso de não interposição da apelação.

Parcela da doutrina entende que nesse caso o recurso de agravo de instrumento ainda pendente de julgamento perde o objeto, porque, sem o ingresso da apelação contra a sentença, verifica-se no processo o trânsito em julgado da decisão, o que significa dizer que aquela demanda – ou aquela fase procedimental na ação sincrética – chegou ao fim, não sendo possível admitir que um recurso interposto em demanda que chegou ao seu fim possa ser julgado¹. Por outro lado, um eventual provimento do agravo de instrumento poderia atingir a sentença, anulando-a, o que permitiria ao agravo de instrumento desconstituir decisão transitada em julgada, que sendo de mérito faz coisa julgada material. Alega-se que o agravo de instrumento não pode atuar como verdadeira ação rescisória.

Não concordo com essa parcela da doutrina porque acredito que partem de uma premissa equivocada. É correta a afirmação de que o agravo de instrumento não pode afastar a coisa julgada material, tarefa exclusiva da ação rescisória e da ação de querela nullitatis. Também tem lógica a afirmação de que, estando a demanda extinta em razão do trânsito em

¹ Wambier, Os agravos, n. 11.1, p. 582; Gusmão Carneiro, Recurso, n. 105-A, p. 274; Barbosa Moreira, Comentários, n. 372, p. 694; STJ, 4.^a Turma, REsp 292.565, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.11.2001, DJ 05.08.2003. Informativo 322/STJ, 3.^a T., AgRg no Ag 489.699-RJ, rel. Ari Pargendler, j. 05.06.2007.

Julgado, não é possível que atos processuais continuem a ser praticados, pois a demanda já estará encerrada. Ocorre, entretanto, que excepcionalmente a ausência de apelação contra a sentença não produz o trânsito em julgado imediatamente, sendo possível que a pendência de providências na demanda suspenda o trânsito em julgado até que sejam efetivamente tomadas.

Como visto, o efeito principal de qualquer recurso é impedir a preclusão da decisão, sendo que no caso da apelação será impedir o trânsito em julgado da sentença. A consequência natural da não interposição da apelação é o trânsito em julgado, mas não se pode desconsiderar que o sistema processual já possui fenômeno processual que impede o trânsito em julgado ainda que a sentença não tenha sido objeto de apelação. Trata-se do reexame necessário (art. 475 do CPC), entendido de forma unânime pela doutrina como causa suspensiva do trânsito em julgado. Sendo aplicável ao caso concreto o reexame necessário, apesar de a sentença não ter sido recorrida, não há trânsito em julgado.

Da mesma forma deve ocorrer com o agravo de instrumento pendente de julgamento diante de sentença não recorrida. O trânsito em julgado (e a consequente coisa julgada material no caso de sentença de mérito) fica suspenso até que seja tomada a providência pendente, no caso, o julgamento do agravo de instrumento². No caso de o agravo de instrumento não ser conhecido ou ser negado o seu provimento, a sentença imediatamente transita em julgado, considerando que a causa suspensiva desaparece. Sendo o recurso provido e tendo como consequência desse provimento a anulação da sentença, não haverá qualquer ofensa à correta tese de que agravo de instrumento não tem efeito rescisório de sentença transitada em julgado, simplesmente porque nesse caso ainda não terá ocorrido o trânsito em julgado, tampouco a coisa julgada material.

Também não convence a tese doutrinária de que nesse caso aplica-se por analogia o art. 503 do CPC, entendendo-se que a parte que não apela da sentença aceita tacitamente a decisão interlocutória recorrida pelo agravo de instrumento ainda pendente de julgamento³. Essa aceitação tácita simplesmente não ocorre porque o objeto das duas decisões é diferente, não se podendo afirmar logicamente que, ao não interpor a apelação, a parte tenha concordado com o conteúdo da decisão interlocutória recorrida. São questões diferentes resolvidas nessas duas decisões, de forma que a ausência de apelação pode, quando muito, sustentar a tese de que a parte aceitou tacitamente a sentença, mas tal aceitação pode decorrer da ausência de fundamentos sólidos para impugná-la.

*Ainda que na praxe forense o advogado provavelmente apele da decisão, mantendo indiscutivelmente vivo o processo, será mesmo saudável ao processo exigir do advogado uma apelação manifestamente infundada, somente para conseguir o julgamento de seu agravo de instrumento? Não seria contrário ao princípio da economia processual exigir da parte a prática de um ato desprovido de qualquer fundamento, somente para demonstrar que tem interesse no julgamento de recurso que em nada se refere a esse ato? Acredito que não. A parte pode estar inconformada com a decisão interlocutória, e por isso recorre por meio de agravo de instrumento, tendo sólidos fundamentos para anular ou reformar essa decisão. Não se anima, entretanto, a apelar da sentença, porque não tem fundamentos sérios para fazê-lo, não querendo perder tempo e energia com a prática de ato processual que já sabe ser fadado ao insucesso (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual Direito Processual Civil** - Volume Único. 7. ed. Editora Método, p. 795/797)³.*

Como explicado pela doutrina, além do efeito devolutivo próprio do recurso, aplica-se ao caso o efeito expansivo externo, no sentido de que o julgamento do Agravo Interno afeta outros atos processuais produzidos nos autos que estejam em desacordo com a conclusão do recurso, inclusive a própria sentença extintiva, aqui já reconhecida como ineficaz.

Neste caso, o efeito expansivo externo disciplina que o julgamento do recurso pode e deve influenciar todos os atos processuais que com ele sejam incompatíveis, permitindo-se a necessária harmonização dos atos

² Nery-Nery, Código, p. 894; Didier-Cunha, Curso, p. 175-176; STJ, 4.ª Turma, REsp 258.780/ES, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.05.2003, DJ 15.12.2003.

³ Theodoro Jr., Curso, p. 687.

processuais, dentro de um ambiente que respeite o devido processo legal e acesso à justiça considerando o regular processamento e julgamento de todos os recursos a ela inerentes.

Observo, mesmo que a nulidade da sentença pudesse também ser buscada em sede recursal própria, no plano da eficácia a decisão já reconhecida nula pode e deve ser analisada do ponto de vista de suas consequências processuais, ou seja, havendo decisão ineficaz – que não pode produzir efeitos – tal consequência processual pode e deve ser conhecida, a fim de evitar a manutenção de atos processuais ineficazes, justamente pela aplicação do efeito expansivo externo do recurso.

Nesse contexto, vale destacar posição da jurisprudência sobre a aplicação do efeito expansivo externo no recurso de agravo de instrumento e suas consequências processuais, exarada em acórdão trazido pela embargante. Confira-se:

“(...) A prolação de sentença no processo de origem não acarreta a perda do objeto do agravo de instrumento, nos casos em que a questão debatida no agravo de instrumento puder implicar o reconhecimento de alguma nulidade insanável, que contamine não só a decisão interlocutória, mas também atos posteriores do processo. 2. O recurso de Agravo é dotado de efeito expansivo objetivo externo, por força do qual o seu julgamento projeta efeitos não apenas sobre a decisão interlocutória que constitui seu objeto, mas também sobre outros atos processuais que se seguiram, desde que incompatíveis com a decisão proferida no agravo de instrumento. Precedentes do STJ e TJPI. Assim, conhecido o recurso. 3. A decisão agravada não deve prevalecer por ser, nas circunstâncias da causa, desproporcional, irrazoável e ilegal. 4. A relação de direito material controvertida é de cunho consumerista. Assim, observando a hipossuficiência do consumidor frente a instituição financeira, invertido o ônus da prova em favor daquele. 5. Desse modo, o ônus a respeito da comprovação da regularidade do contrato em questão, bem como da demonstração do regular pagamento do valor do empréstimo à parte Autora, ora Agravante, é do Banco Réu, ora Agravado. 6. Não fixados honorários advocatícios recursais, pela inteligência do art. 85, § 11, do CPC/15, haja vista que a decisão recorrida não arbitrou honorários sucumbenciais. 7. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJPI; AI 2017.0001.005791-5; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho; DJPI 07/11/2018; Pág. 66) grifamos.

Tal entendimento também se alinha ao princípio da primazia do julgamento de mérito, que impõe a superação e sanção dos vícios em nome de uma solução de mérito para a lide.

Assim, tem-se que, diante dos fatos ocorridos, e revendo meu posicionamento, entendo ser necessário sanar a omissão e a contradição quanto à inviabilidade de produção de efeitos da sentença extintiva e de todos os atos posteriores, elementos que podem e devem ser decididos nestes autos, permitindo-se assim, a análise do objeto do Agravo de Instrumento,

Acolho a omissão e contradição para afastar a perda de objeto.

Passo ao julgamento meritório do agravo de instrumento.

Vejamos.

Sanada a omissão e a contradição, quanto à ineficácia da sentença extintiva, e de todos os atos processuais posteriores, passo à análise do mérito do agravo de instrumento, quanto ao pedido de Justiça Gratuita formulado pela autora.

Nesse sentido, reputo válidas as análises anteriores, quanto à situação financeira da agravante, a qual apresenta condições patrimoniais que não se adequam ao pedido de gratuidade em sua integralidade.

Contudo, entendo neste caso ser viável o parcelamento das custas iniciais, em razão das peculiaridades dos autos (colorido especial - distinção) ainda que *ex officio*.

Em que pese não ter havido pedido expresso de parcelamento das custas iniciais, consigno primeiramente que houve, por parte da agravante, pedido de pagamento das custas ao final (diferimento), sob o argumento de que, tendo havido a alteração do valor da causa *ex officio* pela magistrada de primeiro grau, o montante a ser recolhido a título de custas iniciais mostrou-se considerável, de modo a justificar, sob o prisma da garantia fundamental do acesso à justiça, o parcelamento de referidas custas.

Neste caso, verifica-se que o Código de Processo Civil/2015 prevê o parcelamento das despesas processuais da seguinte forma:

“Art. 98, § 6º: Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do processo”.

Do dispositivo acima transcrito extrai-se primeiramente que o pedido pode ser concedido pelo juiz, ou seja, não há óbice quanto ao deferimento do parcelamento *ex officio*, desde que adequado ao caso concreto e este caso tem um colorido especial, uma vez que não se mostra como decisão justa e efetiva como se exige o art. 6 do CPC, que a parte que tenha um crédito (reconhecido pelo devedor como devido) de meio milhão de reais seja condenada a pagar como verba sucumbencial o valor de oitocentos mil reais.

Neste ponto vale ressaltar que a previsão legal encontra-se adequada não somente do ponto de vista processual, pois permite viabilizar concretamente os princípios da razoável duração do processo e da primazia do julgamento de mérito, mas também e principalmente, do ponto de vista constitucional, na medida em que se torna veículo importante na concretização do princípio do acesso à justiça.

Assim, verifico não haver óbice à concessão do parcelamento *ex officio*, mormente, diante da especificidade deste caso posto à apreciação (onde o molho sairá mais caro do que o peixe, ou seja, o valor da verba de sucumbência ficou a maior do que o crédito buscado judicialmente) e, decisão, inclusive, que já foi objeto de análise por outros Tribunais. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Indeferimento do benefício da gratuidade de justiça. Ordenamento jurídico pátrio que assegura a Assistência Judiciária Gratuita aos que demonstrarem a insuficiência de recursos. Inteligência do art. 5º, LXXIV, da CR/88 c/c art. 99, §§ 2º e 3º, do CPC. Acervo documental colacionado que, embora não corrobore a declaração de hipossuficiência apresentada pelo demandante, autoriza o parcelamento das custas processuais, em atenção ao princípio do amplo acesso à justiça. Inteligência do art. 5º, XXXV da Constituição da República e Enunciado nº 27 do fundo especial do tribunal de justiça. Conhecimento e desprovimento do recurso. Concessão do parcelamento de ofício. (TJRJ; AI 0060359-81.2018.8.19.0000; Nova Iguaçu; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho; DORJ 07/12/2018; Pág. 208) grifos nossos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – COMPROVANTE DE RENDIMENTOS – POSSIBILIDADE DE CUSTEIO DAS DESPESAS PROCESSUAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – GRATUIDADE INDEFERIDA – PARCELAMENTO DAS CUSTAS CONFERIDO DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ARTIGO 98, & 6º CPC, DE SORTE A GARANTIR O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. (TJSE; AI 201800809242; Ac. 9725/2018; Segunda Câmara Cível; Relª Desª Ana Bernadete Leite de Carvalho Andrade; DJSE 15/05/2018) grifos nossos

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS – RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – HIPOSSUFICIÊNCIA – NÃO COMPROVAÇÃO – PARCELAMENTO DAS CUSTAS – POSSIBILIDADE. 1. O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis, devendo o julgador limitar-se ao acerto ou desacerto da decisão agravada, sendo-lhe vedado ultrapassar a matéria ali decidida, sob pena de suprimir um grau de jurisdição. 2. Não havendo o julgador manifestado sobre questão afeta à legitimidade

de uma das partes, não há falar na sua análise na instância revisora. 3. Não comprovada a hipossuficiência financeira do requerente para efetuar o pagamento das despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento ou da família, o indeferimento dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita é medida que se impõe. 4. **Para assegurar o acesso à justiça, garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e diante da previsão do artigo 98, § 6º, do novo código de processo civil de 2015, possível a autorização do parcelamento das custas processuais, de ofício.** Agravo conhecido e desprovido. (TJGO; AI 0265863-34.2016.8.09.0000; Goiânia; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Walter Carlos Lemes; DJGO 14/10/2016; Pág. 100) grifos nossos

Assim, conforme ampla jurisprudência sobre tema, conclui-se pela viabilidade de concessão, pelo julgador, do direito ao parcelamento das custas processuais, até mesmo *ex officio*, em atenção à garantia constitucional do acesso à Justiça prevista expressamente no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Superada essa premissa, verifica-se que as peculiaridades do caso concreto autorizam a concessão do direito ao parcelamento das custas iniciais em favor da agravante, na medida em que, alterado o valor da causa – inicialmente foi de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – para o montante de R\$ 8.698.239,05 (oito milhões seiscentos e noventa e oito mil duzentos e trinta e nove reais e cinco centavos), conforme decisão de f. 672-673 dos autos principais, verifica-se que o valor das custas foi alterado de forma significativa, quando já em curso a demanda, o que autoriza seja concedido o parcelamento.

Distinção esta deste caso que revela justa e efetiva o acolhimento deste entendimento para este caso específico.

Desataca-se neste ponto que a decisão de primeiro grau que acolheu a impugnação ao valor da causa, e determinou sua alteração e originou a interposição do presente agravo de instrumento, foi proferida quando já havia sido decidida questão liminar, apresentada contestação e réplica, ou seja, no curso do processo, o que igualmente autoriza a concessão do parcelamento das custas iniciais remanescentes, em atenção ao princípio da primazia do julgamento de mérito, tal como previsto no art. 4º do Código de Processo Civil.

Desse modo, fundamentado na garantia constitucional do acesso à justiça, e no princípio da primazia do julgamento de mérito e economia processual, e nas peculiaridades fáticas do caso, notadamente o valor das custas remanescentes a serem recolhidas pela parte autora, concedo-lhe de ofício o direito ao parcelamento das custas iniciais, em 6 (seis) parcelas iguais, mensais e sucessivas, a serem recolhidas perante o juízo de primeiro grau.

Isto posto, e por tudo o mais que dos autos consta, acolho os embargos de declaração opostos por Mara Silvia de Carvalho, com efeitos infringentes, para declarar a ineficácia da sentença de extinção proferida nos autos da Ação Cautelar nº 0803078-46.2016.8.12.0018, e de todos os atos processuais posteriores, inclusive eventuais atos praticados em sede de cumprimento de sentença.

Assim, conheço do agravo de instrumento e no mérito, dou acolhimento parcial ao recurso, mantenho a decisão de primeiro grau no tocante ao indeferimento do pedido de Justiça Gratuita à embargante, e concedo *ex officio* o parcelamento das custas iniciais, a ser realizado perante o juízo de primeiro grau, em 6 (seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, sob pena de extinção do feito.

Ocorrendo o devido recolhimento, o processo deve ser retomado a partir da decisão que foi objeto do presente agravo de instrumento.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Tratam-se de embargos de declaração em agravo de instrumento, interposto por Mara Silvia de Carvalho, nos Autos de Execução Fiscal, de nº 0202735-39.2005.8.12.0001, em que contende com Benedito da Palma Oliveira Neto, Lincoln Carvalho de Oliveira, Benedito Leal de Oliveira, oferece recurso de apelação.

A embargante sustenta o acolhimento dos aclaratórios com efeitos infringentes para afastar o não conhecimento por perda de objeto e, quanto ao mérito, deferir o parcelamento das custas iniciais e com concessão de novo prazo razoável para recolhimento.

O i. Relator em seus aclaratórios compreendeu por conhecer do Agravo de Instrumento e no mérito, dar acolhimento parcial ao recurso, mantendo a decisão de primeiro grau no tocante ao indeferimento do pedido de Justiça Gratuita à embargante, e concede de o parcelamento das custas iniciais, a ser realizado perante o juízo de primeiro grau, em 6 (seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, sob pena de extinção do feito.

Pois bem, a divergência em questão limita-se possibilidade ou não de parcelamento das custas.

A mera declaração da parte interessada não é prova inequívoca do que afirma, ou mesmo impede o julgador de colher outras informações constantes dos autos que demonstram situação diversa da perseguida, ainda mais quando pleiteia recolhimento das custas de forma diversa da convencional, estando ciente, portanto, que deve comprovar de plano, assim que apresenta o recurso, a sua situação financeira e econômica.

É cediço, ainda, que o Regimento de Custas Judiciais do TJMS, Lei nº 3.779/2009, o qual veda o parcelamento das custas, é anterior ao Código de Processo Civil de 2015:

Art. 12. O recolhimento das custas dar-se-á mediante guia própria fornecida pelo Poder Judiciário.

§ 1º O pagamento será considerado válido com a apresentação dos originais da guia devidamente autenticada ou com o comprovante de pagamento gerado pela instituição arrecadadora.

§ 2º É vedado o parcelamento do valor das custas e a cobrança em desacordo com as tabelas anexas a esta Lei.

Porém a redação do § 6º do art. 98 do CPC, estabelece que conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário terá de adiantar no curso do procedimento, confira:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1ª A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento. (Destaque)

Tal matéria, ao meu sentir, necessita de regulamentação pelo Tribunal de Justiça deste Estado, pois, por se tratar de uma possibilidade do juiz, eventual concessão pelos magistrados sem qualquer normativo daquele poderá acarretar empecilhos nos recolhimentos e até mesmo redução dos valores das custas em descompasso com a tabela vigente, sem qualquer previsão de números de parcelas, valor mínimo, ou máximo, e percentual passível de redução.

A exemplo do que ocorre nas hipóteses de pagamento das custas ao final do processo, o Regimento de Custas deste Tribunal de Justiça (Lei 3.779/09) prevê as seguintes hipóteses de diferimento:

Art. 25. O recolhimento da taxa judiciária poderá ser diferido pelo juiz da causa, para depois da satisfação da execução ou do cumprimento de sentença, quando comprovada, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento, ainda que parcial, nos seguintes casos:

I - nas ações de conhecimento e de execuções, relativas a honorários advocatícios, por pessoa física ou jurídica;

II - nas ações de pedidos de alimentos, nas revisionais de alimentos e acidente de trabalho.

Parágrafo único. A entrega do alvará para o levantamento do depósito fica condicionada à comprovação do recolhimento das custas devidas.

Como se vê, o benefício de pagamento das custas ao final da demanda é restrito às situações descritas em lei. Assim, o Tribunal indicou as ações e forma de concessão, referente ao diferimento da taxa judiciária, à luz do art. 25.

Ademais, segundo a jurisprudência, por sua vez, diante da ausência de regulamentação, exige-se que a parte, ao requerer o deferimento do parcelamento das custas comprovar o preenchimento do pressuposto que consiste na demonstração da impossibilidade de arcar com as custas do processo em uma única vez, colho o seguinte julgado acerca do tema:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – PEDIDO DE PARCELAMENTO DAS CUSTAS – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A própria literalidade do dispositivo de lei que rege a matéria (art. 98, § 6º, CPC) não deixa dúvida de que o parcelamento das custas impõe a demonstração da impossibilidade de arcar com as custas do processo. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1408543-07.2017.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 10/10/2017, p: 10/10/2017)

A letra da lei não deixa dúvida de que o parcelamento das custas impõe a demonstração da impossibilidade de arcar com as custas do processo.

A partir desta demonstração, é que o julgador terá meios de apurar a forma do parcelamento, até porque, este não pode ser utilizado de maneira inapropriada, devendo-se estabelecer a quantidade de parcelas conforme a capacidade financeira da parte solicitante.

Nessa senda:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRETENSÃO DA EMBARGANTE DE PARCELAMENTO DAS CUSTAS INICIAIS – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 98, § 6º, DO CPC – PREVISÃO EM SENTIDO DIVERSO DO REGIMENTO DE CUSTAS DESTA SODALÍCIO QUE NÃO SE SOBREPÕE À PREVISÃO DO CPC/2015 – QUANTIDADE DE PARCELAS DEFINIDA CONFORME A CAPACIDADE FINANCEIRA DA PARTE SOLICITANTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Prevendo expressamente o CPC/2015, em seu art. 98, § 6º, a possibilidade de parcelamento das despesas processuais, não pode o juízo indeferir tal pretensão com base em norma em sentido diverso constante do Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul, que acaba suprimida em função da atual legislação. Contudo, o parcelamento não pode ser utilizado de maneira inapropriada, devendo-se estabelecer a quantidade de parcelas conforme a capacidade financeira da parte solicitante, providência esta que não onera a beneficiária, tampouco o Estado. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1407361-83.2017.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 25/07/2017, p: 26/07/2017)

Assim, a apelante deixou de comprovar sua impossibilidade por meio dos documentos de renda e despesas mensais, a sua impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo em uma única parcela (f. 11-18).

Ora, os elementos acima impedem inclusive a concessão do parcelamento e redução, diante do patrimônio elevado, vejamos (f. 12):

DECLARAÇÃO DE BENS E DIREITOS		(Valores em Reais)	
CÓDIGO	DISCRIMINAÇÃO	SITUAÇÃO EM	
		31/12/2014	31/12/2015
61	SALDO EM CONTA CORRENTE BANCO DA AMAZONIA S/A 105 - Brasil	25.173,73	25.173,73
11	UM APARTAMENTO SOB N-102, LOCALIZADO NO 10-PAVIMENTO DO EDIFÍCIO RONDON, SITO AV. ROTARY INTERNACIONAL N-1951, NESTA CIDADE DE RONDONÓPOLIS, MT, RECEBIDO ATRAVÉS DE DOAÇÃO DE SEU PAI SR. LEONESE DE PINHO CARVALHO, CIC-005.403.151-68. 105 - Brasil	400.000,00	400.000,00
14	33,33% DE UMA ÁREA DE TERRA PARA PASTO E AGRICULTURA, MEDINDO 2.183,8182 HECTARES, RECEBIDO DE DOAÇÃO COMO USO E FRUTO DO SEU PAI E MAE, SR. LEONESE DE PINHO CARVALHO E DONA MAIAVY DE CARVALHO NO MUNICÍPIO DE ITUIQUIRA ESTADO DE MATO GROSSO EM MARÇO DE 2014. 105 - Brasil	5.749.366,67	5.749.366,67
TOTAL		6.174.540,40	6.174.540,40

Compulsando os autos, não se vislumbra que reúna as condições necessárias para o deferimento da benesse almejada. Conforme consignado nada restou demonstrado a respeito da insuficiência de valores, culminando na conclusão que possui condições de adimplir com eventuais custas processuais em uma única parcela.

Logo, os documentos constantes dos autos não são eficientes para concessão do parcelamento.

Portanto, considerando a ausência de prova robusta da atual situação, sendo insuficiente as provas dos autos, pode-se concluir assim, pelo contexto fático, pelo recolhimento das custas processuais.

Sendo assim, tenho que a presunção de incapacidade financeira em seu favor resta repelida pela documentação acostada, bem como de sua comprovação após devidamente processado, de modo que não é possível concluir pela alegada necessidade de parcelamento, ou redução.

Cabe aqui, ainda, o juízo de valor acerca com base na Constituição Federal de 1988, conforme a redação do artigo 5º, inciso LXXIV, o qual admite o direito à assistência judiciária aos que demonstrarem ser hipossuficientes economicamente mediante prova:

“Art. 5º(...)

*LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que **comprovam** insuficiência de recursos”. (Ressaltei)*

O sentido absoluto para garantia do benefício pretendido pela parte recorrente não prospera. Considere-se, ainda, que as despesas processuais não ocorrem a todo mês e nem sempre são de elevados valores.

Registre-se, outrossim, que conceder sem critérios o parcelamento prejudica aqueles que dela realmente necessitam, uma vez que o recolhimento do dinheiro público será fracionado em favor de indivíduos que detêm boas condições financeiras, dificultando que o Estado invista na própria estrutura do Poder Judiciário, a fim de expandir a prestação jurisdicional de forma mais eficiente.

Posto isso, como não restou comprovado o estado de necessidade indispensável da concessão do parcelamento, indefiro-o.

Diante do exposto, voto pelo acolhimento parcial dos embargos, nos termos do voto do i. Relator, e rejeitar o parcelamento das custas para determinar o seu pagamento integral, com anulação da sentença de extinção.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram parcialmente os embargos, nos termos do voto do relator e, por maioria, rejeitaram o parcelamento das custas e determinaram o seu pagamento integral, com anulação da sentença de extinção.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1408098-52.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA RECEBIMENTO DA INICIAL E DA INDISPONIBILIDADE DE BENS – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Quer para o recebimento da inicial, quer para a indisponibilidade de bens em ação civil pública por supostos atos de improbidade administrativa, imprescindível que haja indicação clara e precisa amparada em elementos fortes que indiquem pelo menos, o mero indício, de desvio de verba pública e/ou enriquecimento ilícito, para haja legalidade que justifique a decretação da indisponibilidade de bens, nos termos da norma cogente do art. 7º da Lei nº 8.249 e da jurisprudência do STJ.

E é o que ocorre, numa cognição sumária e rarefeita afeta à tutela de evidência do art. 311 do CPC, ou seja, *“há indícios fortes de que a agravante esteja no núcleo participativo de suposto desvio de verba pública”*, uma vez que ela era a responsável pelo pagamento e, por via de consequência, a quem cabia a fiscalização dos atos que constituem o fato gerador para a causa de pedir da petição inicial, bem como, no âmbito administrativo foi-lhe aplicada penalidade por este fato, bem como, apurado este mesmo fato pela AGE e, também, no Inquérito Civil.

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, 23 de janeiro de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Andreia de Cassia Pinto Fialho em face da decisão interlocutória que recebeu a ação civil pública às f. 82-89 e que decretou a indisponibilidade de bens até o valor total de R\$ 1.198.050,65 e com anotação desta medida no Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

Andreia de Cassia Pinto Fialho suscita no agravo de instrumento de f. 01-42, em apertada síntese: provimento para afastar o recebimento da ação civil pública em face da agravante e, de forma subsidiária, pela cassação da indisponibilidade de bens e, de forma subsidiária, a redução dos valores levados em consideração para o bloqueio de bens.

O recorrido, devidamente intimado (f. 392), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 393-405) e, no mesmo sentido, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça - PGJ de f. 409-424.

VOTO (EM 17/12/2018)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Andreia de Cássia Pinto Fialho em face da decisão interlocutória que recebeu a ação civil pública às f. 82-89 e que decretou a indisponibilidade de bens até o valor total de R\$ 1.198.050,65 e com anotação desta medida no Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

Andreia de Cássia Pinto Fialho suscita no agravo de instrumento de f. 01-42, em apertada síntese: provimento para afastar o recebimento da ação civil pública em face da agravante e, de forma subsidiária, pela cassação da indisponibilidade de bens e, de forma subsidiária, a redução dos valores levados em consideração para o bloqueio de bens.

O recorrido, devidamente intimado (f. 392), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 393-405) e, no mesmo sentido, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça - PGJ de f. 409-424.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que fora apurado desvios, pelo Inquérito Civil nº 20/2010 de verbas públicas que deveriam ser direcionadas ao Fisco, pelo período de 2004 a 2006; desvios estes, ocorridos dentro da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul – EGRHP; que por depoimento do responsável contábil, Senhor Luis Antônio Figueira e pelo conteúdo do laudo da AGE de f. 1145-1148 e 1154-1157, a agravante era a responsável pelo pagamento do processo da empresa Elonet e este foi o fato gerador para a aplicação de pena administrativa no procedimento administrativo disciplinar – PAD.

Apurado também, que a agravante era uma das três pessoas que operava o sistema, ao lado do contador Luiz e Fábio.

Tenho por manter a decisão recorrida.

Explica-se.

Certo que a indisponibilidade de bens em ação civil pública por suposto ato de improbidade tem a seu serviço a tutela provisória de evidência, portanto, mostra-se dispensável a demonstração do perigo na demora.

Isso porque, o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.

Este entendimento foi firmado em sistema de precedente, mais precisamente, em recurso especial repetitivo perante o STJ:

“Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso

Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (...) garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido (...) Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ” (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

Soma-se ainda, que a indisponibilidade é medida excepcional e que tem finalidade expressamente delimitada do art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa - LIA (Lei nº 8.249), que assim dispõe:

“Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”.

Portanto, serve para as condutas do art. 9º e art. 10 da Lei de Improbidade que apontam desvio de dinheiro público e enriquecimento ilícito (*fumus boni iuris*). Inclusive, com tese firmada neste sentido, também, em recurso especial repetitivo perante o STJ:

“(...) Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado (...) estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição (...) O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta improba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido” (...) Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa (...). Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ” (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

Em outros termos: apesar da dispensa do *periculum in mora*, não está imune à presença do *fumus boni iuris*.

Forte nestas premissas, imprescindível que haja indicação clara e precisa amparada em elementos fortes que indiquem pelo menos, o mero indicio, de desvio de verba pública e/ou enriquecimento ilícito, para haja legalidade que justifique a decretação da indisponibilidade de bens, nos termos da norma cogente do art. 7º da Lei nº 8.249 e da jurisprudência do STJ.

E para este caso posto à apreciação, numa cognição sumária e rarefeita afeta à tutela de evidência, há indícios fortes de que a agravante esteja neste núcleo participativo de suposto desvio de verba pública, uma vez que ela era a responsável pelo pagamento e, por via de consequência, a quem cabia a fiscalização dos atos que constituem o fato gerador para a causa de pedir da petição inicial, bem como, no âmbito administrativo foi-lhe aplicada penalidade por este fato, bem como, apurado este mesmo fato pela AGE e, também, no Inquérito Civil.

Também de se registrar que sou afeto a corrente que, sem probabilidade, sem bloqueios. Porém, anoto neste caso o zelo e a técnica do juiz prolator da decisão, ao realizar o fatiamento de condutas, bem como suas relativas tipificações.

Neste caso presente, andou bem o magistrado, eis que separou o joio do trigo, apreciando o pedido ministerial com critério, inclusive afastando a medida constritiva de demais responsáveis apontados pelo *Parquet* e, portanto, em face da agravante/requerida a decisão recorrida não merece reparados o recebimento da inicial e a indisponibilidade nos valores apontados como de efetivo prejuízo ao erário público.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso interposto por Andreia de Cassia Pinto Fialho para manter o recebimento da inicial da ação civil pública e dos valores tornados indisponíveis.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 23/01/2019)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Andreia de Cassia Pinto Fialho, na ação de ressarcimento de Danos ao Erário de nº 0901010-51.2017.8.12.0001, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em desfavor da recorrente, Luis Antônio Figueira, Geraldo Augusto da Silva, Ivonete Suzana Beal, Marcelo Renato Alves e Elvis Rodrigo Sitta.

Na sessão de julgamento do dia 17/12/2018, o d. Relator, Des. Alexandre Bastos, proferiu voto no sentido manter a decisão objurgada que dizia respeito, exclusivamente, à indisponibilidade de bens dos requeridos até o valor total de R\$ 1.198.050,65, para cada réu (p. 82-89).

Pois bem, infere-se da decisão acima mencionada que o magistrado singular, antes mesmo de recebimento da exordial da ação de ressarcimento, concedeu o pedido liminar de indisponibilização dos bens dos requeridos, de modo que, nesse contexto, é que a súplica será apreciada.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou entendimento de que para indisponibilização dos bens é prescindível a demonstração do perigo na demora, ou seja, de que os requeridos estejam dilapidando o patrimônio ou na iminência de fazê-lo, sendo necessária, somente, a comprovação da fumaça do bom direito, no caso, fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO – DECRETAÇÃO – REQUISITOS – EXEGESE DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO – MATÉRIA PACIFICADA PELA COLETA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de

ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”. (...). 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. (...) (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014). Destacado

Ademais, a Corte Superior também já firmou posicionamento de que o deferimento da indisponibilidade de bens, antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não pode ser simplesmente deferido, quando requerido, devendo-se pautar na verificação criteriosa de sua necessidade. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS RÉUS – DESNECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO PROCLAMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – EVENTUAL PROVIMENTO JURISDICIONAL CONDENATÓRIO NÃO PADECERÁ DE INEFICÁCIA, CONFORME SE INFERE DA MOLDURA FÁTICA ESTABILIZADA PELO ACÓRDÃO A QUO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA ACAUTELATÓRIA – RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.(...) 2. O deferimento da indisponibilidade de bens do acionado, antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública que alegadamente tenha sofrido a lesão ou dano - ainda que de monta - ou sob a pressão da mídia, para aplacar a sede de vingança ou de resposta que a sociedade justamente exige, mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade. 3. A constrição de bens não deve ser entendida como se fosse sanção patrimonial antecipada do Agente Público, mas sim cautela processual, e que é da natureza das medidas cautelares a prévia demonstração da sua necessidade, conforme estabelecem os arts. 798 do CPC, 7o. da Lei 8.429/92 e 12 da Lei 7.347/85. (...) 7. Recurso Especial da União conhecido e desprovido. (REsp 1264707/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016). Destacado

No caso vertente, conquanto a recorrente afirme que não era a única responsável por acompanhar o recolhimento dos tributos e pagamentos efetuados pela empresa Elonet e que esteve, entre 19/06/2006 a dezembro 2006, afastada de suas funções por estar em gozo de licença maternidade, férias anuais e recesso, de modo que nada lhe poderia ser imputado, tenho que tais assertivas não se sustentam, uma vez que a demanda em questão busca ressarcimento não só do segundo semestre de 2006, mas, sim, do período de 2004 a 2006, em que foram constatados diversos desvios de valores em favor de pessoas jurídicas que não mantinham nenhuma relação com a empresa citada ou com a EGRHP – Empresa de Gestão de Recurso Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul.

Nesse contexto, embora não seja devido lhe atribuir culpa durante o tempo do seu afastamento por negligência em proceder suas atribuições, a agravante não logrou êxito em demonstrar que não tenha responsabilidade pelos alegados prejuízos fora desse lapso temporal e ainda dentro do período investigado.

Aliás, a recorrente deixa claro às páginas 10, que demonstrou somente a ausência de responsabilidade, enquanto estava afastada de suas funções, mas não integralmente durante todo o período investigado, quando afirma que *“Provou que muitos dos devidos (sic) tanto de impostos municipais quanto da empresa Elonet (...) foram feitos no segundo semestre do ano de 2006 (...)”*.

Ou seja, nada esclarece ou comprova antes do seu afastamento, de modo que se faz necessária a manutenção do decreto de indisponibilidade dos bens, mormente em virtude da demonstração, em sede cognição sumária, que houve efetivos prejuízos ao erário, bem como da delimitação das condutas dos requeridos e as respectivas tipificações da infrações cometidas, comprovando, portanto, a fumaça do bom direito.

Quanto ao pedido alternativo para que haja redução dos valores bloqueados à exata quantia dos prejuízos ao erário supostamente cometidos pela recorrente, tenho que tal requerimento não possui cabimento, porquanto ainda se faz necessária a dilação probatória, a fim de se quantificar, monetariamente, o quanto cada um dos requeridos contribuiu nos danos aos cofres públicos.

Por fim, deixo claro que tenho me posicionado, reiteradamente, contrário ao bloqueio de bens no exato valor do dano para cada um dos requeridos. Contudo, como não houve insurgência da recorrente neste ponto, deixo de me manifestar sobre a questão, uma vez que não devolvida a este Tribunal.

Diante do exposto, acompanho o i. Relator, a fim de conhecer do agravo de instrumento e, negar-lhe provimento.

O Sr. Des. Wilson Bertelli. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Wilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Cível

Apelação nº 0801562-57.2017.8.12.0017 - Nova Andradina

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REDIBITÓRIA – COMPRA DE MOTO (BEM MÓVEL) – DEFEITO OCULTO (ANOTAÇÃO DE SINISTRO) – TERMO INICIAL CIÊNCIA INEQUÍVOCA QUE DEVE OCORRER NO PRAZO DE 180 DIAS – PRAZO DECADENCIAL DE 30 DIAS DESSA CIÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

De acordo com o art. 445, § 1º, do Código Civil, é de no máximo 180 dias o prazo decadencial para ciência do defeito oculto, e após essa ciência conta-se o prazo também decadencial de 30 dias, para reclamar pelos vícios da coisa móvel.

Se assim não fosse, o adquirente poderia pleitear a redibição *ad eternum* por quaisquer defeitos que a coisa viesse a apresentar em sua vida útil, sendo que o prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias da tradição da coisa para ciência do vício dá presunção *iure et iure* de que ocorreu após a realização do negócio.

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, 6 de fevereiro de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Luiz Roberto do Nascimento dos Santos interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 151-155, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nestes autos de Ação Redibitória, que reconheceu a decadência do alegado direito de abatimento formulado pelo autor/apelante, declarando o feito extinto e condenando-o aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (f. 163-173), alega o apelante que pelo Certificado de Registro de Veículo – CRV, datado de 16/04/2015, ainda em nome do requerido não constava qualquer registro de sinistro, o que somente veio a saber em 10/11/2016, e ajuizou a ação em 05/05/2017, tendo transcorrido o prazo de 176 dias, portanto, não ocorreu a decadência.

Requer o conhecimento e provimento do recurso.

Em contrarrazões (f. 178-181), pugna o apelado/requerido pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

VOTO

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

Trata-se de Luiz Roberto do Nascimento dos Santos interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 151-155, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nestes autos de Ação Redibitória, que reconheceu a decadência do alegado direito de abatimento formulado pelo autor/apelante, declarando o feito extinto e condenando-o aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (f. 163-173), alega o apelante que pelo Certificado de Registro de Veículo – CRV, datado de 16/04/2015, ainda em nome do requerido não constava qualquer registro de sinistro, o que somente veio a saber em 10/11/2016, e ajuizou a ação em 05/05/2017, tendo transcorrido o prazo de 176 dias, portanto, não ocorreu a decadência.

Requer o conhecimento e provimento do recurso.

Em contrarrazões (f. 178-181), pugna o apelado/requerido pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

A sentença contra a qual se insurge o autor/apelante foi proferida nos seguintes termos:

Luiz Roberto do Nascimento dos Santos, qualificado, ajuizou a presente ação redibitória em desfavor de Bruno Garcia Smaniotto, igualmente identificado. Alegou, em síntese, que na data de 15/9/2016, adquiriu do requerido uma moto Kawasaki Z750 ABS 2010/2010, pelo valor de R\$26.000,00 (vinte e seis mil reais); acrescentou que não possui cópia do documento de autorização para transferência de veículo. Aduziu que no mês de novembro de 2016 resolveu vender o bem; disse que o pretense comprador foi informado que a moto era objeto de sinistro, o que motivou o desfazimento do futuro negócio. Anotou que, na sequência, entrou em contato com o vendedor-requerido para solicitar esclarecimentos. Aduziu que na ocasião da transferência da moto para seu nome, em 24/11/2016, constou a anotação do sinistro. Disse que pediu abatimento do preço ao requerido, no equivalente a 30% sobre o valor pago, contudo, até o momento não houve solução. Ao final, pediu a condenação do requerido ao pagamento do valor referente à desvalorização do bem, no equivalente a R\$8.348,59 (oito mil trezentos e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos). Fez os demais requerimentos de praxe. Juntou documentos.

A gratuidade foi indeferida (f. 29-33).

A tentativa de conciliação restou inexitosa (f. 52).

O réu contestou (f. 56-64). Arguiu “preliminar” de decadência. No mérito, rechaçou o valor requerido a título de desvalorização do bem, sob o argumento de que não há prova nos autos sobre o quantum efetivo. Aludiu que quando adquiriu o bem não constava nenhuma anotação de sinistro.

Réplica às f. 82-88.

O feito foi saneado (f. 97-99).

Em audiência, foi colhido o depoimento pessoal do requerido.

As partes apresentaram alegações finais.

Vieram conclusos.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Motivação

2.1 Da prejudicial de decadência:

É caso de observância do prazo estipulado no caput do artigo 445 do Código Civil, uma vez que, ao contrário do que defende a parte requerente, o vício analisado (existência de anotação de sinistro) era de possível constatação no momento da celebração do negócio entre as partes. É nessa linha, aliás, a regra civilista que proíbe que a parte se valha da própria torpeza, desdobração da boa-fé objetiva.

Aclare-se: o prazo decadencial para exercício da pretensão redibitória ou abatimento do preço de bem móvel é o previsto no caput do artigo 445 do Código Civil, isto é, 30 (trinta) dias. O parágrafo primeiro apenas delimita que, se o vício somente se revelar mais tarde, em razão de sua natureza, o prazo de 30 (trinta) dias fluirá a partir do conhecimento desse defeito, desde que revelado até o prazo máximo de 180 dias, com relação aos bens móveis¹. Entrementes, como já dito, o prazo estatuído no parágrafo único é inaplicável ao caso em questão.

É inconteste que a parte autora tomou ciência sobre o vício na data de 10/11/2016 (f. 3-83), muito embora pudesse ter constatado o vício no momento da avença; esta ação somente fora ajuizada em 5/5/2017, de modo que evidentemente houve decurso de prazo superior a 30 (trinta) dias, limite estabelecido na legislação civil.

Sobre o tema:

TJPE-0124066) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO LEGAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO TERMINATIVA EMERGENTE DE RECURSO DE APELAÇÃO – JULGAMENTO CONFORME O ART. 1º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01-A/2016 DO TJPE – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – BEM MÓVEL – VÍCIO REDIBITÓRIO – PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ARTIGO 445, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL – PRAZO DE 30 DIAS NÃO OBSERVADO – DECADÊNCIA RECONHECIDA – AGRAVO LEGAL NÃO PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. 1. À época da prolação da decisão terminativa, vigia a Instrução Normativa nº 01-A/2016 deste egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, a qual determinava a aplicação do Código de Processo Civil de 1973 em todos os recursos extraídos das decisões publicadas até 17 de março de 2016. 2. A pretensão do demandante é rescindir contrato de compra e venda de bens móveis sob a alegação de que o réu entregou alguns bens defeituosos. 3. Tratando-se de desconstituição de contrato com base em vício redibitório, aplica-se, à espécie, o teor do art. 445 do Código Civil: “O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva”. 4. Como o autor afirma que tomou conhecimento dos defeitos no momento em que recebeu os bens (em 05.09.2013), dispunha de 30 (trinta) dias para ajuizar a presente ação redibitória, mas só o fez em 17.12.2013, quando já consumada a decadência. 5. Não tendo sido ajuizada a presente demanda no trintídio legal, o reconhecimento da decadência é medida que se impõe. 6. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime. (Agravo na Apelação nº 0004289-18.2013.8.17.0730, 4ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Jones Figueirêdo. j. 09.02.2017, unânime, DJe 14.03.2017).

Diante disso, a prejudicial merece acolhida.

3. Dispositivo

Ante o exposto, reconheço a decadência do alegado direito de abatimento e, em consequência, declaro extinto o feito, com resolução de mérito, com base no artigo 487, II, do Código de Processo Civil.

¹ Nesse sentido, o Enunciado 174 do CJF “Art. 445. Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento do preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito”.

Condeneo o requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa, na forma do artigo 85, § 2º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

A controvérsia cinge-se a questão de direito relativa à interpretação do art. 445 e § 1º do Código Civil:

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

Afirma o recorrente que, após o conhecimento do defeito oculto, em 10/11/2016, teria o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para reclamar o abatimento do preço.

Contudo sua tese não prospera.

Conforme se verifica do *caput* do art. 445 o prazo decadencial para o adquirente obter a redibição é de 30 (trinta) dias a contar da tradição da coisa, ou da ciência, quando, como no caso dos autos, o vício não era evidente, pois, o parágrafo primeiro dispõe: “quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de 1 (um) ano, para os imóveis”.

Da inteligência do dispositivo, percebe-se uma tolerância de 180 (cento e oitenta) dias para que o defeito oculto se manifeste, contando-se a partir da manifestação o prazo decadencial estabelecido no *caput* do artigo (trinta dias).

Portanto não há qualquer distinção entre o prazo decadencial para as hipóteses do *caput* e do § 1º do artigo 445, existe apenas uma tolerância de 180 dias para o descobrimento do vício.

A diferença é o momento em que se inicia a contagem daqueles trinta dias, em se tratando de bem móvel. Para as hipóteses do *caput* a contagem inicia no momento da tradição do bem, já nas hipóteses do parágrafo primeiro, a contagem tem início no momento em que o defeito se manifesta, limitada esta ciência em até cento e oitenta dias.

Assim, o que se infere é que para aqueles defeitos manifestados após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias da tradição da coisa há presunção *iure et iure* de que ocorreu após a realização do negócio.

Esta disposição é salutar e necessária para a pacificação das relações jurídicas, posto que, se contrário fosse, o adquirente poderia pleitear a redibição *ad eternum* por quaisquer defeitos que a coisa viesse a apresentar em sua vida útil.

Valho-me, pois, do enunciado 174 do CJF:

Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.

De maneira que, do dia da ciência (10/11/2016), o autor tinha o prazo de 30 (trinta) dias para ajuizar a ação, e somente ajuizou em 05/05/2017. Aliás, se tivesse transferido o veículo no prazo de trinta dias conforme prevê o art. 123, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro², o adquirente já teria ciência do “sinistro”, e não pagaria multa no ato de transferência:

² § 1º No caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas.

Art. 233. Deixar de efetuar o registro de veículo no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito, ocorridas as hipóteses previstas no art. 123:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL – VÍCIO REDIBITÓRIO – BEM MÓVEL – PRAZO DECADENCIAL – ART. 445 DO CÓDIGO CIVIL. 1. O prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória ou de abatimento do preço de bem móvel é de 30 dias (art. 445 do CC). Caso o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido mais tarde, o § 1º do art. 445 estabelece, em se tratando de coisa móvel, o prazo máximo de 180 dias para que se revele, correndo o prazo decadencial de 30 dias a partir de sua ciência. 2. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1095882 / SP, Relator(a) Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Data do Julgamento 09/12/2014, DJe 19/12/2014)

Veja-se que nas relações de consumo, embora não seja o caso dos autos, a data a ser considerada como início do prazo decadencial é a da ciência do vício oculto, consoante dispõe o art. 26, § 3º 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.

A decadência também haveria ocorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Com espeque no art. 85, § 11 do CPC, majoro os honorários advocatícios em 2% sobre o valor atualizado da causa.

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. Amaury da Silva Kuklinski

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. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0800491-11.2012.8.12.0012 - Ivinhema

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – ART. 195 CTN – ARRENDAMENTO MERCANTIL – ISS - INCOMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ART. 485, VI CPC – RECURSO DESPROVIDO.

O fato gerador do arrendamento mercantil, “*não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento*”, de forma que este ocorre no município onde se toma a decisão sobre a concessão ou não do financiamento (Representativo de Controvérsia nº 1.060.210/SC; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicada no DJe de 05/03/2013).

Ainda que ocorra a fiscalização dos documentos, não haverá legitimidade para buscar a regularização de eventual pendência tributária, carecendo esta ação de utilidade.

A lide será extinta sem resolução de mérito quando “*VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual*” (art. 485, VI do CPC).

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, 6 de fevereiro de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Ivinhema interpõe recurso de apelação contra a sentença de improcedência proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, promovida em desfavor de HSBC Leasing Arrendamento Mercantil S.A e HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo.

Narra que a sentença não reconheceu a competência tributária do município para cobrança do INSS por entender que o fato gerador da cobrança não se confunde com a entrega do bem, de forma que, inexistindo relação tributária, não há obrigação em apresentar documentos relativos às operações de arrendamento mercantil realizadas.

Aduz que a lide tem por escopo somente fazer com que as apeladas sejam obrigadas a apresentar documentos contábeis necessários à verificação de eventual incidência de ISSQN, o que independe da existência de relação tributária.

Alega que a legislação tributária não prevê excludentes ou limitações sobre o direito do Fisco em examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores.

Colaciona entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Ao final, pugna pelo provimento recursal, para que seja reformada a sentença, determinando que sejam apresentados os documentos solicitados.

Contrarrazões às f. 3414-3430.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Ivinhema contra a sentença de improcedência proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, promovida em desfavor de HSBC Leasing Arrendamento Mercantil S.A e HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo.

Narra que a sentença não reconheceu a competência tributária do município para cobrança do INSS por entender que o fato gerador da cobrança não se confunde com a entrega do bem, de forma que, inexistindo relação tributária, não há obrigação em apresentar documentos relativos às operações de arrendamento mercantil realizadas.

Aduz que a lide tem por escopo somente fazer com que as apeladas sejam obrigadas a apresentar documentos contábeis necessários à verificação de eventual incidência de ISSQN, o que independe da existência de relação tributária.

Alega que a legislação tributária não prevê excludentes ou limitações sobre o direito do fisco em examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores.

Colaciona entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Ao final, pugna pelo provimento recursal, para que seja reformada a sentença, determinando que sejam apresentados os documentos solicitados.

Contrarrazões às f. 3414-3430.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

A discussão posta em análise se remete a saber se há possibilidade do município apelante, sem possuir competência tributária sobre o ISSQN, obter acesso aos livros contábeis das apeladas como medida fiscalizatória e, se pertinente, proceder a posterior cobrança tributária.

Pois bem.

O Código Tributário Nacional estampa o dever/direito do ente público de acessar livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais das pessoas jurídicas sujeitas à tributação, e a obrigação destas em exibir (art. 195).

Transcrevo o teor da Súmula 439 do STF “*Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação*”.

Com efeito, encontrando obstáculos, pode o fisco buscar guarida no judiciário para garantir a conferência dos valores pagos pelo contribuinte.

Contudo, *in casu*, restou indubitável que a pretensão objetiva fiscalizar o recolhimento do ISSQN, sendo que os documentos solicitados pelo município apelante referem-se ao tributo cujo fato gerador é a prestação de serviço mercantil.

Nesta vertente, como bem entendeu a sentença, o município de Ivinhema não detém competência tributária para figurar como sujeito ativo da obrigação tributária. Isso porque, como assenta a Corte Suprema, o fato gerador do arrendamento mercantil “*não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento*”, de forma que este ocorre no município onde se toma a decisão sobre a concessão ou não do financiamento (Representativo de Controvérsia nº 1.060.210/SC; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicada no DJe de 05/03/2013).

Registra-se que, na própria exordial, resta incontestado a incompetência tributária da apelante sobre o ISSQN, já que, em suas próprias alegações, assenta que a apelada HSBC Leasing Arrendamento Mercantil S.A “*tem como atividade principal o arrendamento mercantil*” e “*tem sua sede localizada no Município de Curitiba, não possuindo filiais ou sucursais no Município de Ivinhema/MS*” (f. 02).

Dito isto, não merecem prosperar os argumentos recursais, não simplesmente pelas razões sentenciadas, mas é que, em decorrência da incompetência do município em figurar como sujeito ativo da obrigação tributária, não vislumbro utilidade no provimento jurisdicional.

Desta feita, determina o Código de Processo Civil que, para se postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade (art. 17). Já o art. 485 do mesmo diploma legal prescreve que a lide será extinta sem resolução de mérito quando “*VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual*”.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara¹:

O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: “necessidade da tutela jurisdicional” e “adequação do provimento pleiteado”. Fala-se, assim, em “interesse-necessidade” e em “interesse-adequação”. A ausência de qualquer dos elementos componentes desse binômio implica ausência do próprio interesse de agir.

Destarte, sendo o ISSQN, “*irrecusavelmente, segundo o princípio territorial adotado pela Constituição Federal, tributo de competência do município onde o serviço é realizado*” (Ap. Cív. nº 88.046503-9 (37.071), de Lages, Des. Eládio Torret Rocha), ainda que ocorra a fiscalização dos documentos, como pretende o apelante, não haverá legitimidade para buscar a regularização de eventual pendência tributária, carecendo esta de utilidade.

Neste sentido:

AÇÃO CAUTELAR – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS – ART. 195 DO CTN – RESISTÊNCIA À PRETENSÃO DEDUZIDA – MANUTENÇÃO DO DECISUM, MAS POR OUTRO FUNDAMENTO – INTERESSE DE AGIR – AUSÊNCIA DE UTILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ISS – SUJEITO ATIVO – LOCAL DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DESPROVIMENTO. Apesar do art. 195 do CTN, em virtude de negativa, por parte da pessoa sujeita à fiscalização, pode o Fisco mediante a actio adequada, obter acesso aos documentos indispensáveis. O ISS é, indubitavelmente, consoante o princípio territorial adotado na Lex Mater, tributo de competência do município onde o serviço é efetivamente prestado. Nesse contexto, ausente esse requisito, inegável é a falta de interesse de agir, que se traduz na necessidade do uso da via judicial ou a utilidade que disto advém. (TJ-SC - AC: 37619 SC 2004.003761-9, Relator: Francisco Oliveira Filho, Data de Julgamento: 13/04/2004, Segunda Câmara de Direito Público)

¹ Lições de direito processual civil. 25. ed. Atlas, 2014. v. 1, p. 151

AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – ISS – OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – COBRANÇA DE IMPOSTO NO MUNICÍPIO EM QUE EFETIVAMENTE PRESTADO O SERVIÇO. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.060.210-SC, julgado pelo rito do art. 543-C, do CPC, firmou o entendimento de que o sujeito ativo da relação tributária (a) na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12), e, (b) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo. Caso em que não há razão que justifique o pleito de exibição de documentos pelo Município de Canguçu, sob a justificativa de posterior cobrança de ISS incidente sobre operações de leasing, uma vez que a demandada trata-se de instituição financeira arrendadora não estabelecida em seu território. Além disso, a empresa contra quem fora direcionada a demanda cautelar exhibitória, BFB Leasing S/A Arrendamento Mercantil, fora incorporada pela Itaú Seguros S/A, cuja sede se encontra na cidade de São Paulo, tendo afirmado que deixara de efetuar contratos de arrendamento mercantil, bem como que os contratos que até então celebrava ensejaram a cobrança de ISS pelo Município de Poá/SP. Apelo Provido. (Apelação Cível Nº 70069151850, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 09/06/2016).

Desta forma, constatada de ofício a ausência de interesse processual, a extinção da ação é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, extinguindo a ação sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Com espeque no art. 85, § 11 do CPC, majoro os honorários advocatícios em R\$ 500,00 (quinhentos reais)

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. Amaury da Silva Kuklinski

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 Abs Duarte.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2019.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1409538-83.2018.8.12.0000 - Dourados

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PROVAS JUNTADAS AOS AUTOS SUFICIENTES – DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA – RECURSO PROVIDO.

Controvérsia centrada na discussão sobre a impenhorabilidade do imóvel rural de propriedade dos agravantes.

A impenhorabilidade do bem de família e/ou de pequena propriedade rural utilizada para cultivo próprio, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser argüida a qualquer tempo, inclusive por meio da exceção de pré-executividade.

“A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva”(AgInt no AREsp 1.114.201/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 18/4/2018). *4. Agravo interno a que se nega provimento.*”(AgInt no AREsp 1260028/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018. Precedentes do STJ.

E, no caso, também havendo provas de que o bem penhorado serve de residência para o devedor, é possível o reconhecimento da impenhorabilidade com base na Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), independentemente de *“prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade”* (v.g., REsp 1.014.698/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 17/10/2016).

As provas produzidas nos autos são suficientes para que o imóvel se caracterize como bem de família, e conseqüentemente receba a proteção dos institutos.

Recurso conhecido e provido para desconstituir a penhora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de março de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Vamilton Braga Leite e Cirlei da Silva Oliveira Leite interpõe recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, nos autos de

Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0808322-43.2012.8.12.0002, que lhe move Neri Azambuja e outro, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade de imóvel.

Narram os autos que os agravantes são proprietários de uma fração ideal de 15,000ha de uma propriedade rural com área de 23,5 ha, identificado como parte do lote nº 14, da quadra 09, no Núcleo Colonial de Dourados, dentro dos limites e confrontações constantes na Matrícula nº 2317, do CRI de Dourados.

O agravante afirma que deve ser declarada a ineficácia da penhora feita sobre 15,000 ha, tendo em vista que o módulo fiscal da propriedade é de 30,000 ha tratando-se de pequena propriedade rural, local onde reside e desenvolve atividades produtivas sob o regime de economia familiar, visando a garantia da subsistência da família, com fundamento no art. 5º, XXVI da CF c/c art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.629/93 e art. 833, VIII do CPC.

Pondera que o fato de ter constituído hipoteca não afasta a impenhorabilidade, que trata-se de preceito constitucional.

Afirma que estão presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, pleiteando pela concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Ao final, pugnam pelo seu provimento a fim reformar a decisão agravada, declarando a propriedade impenhorável.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

O agravado manifestou-se às f. 379-386, afirmando que as alegações do agravante não merecem prosperar.

VOTO

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

Vamilton Braga Leite e Cirlei da Silva Oliveira Leite interpõe recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, nos autos de Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0808322-43.2012.8.12.0002, que lhe move Néri Azambuja e outro, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade de imóvel.

Narram os autos que os agravantes são proprietários de uma fração ideal de 15,000ha de uma propriedade rural com área de 23,5 ha, identificado como parte do Lote nº 14, da quadra 09, no Núcleo Colonial de Dourados, dentro dos limites e confrontações constantes na matrícula nº 2317, do CRI de Dourados.

O agravante afirma que deve ser declarada a ineficácia da penhora feita sobre 15,000 ha, tendo em vista que o módulo fiscal da propriedade é de 30,000 ha tratando-se de pequena propriedade rural, local onde reside e desenvolve atividades produtivas sob o regime de economia familiar, visando a garantia da subsistência da família, com fundamento no art. 5º, XXVI da CF c/c art. 4º, II, “a”, da Lei nº 8.629/93 e art. 833, VIII do CPC.

Pondera que o fato de ter constituído hipoteca não afasta a impenhorabilidade, que trata-se de preceito constitucional.

Afirma que estão presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, pleiteando pela concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Ao final, pugnam pelo seu provimento a fim reformar a decisão agravada, declarando a propriedade impenhorável.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

O agravado manifestou-se às f. 379-386, afirmando que as alegações do agravante não merecem prosperar.

É a síntese do Necessário.

Insurgem-se os agravantes contra a decisão singular que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pelos agravantes, mantendo a penhora sobre uma fração ideal de 15,000ha de uma propriedade rural com área de 23,5 ha, identificado como parte do lote nº 14, da quadra 09, no Núcleo Colonial de Dourados.

Os fatos expostos, bem como as provas produzidas indicam que assiste razão aos agravantes, devendo ser reformada a decisão singular.

A questão da impenhorabilidade do bem de família e/ou de pequena propriedade rural utilizada pela família para o cultivo é matéria de ordem pública, sendo passível de arguição por meio da exceção de pré-executividade.

O imóvel penhorado é a fração ideal de 15,000ha de uma propriedade rural com área de 23,5 ha, identificado como parte do lote nº 14, da quadra 09, no Núcleo Colonial de Dourados, de propriedade dos devedores.

A garantia da impenhorabilidade do bem de família é meio de garantir ao devedor e sua entidade familiar o resguardo à dignidade da pessoa humana. Isso porque lhe garante que, se preenchidos alguns requisitos legais, mesmo em situação de crise financeira, lhes serão garantida, no mínimo, a moradia digna. Não resta dúvidas de que se trata de proteção social e moral.

Segundo o art. 5º, inc. XXVI, da CRFB/88 “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

A norma é reforçada pelo disposto no art. 833, inc. VIII, do Código de Processo Civil/2015, que considera absolutamente impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família.

Desse modo, para que o imóvel rural seja considerado impenhorável, deve ser considerado como pequena propriedade rural e a propriedade tem que ser trabalhada pela entidade familiar

Interpretando o inc. XXVI, do art. 5º, da Constituição Federal/1988, o Supremo Tribunal Federal, à míngua de regulamentação legal específica, entende ser aplicável para a definição do conceito de pequena propriedade rural, a definição de “propriedade familiar” prevista na Lei nº 4.504, de 30/11/1964 (Estatuto da Terra), *verbis*:

IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL DE EXPLORAÇÃO FAMILIAR (CONST., ART. 5º, XXVI): APLICAÇÃO IMEDIATA. A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar. A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional — sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental —, pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de ‘propriedade familiar’ do Estatuto da Terra.” (RE 136.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 25/04/97).

Assim também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, por equiparação, entende que o efeito do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), um módulo fiscal corresponde ao módulo rural de que trata o inc. III, do art. 4º, da Lei nº 4.504, de 30/11/1964 (Estatuto da Terra), o qual tem pertinência para efeito de se definir o que é uma propriedade familiar (inc. II), e que corresponde, segundo o STF, ao conceito de pequena propriedade rural, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – JULGAMENTO DO MÉRITO DA CAUSA PELO TRIBUNAL, CASO TENHA SIDO PROPICIADO O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, COM REGULAR E COMPLETA INSTRUÇÃO DO PROCESSO – POSSIBILIDADE. PENHORA DE 50 % DE IMÓVEL RURAL, CUJA ÁREA TOTAL CORRESPONDE A 8,85 MÓDULOS FISCAIS – VIABILIDADE. 1. A interpretação do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil deve ser feita de forma sistemática, tomando em consideração o artigo 330, I, do mesmo Diploma. Com efeito, o Tribunal, caso propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, deve julgar o mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório. 2. A minguada de expressa disposição legal definindo o que seja pequena propriedade rural, no que tange à impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 5º, XXVI, da Constituição Federal, é adequado se valer do conceito de “propriedade familiar” extraído do Estatuto da Terra. Precedente do STF. 3. O módulo fiscal, por contemplar o conceito de “propriedade familiar” estabelecido pelo Estatuto da Terra como aquele suficiente à absorção de toda a força de trabalho do agricultor e de sua família, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, atende também ao preceito da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, previsto no artigo 649, VIII, do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial parcialmente provido, apenas para resguardar da penhora a sede de moradia da família. (REsp 1.018.635/ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 01/02/2012) grifei

RECURSO ESPECIAL – IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – DIREITO FUNDAMENTAL QUE, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA, TEM APLICAÇÃO IMEDIATA – ESTATUTO DA TERRA – CONCEITOS DE MÓDULO RURAL E FISCAL – ADOÇÃO – EXTENSÃO DE TERRA RURAL MÍNIMA, SUFICIENTE E NECESSÁRIA, DE ACORDO COM AS CONDIÇÕES (ECONÔMICAS) ESPECÍFICAS DA REGIÃO, QUE PROPICIE AO PROPRIETÁRIO E SUA FAMÍLIA O DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA PARA SEU SUSTENTO – CONCEITO QUE BEM SE AMOLDA À FINALIDADE PERSEGUIDA PELO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – CONCEITO CONSTANTE DA LEI Nº 8.629/93 – INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Não há, até o momento, no ordenamento jurídico nacional, lei que defina, para efeitos de impenhorabilidade, o que seja “pequena propriedade rural”. A despeito da lacuna legislativa, é certo que referido direito fundamental, conforme preceitua o § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal, tem aplicação imediata. Deve-se, por consequência, extrair das leis postas de cunho agrário exegese que permita conferir proteção à propriedade rural (tida por pequena - conceito, como visto, indefinido) e trabalhada pela família; II - O conceito de módulo rural, ainda que absolutamente distinto da definição de fração mínima de parcelamento, seja quanto ao conteúdo, seja quanto à finalidade dos institutos, conforme, aliás, esta a. Corte já decidiu (ut REsp 66672/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ. 15/08/1995), é, na prática, indistintamente tomado por aquela; III - A definição do módulo fiscal efetuada pelo Estatuto da Terra, além de considerar os fatores específicos da exploração econômica própria da região, imprescindíveis para o bom desenvolvimento da atividade agrícola pelo proprietário do imóvel, utiliza também, em sua mensuração, o conceito de propriedade familiar (módulo rural), como visto, necessário, indiscutivelmente, à caracterização da pequena propriedade rural para efeito de impenhorabilidade; IV - Por definição legal, um módulo fiscal deve abranger, de acordo com as condições específicas de cada região, uma porção de terras, mínima e suficiente, em que a exploração da atividade agropecuária mostre-se economicamente viável pelo agricultor e sua família, o que, como visto, bem atende ao preceito constitucional afeto à impenhorabilidade; V - A Lei nº 8.629/93, ao regulamentar o artigo 185 da Constituição Federal, que, ressalte-se, trata de desapropriação para fins de reforma agrária, e definir o que seja “pequena propriedade rural”, o fez tão-somente para efeitos daquela lei. VI - Veja-se que, se um módulo fiscal, definido pelo Estatuto da Terra, compreende a extensão de terras rurais, mínima, suficiente e necessária, de acordo com as especificidades da região, para que o proprietário e sua família desenvolvam a atividade econômica inerente ao campo, não há razão para se adotar o conceito de pequena propriedade rural constante da Lei nº 8.626/93 (voltado à desapropriação para fins de reforma agrária), o qual simplesmente multiplica em até quatro vezes a porção de

terra que se reputa mínima e suficiente; VII - Recurso Especial improvido.” (REsp 1.007.070/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 01/10/2010)

Com efeito, o módulo fiscal da Cidade de Dourados-MS é de trinta (30) hectares, conforme é possível se aferir no *site* do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra)¹. No caso, o imóvel objeto dos autos, se enquadra na categoria de pequena propriedade rural, visto que possui 23,5.143 hectares.

Além disso, em que pese os argumentos do agravado, pelas informações contidas no Auto de Constatação de f. 248, os agravados preenchem requisitos legais no que diz respeito à exigência de ser a área de terra “trabalhada pela família”. Vejam que no referido documento a oficiala de justiça, que tem fé pública, descreve que:

“a) Residentes: Os executados Vamilton e Cirlei, filha Vanessa e esposo Anderson.

b) Quem trabalha: Os executados e seus familiares na plantação de soja e milho em 12 hectares do total de 15.

c) soja e milho.

Constatai outrossim, que nos 3 hectares restantes há duas (2) casas residencial construída e área composta de lazer composta de cozinha churrasqueira e varandas.”

Ou seja, isso, aliado ao descrito no laudo de f. 142-144, serve como meio de prova de que o imóvel, objeto de constrição é trabalhado pela família do recorrente.

Logo, com base apenas no art. 833, inc. VIII, do Código de Processo Civil/2015, existe o direito à impenhorabilidade pleiteada.

Entretantes, os agravantes sustentam a condição de impenhorabilidade do bem amparando-se, ainda, na Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), cujo teor do art. 1º segue transcrito:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

No tocante a alegação de que os devedores possuem outros bens é cediço que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para efeito de proteção do bem de família, não exige “*prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade*” (v.g., REsp 1.014.698/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 17/10/2016). “*A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei nº 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel*” (REsp 1608415/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016).

Portanto, tal conclusão afasta eventual discussão sobre o argumento de que o recorrente possui outros bens, o que, inclusive, é por ele negado. Além disso, tratando-se de execução, e, havendo outros bens de propriedade dos executados, deve e interessa ao credor requerer nos autos a penhora de referidos bens.

Resta, portanto, aferir se o imóvel em questão é utilizado para a sua moradia.

No caso, tenho que, incontestavelmente, o agravante comprovou que reside no imóvel juntamente com sua família, o que afasta o argumento de que o utiliza tão somente como local de diversão.

¹ <http://www.incra.gov.br/tabela-modulo-fiscal>.

Assim, não existindo nos autos outras provas que pudessem comprovar o não preenchimento dos requisitos legais, há que se dar por reconhecida a impenhorabilidade do bem imóvel em questão.

Aliás, há nos autos outros documentos do agravante em que ele indica o endereço residencial no Sítio São João, situado à margem da BR 163, KM 15, Distrito Vila São Pedro, Município de Dourados (f. 06, 50, 53, 66, 140, 142-149 – autos de origem), exatamente no imóvel penhorado.

Assim, tenho que restou suficientemente provado que o imóvel penhorado é utilizado como residência dos recorrentes, devendo ser tutelado seu direito constitucional fundamental da moradia, assegurando-lhe um mínimo para uma vida com dignidade.

Nestes termos, deve ser reformada a decisão que indeferiu o requerimento formulado pelos agravantes para reconhecimento da impenhorabilidade de 15.000 do imóvel identificado como parte do lote nº 14 (catorze), da quadra nº 9 (nove), do Núcleo Colonial de Dourados, Distrito de São Pedro, dentro dos limites e confrontações constantes na matrícula nº 2.317, CRI de Dourados/MS, tendo em vista ocorrer também o preenchimento dos requisitos legais - Lei nº. 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família).

No mesmo sentido, é o entendimento exarado nos julgados:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE GARANTIA FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL – LIMINAR DE MANUTENÇÃO DE POSSE DEFERIDA – IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – REQUISITOS DO ART. 300 DO NCPC – É impenhorável o imóvel caracterizado como pequena propriedade rural, consoante o art. 5º, XXVI, da Magna Carta c/c o art. 833, VIII, do NCPC. Hipótese em que o bem dado em garantia de obrigação assumida pelos agravados preenche os requisitos dos aludidos dispositivos legais. Ainda, cumprido o que determina o art. 300 do NCPC, impõe-se a manutenção da decisão que determinou a suspensão do mandado de imissão de posse da agravante. Agravo de instrumento desprovido. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70076467380, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 28/03/2018).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL RURAL – IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA COM BASE NA LEI Nº. 8.009, DE 29/03/1990. 1. Controvérsia centrada na discussão sobre a impenhorabilidade do imóvel rural de propriedade do agravante-executado. 2. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, é impenhorável (art. 5º, inc. XXVI, CF/88 e art. 833, inc. VIII, CPC/2015). Entretanto, in casu, o devedor não comprovou que o imóvel constricto é trabalhado pela família. 3. Havendo provas, no entanto, de que o bem penhorado serve de residência para o devedor, é possível o reconhecimento da impenhorabilidade com base na Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), independentemente de “prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade” (v.g., REsp 1.014.698/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 17/10/2016). 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1409562-48.2017.8.12.0000, Fátima do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 29/01/2018, p: 01/02/2018)

EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA E ADJUDICAÇÃO – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL TRABALHADA PELA FAMÍLIA – BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – § 4º, ART. 20, CPC/73 – RECURSOS IMPRÓVIDOS – SENTENÇA MANTIDA. – É impenhorável a pequena propriedade rural trabalhada pela família, ex vi do art. 5º, XXVI da Constituição Federal e do art. 649, VIII, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 833, VIII, NCPC). – Deve ser mantido o valor relativo aos honorários advocatícios quando, fixados com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil/73, leva em conta as diretrizes das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do mesmo dispositivo, bem como o valor atribuído à causa. – Recursos improvidos. Sentença mantida. (TJMS. Apelação n. 0000930-63.2010.8.12.0032, Deodápolis, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/07/2017, p: 27/07/2017)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL TRABALHADA PELA FAMÍLIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É impenhorável a pequena propriedade rural trabalhada pela família e indispensável à sobrevivência do produtor e de sua família. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406539-31.2016.8.12.0000, Amambaí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 21/09/2016, p: 23/09/2016)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – HIPOTECA. BEM DE FAMÍLIA – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – TRABALHADA PELA FAMÍLIA – MORADIA – ÚNICA FONTE DE RENDA – IMPENHORABILIDADE – ART. 4, § 2º, DA LEI 8.009/90 – ART. 5º, INCISO XXVI, DA CF. DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1403876-46.2015.8.12.0000, Amambaí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abs Duarte, j: 02/06/2015, p: 10/06/2015)

Ainda, em relação ao fato do imóvel ter sido ofertado em garantia fiduciária, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema o qual adoto como razões de decidir:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.347.274 – PR (2018/0209820-8) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO AGRAVANTE: COOPERATIVA DE CRÉDITO, POUPANÇA E INVESTIMENTO PARANAPANEMA PR/SP – SICREDI PARANAPANEMA PR/SP OUTRO NOME: COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO PARANAPANEMA – SICREDI PARANAPANEMA PR/SP ADVOGADOS: CARLOS ARAÚZ FILHO E OUTRO (S) – PR027171 EDGAR KINDERMANN SPECK – PR023539 RAFAEL COMAR ALENCAR – PR041585 ANA CAROLINE THEODOROVICZ – PR079938 AGRAVADO: NELSON JOSE DA ROSA AGRAVADO: MARIA APARECIDA GONÇALVES DA ROSA AGRAVADO: ANTONIO PINHEIRO JÚNIOR ADVOGADO: CARLA CRISTINA CHRISPIM DOS SANTOS GIOVANETTI – PR019623 DECISÃO (...) De outro turno, o acórdão recorrido concluiu que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural não é afastada pelas hipóteses de mitigação previstas na Lei 8.009/90. Nesse contexto, o Tribunal de origem alinhou-se ao entendimento do STJ no sentido de que a pequena propriedade rural, trabalhada pela família, goza da proteção prevista na Constituição Federal, ainda que tenha sido dada pelos proprietários em garantia hipotecária para manutenção da atividade produtiva. Confirmam-se: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – AGRAVO INTERNO – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E LEGAL – AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SÚMULA 126/STJ – CARACTERIZAÇÃO – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ – GARANTIA HIPOTECÁRIA – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA – FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE PRODUTIVA – IMPENHORABILIDADE – ARTS. 649, INCISO VIII, DO CPC DE 1973, E 5º, INCISO XXVI, DA CF/88. PROVIMENTO. (...)1. (...) 3. A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. Artigos 649, inciso VIII, do Código de Processo Civil anterior, e 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal. 4. Agravo interno a que se nega provimento.”(AgInt no AREsp 1176108/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)” CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – INADMISSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – IMPENHORABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1.(...) 2. No caso concreto, o exame da pretensão recursal - no sentido de verificar que os agravados não teriam comprovado que o imóvel em discussão seria uma pequena propriedade rural - demandaria nova análise da prova dos autos, inviável em recurso especial. 3. “A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva”(AgInt no AREsp 1.114.201/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 18/4/2018). 4. Agravo interno a que se nega provimento.”(AgInt no AREsp 1260028/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018) Dessarte, com

fundamento nas Súmulas 83 e 568/STJ, não merece reforma o acórdão recorrido, em virtude de sua sintonia com o entendimento do STJ. Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial. Majoro os honorários advocatícios, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/15, de 10% (dez por cento) para 11% (onze por cento) sobre o valor da causa. Publique-se. Brasília, 22 de outubro de 2018. Ministro Raul Araújo Relator (STJ - AREsp: 1347274 PR 2018/0209820-8, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Publicação: DJ 25/10/2018) destaquei.

RECURSO ESPECIAL – CIVIL – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – GARANTIA DO PENHOR NÃO HONRADA – PENHORA DE ÁREA DE TERRAS RURAIS ANTERIORMENTE HIPOTECADA AO MESMO CREDOR EM EXECUÇÃO DIVERSA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM (CF, ART. 5º, XXVI; CPC, ART. 649, VIII (ANTES INCISO X); DECRETO-LEI 167/67, ART. 69) – PROCEDÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO. 1 - A pequena propriedade rural, ainda que oferecida anteriormente em hipoteca ao mesmo credor, não pode ser penhorada para pagamento de cédula rural pignoratícia, não honrada com o penhor inicialmente contratado. 2 - Em harmonia com o disposto no art. 5º, XXVI, da Constituição da República, a nova redação do inciso VIII (antigo inciso X) do art. 649 do CPC suprimiu a anterior exceção legal, afastando qualquer dúvida: nem mesmo eventual hipoteca é capaz de excepcionar a regra que consagra a impenhorabilidade da pequena propriedade rural sob exploração familiar. 3 - Recurso especial desprovido. (REsp 684.648/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 21/10/2013) grifei.

Dessa forma, reformo a decisão objugada, para o fim de declarar a impenhorabilidade do imóvel rural objeto dos autos.

Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento interposto por Vamilton Braga Leite e Cirlei da Silva Oliveira Leite, para, reconhecer a impenhorabilidade do imóvel rural penhorado, declarando-o como bem de família e determinando o imediato levantamento da penhora que sobre ele recai.

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. Amaury da Silva Kuklinski

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 27 de março de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1409808-10.2018.8.12.0000 - Aparecida do Taboado
Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – PLANO DE SAÚDE – SERVIÇOS DE *HOME CARE* E DE FONOAUDIOLOGIA, QUE, APESAR DE NÃO INCLUÍDOS NO CONTRATO PREVISTO ENTRE AS PARTES, FORAM PARCIALMENTE CONCEDIDOS PELA AGRAVADA, NA VIA ADMINISTRATIVA – ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DO AGRAVANTE DE OBTER A INTEGRALIDADE DOS MENCIONADOS SERVIÇOS, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO MÉDICA – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUI O TRATAMENTO DOMICILIAR (*HOME CARE*), NOTADAMENTE QUANDO O MÉDICO DECLARA SER ESSENCIAL MENCIONADO TRATAMENTO PARA GARANTIR A SAÚDE E A VIDA DO AGRAVANTE – APLICABILIDADE DO ARTIGO 35-C, INCISO I, DA LEI Nº 9.656/98 – REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA PRESENTES – DECISÃO AGRAVADA REFORMADA – RECUSO PROVIDO.

Tem-se entendido ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar (*Home Care*) quando essencial para garantir a saúde e a vida do segurado, isto porque o Plano de Saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma.

Ficando demonstrada, por meio de laudo médico, que o agravado sofreu acidente vascular encefálico, necessitando de serviços consistentes em 03 (três) sessões de fonoaudiologia por semana, além de assistência de enfermagem pelo período de 24 (vinte e quatro) horas, serviços concedidos parcialmente na via administrativa, reforma-se a decisão agravada para o fim de conceder, de forma integral mencionados serviços. Aplicação do artigo 35- C, inciso I, da Lei 9.656/98.

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 maioria, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que lhe negava provimento.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

José Alves de Lima interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida em 14.08.2018 por Ronaldo Gonçalves Onofri, juiz da 1ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado que, na ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência movida pelo agravante em face de Bensaúde Plano de Assistência Médica Hospitalar S/C Ltda, deferiu parcialmente a tutela provisória pleiteada.

Em razões recursais (f. 1-10), argumenta que é indiscutível que o atendimento domiciliar trará ao agravante inúmeras vantagens, especialmente no que se refere ao melhor conforto e assistência de profissionais habilitados.

Assevera que há prova nos autos de que necessita do tratamento médico.

Destaca que o tratamento disponibilizado pelo plano de saúde não atende a todas as suas necessidades.

Requer:

“(...) que conceda liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela e determine a intimação da agravada (CPC, art. 1.019, II), por carta com aviso de recebimento, no endereço constante do preâmbulo deste recurso, para, querendo, responder no prazo legal.

Ao final, requer o agravante o provimento deste recurso para reformar a decisão agravada, concedendo-se a medida liminar pleiteada, por ser medida de inteira Justiça”.

Este Relator indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal (f. 46-55).

Em contraminuta (f. 63-73), o recorrido pugnou pelo desprovimento do recurso.

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO (EM 28/11/2018)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Alves de Lima em face da decisão proferida em 14.08.2018 pelo juiz de direito da 1ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado que, na ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência movida pelo agravante em face de Bensaúde Plano de Assistência Médica Hospitalar S/C Ltda, deferiu parcialmente a tutela provisória pleiteada.

Confira-se o teor da decisão agravada (f. 36-38):

“(...) Vistos,

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada que José Alves de Lima, ajuizou em face de Bensaúde Plano de Assistência Médica Hospitalar Ltda, objetivando que o plano de saúde seja compelido a conceder o serviço denominado de home care, consistente na disponibilização de assistência de enfermagem pelo período de 24 horas diárias e de 03 sessões de fonoaudiologia por semana, sem prejuízo dos demais pedidos concedidos por via administrativa.

Juntou documentos (f. 11-34).

É o relatório. Decido.

Com efeito, o pedido de tutela de urgência merece parcial acolhimento.

Como se sabe, para a concessão da tutela de urgência, necessário é que haja elementos que evidenciem a probabilidade do direito (fumus boni iuris) e do perigo de dano (periculum in mora) ou risco ao resultado útil do processo (artigo 300, caput do Código de Processo Civil), e desde que não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 2º).

Há de se verificar, portanto, ao menos em uma análise perfunctória, se existem elementos que comprovem a necessidade dos serviços pleiteados e a obrigação do requerido em atender à integral pretensão da parte autora. Em que pese verificar-se no caso concreto dos autos, prova da plausibilidade do seu direito no tocante à condição de saúde e conseqüentemente necessidade de cuidados especiais, notadamente pelos documentos de f. 16 e 19-22, não denotam-se elementos capazes de pressupor a obrigatoriedade do requerido em atender, de plano, as exigências pretendidas na inicial, mormente pela ausência de documentos, tal

como o contrato de prestação de serviços entre o beneficiário e o respectivo plano de saúde. Dessa forma, ao menos nesse juízo de cognição sumária, tem-se ausentes os requisitos para o deferimento da antecipação de tutela, na forma pretendida.

Em contrapartida, há de ser mantida a cobertura concedida administrativamente, nos exatos termos do documento de protocolo 366561.20180607.001092 (f. 33-34), pois, vale aduzir que na hipótese, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, por seu turno, encontra-se presente, de modo que, o próprio requerido reconheceu administrativamente a necessidade de atendimento especial. Ademais, faz-se mister obter o contraditório, ao passo que serão verificadas as obrigações contratuais entre os demandantes.

Diante do exposto, defiro parcialmente o pedido de tutela antecipada, para o fim de manter os serviços concedidos administrativamente, com a cobertura dos serviços de home care descritos no documento de f. 33-34 (protocolo 366561.20180607.001092) até o provimento final da demanda ou ulterior deliberação deste juízo.

Defiro a inversão do ônus da prova, com fulcro no artigo 6º, VIII do CDC, determinado que o requerido apresente com a contestação, o contrato de prestação de serviços médicos-assistenciais vigente entre as partes, demonstrando o embasamento legal que o exima do atendimento de cobertura na forma pretendida na inicial, sob pena de preclusão.

1. Cite-se a requerida, para, querendo, apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 335 do CPC.

2. Decorrido o prazo de defesa, com ou sem contestação, abra-se vista a parte requerente, para réplica no prazo de 15 (quinze) dias, oportunidade em que, também, deverá especificar as provas que pretende produzir, justificando sua pertinência, sob pena de indeferimento.

3. Cumpridas as determinações anteriores, abra-se vista ao requerido, para especificação de provas no prazo de 15 (quinze) dias, vindo em seguida, conclusos para sentença, eis que a natureza da ação cinge-se apenas em torno de provas documentais.

4. Ante a declaração de f. 12 e a natureza da causa, defiro à parte requerente os benefícios da justiça gratuita. Anote-se.

5. Às providências e intimações necessárias”.

Em razões recursais (f. 1-10), argumenta que é indiscutível que o atendimento domiciliar trará ao agravante inúmeras vantagens, especialmente no que se refere ao melhor conforto e assistência de profissionais habilitados.

Assevera que há prova nos autos de que necessita do tratamento médico.

Destaca que o tratamento disponibilizado pelo plano de saúde não atende a todas as suas necessidades.

Requer:

“(…) que conceda liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela e determine a intimação da agravada (CPC, art. 1.019, II), por carta com aviso de recebimento, no endereço constante do preâmbulo deste recurso, para, querendo, responder no prazo legal.

Ao final, requer o agravante o provimento deste recurso para reformar a decisão agravada, concedendo-se a medida liminar pleiteada, por ser medida de inteira Justiça”.

Mérito

O novo Código de Processo Civil trouxe como gênero a tutela provisória, que pode se fundamentar em urgência ou evidência, consoante exposto no art. 294.

Confira-se:

“(…)

LIVRO V

DA TUTELA PROVISÓRIA

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.” – destacado.

A tutela antecipada, antigamente prevista no art. 273, I, do CPC/73, agora vem prevista no art. 300 do CPC/2015, sob a denominação de tutela de urgência.

Confira-se:

“(…) Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

“Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”.

Sobre o tema, confira-se os comentários de Fredie Didier Jr.:

“Na forma do art. 294, CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

As tutelas provisórias de urgência (satisfativa ou cautelar) pressupõem a demonstração de ‘probabilidade do direito’ e do ‘perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo’ (art. 300, CPC).

A tutela provisória de evidência (sempre satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311, CPC, examinado mais à frente.

A urgência pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória cautelar ou satisfativa (arts. 294, parágrafo único, e 300, CPC). A evidência, contudo, só autoriza a tutela provisória satisfativa (ou simplesmente ‘tutela antecipada’, metonímia legislativa) (arts. 294 e 311, CPC).

Assim, para pedir uma tutela provisória satisfativa, é preciso alegar e demonstrar urgência (art. 300, CPC) ou evidência (art. 311, CPC) - ou ambas, obviamente; mas a tutela provisória cautelar somente pode ser pleiteada em situações de urgência.

Isso se dá porque a urgência é inerente à tutela cautelar.” (Curso de direito processual civil. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 569-570, v. 2)

Dos dispositivos citados extrai-se que a tutela provisória de urgência, depende da verificação dos requisitos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Conforme narrado, este relator indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal, nos termos da decisão que segue (f. 46-55):

“Embora seja possível vislumbrar o perigo de dano, não está presente a probabilidade do direito.

José Alves de Lima ajuizou ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória em face de Bensaúde – Plano de Assistência Médica Hospitalar Ltda, ao argumento de que em 10.06.2016 sofreu acidente vascular encefálico e, devido ao “grave, irreversível e estável problema de saúde”, ficou acamado e necessita de cuidados vinte e quatro horas por dia, pois não consegue se locomover sozinho, alimentar-se, realizar sua higiene pessoal, bem como os demais atos básicos do cotidiano.

Expôs que sua filha se responsabilizou por seus cuidados, que vêm se tornando cada vez mais difíceis, motivo pelo qual requereu ao plano de saúde a disponibilização do serviço de atendimento domiciliar home care, que foi atendido em parte.

Requereu a concessão de tutela provisória para:

“(…) obrigar o requerido a disponibilizar ao requerente o serviço de home care de assistência de enfermagem por 24 horas diárias e de 03 sessões de fonoaudiologia por semana, conforme prescrição médica, sem prejuízo dos demais pedidos concedidos por via administrativa”.

Confira-se o teor do laudo médico (f. 22 – 0801150-71.2018.8.12.0024):

“(…) Ao Bensaúde

Sr. José Alves de Lima

Apresentou acidente vascular encefálico no dia 14/06/16, com hemiplegia à esquerda, dislalia, diminuição da acuidade visual, dificuldade de deglutição, permanece acamado.

Necessita de cuidado de home care para manutenção e qualidade de vida.

Necessita de cuidados de enfermagem nas 24 horas, fisioterapia motora 3 vezes por semana, fonoaudiologia 3x por semana, nutricionista, visita médica regular, cadeira de banho e cadeira de rodas, higiene pessoal, prevenção de úlceras de pressão”.

O pedido foi atendido em parte pelo requerido (f. 33-34):

“(…) Muito embora os serviços de home care não possuam cobertura contratual e legal, o Bensaúde, ponderando a solicitação de Vossa Senhoria, por mera liberalidade fornecerá a cobertura de serviços home care no seguinte sentido:

- 6 horas diárias de cuidador para higiene pessoal e prevenção de úlceras de pressão;*
- 3 sessões de fisioterapia semanal;*
- 1 sessão de fonoaudiologia semanal;*
- 1 avaliação de nutricionista mensal;*
- 1 avaliação médica mensal;*
- 1 cadeira de rodas;*
- 1 cadeira para banho”.*

Portanto, dos pedidos formulados pelo requerente não foram concedidos: cuidados de enfermagem de 24 horas, apenas seis horas diárias; o total de 3 sessões de fonoaudiologia por semana, apenas uma sessão semanal.

A curadora do autor encaminhou e-mail à requerida, nos seguintes termos (f. 29):

“(…) Ao Convênio Bem Saúde.

Tendo em vista o que nos foi proposto por parte do convênio, quanto a prestação de serviços home care discordamos da quantidade de atendimento.

Vale ressaltar que necessitamos de cuidador 12h;

Fisioterapia 5xsemana;

Fonoaudióloga 2xsemana;

Médico mensal;

Nutricionista mensal;

Cadeiras de rodas e cadeira de banho diária!

Esperamos contar com vossa atenção mediante a nossa solicitação.

Acreditamos que devem levar em consideração o quadro do idoso e a recomendação médica de tratamento domiciliar com qualidade.

Esperamos contar com sua valiosa atenção e prestação de serviço.

Obrigada”.

A requerida forneceu a seguinte resposta (f. 29):

“(…) Sra. Selma.

O Bensaúde informa que a cobertura assistencial ofertada por liberalidade desta Operadora, considerando exclusão contratual e legal, se deu com base na perícia realizada pela equipe da empresa Vidalar e pela equipe multiprofissional do Bensaúde, em conformidade com a tabela de complexidade ABMID + NEAD aplicadas pela equipe Vidalar. Ressalte-se que a cobertura ofertada por liberalidade se deu conforme consenso pontuado no documento encaminhado a Vossa Senhoria.

Favor, confirmar o recebimento deste e-mail.

Grata”.

A decisão agravada determinou à requerida o fornecimento de *home care* nos termos da decisão administrativa que deferiu em parte o pedido formulado pelo beneficiário do plano.

Resta saber se o autor faz jus aos demais atendimentos.

Pois bem.

O contrato de prestação de serviços juntado pelo recorrente à f. 11-36 prevê, a respeito da cobertura:

“(…) 6.1. A contratada garantirá a cobertura dos custos, em conformidade com os limites, prazos de carências e condições estabelecidas neste contrato, relativos aos atendimentos ambulatoriais, internações hospitalares e atendimentos obstétricos, previstos no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS vigente na data do evento, para todas as doenças da classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados com a saúde, da Organização Mundial de Saúde, (CID-10), nos termos do artigo 12, incisos I, II e III da Lei nº 9.656/98, devendo ser observadas, ainda, as especificidades do artigo 10-A da mesma Lei e o disposto na Resolução nº 13/98 do CONSU, no que se aplicam ao Plano e desde que realizados dentro da rede credenciada da contratada”.

“(…) 7.1. não estão incluídos neste contrato, como obrigação da contratada de cobrir os procedimentos relativos a:

7.1.6. Fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, com exceção dos tratamentos/medicamentos antineoplásicos e procedimentos radioterápicos orais, descritos no rol de procedimentos e eventos à saúde vigente à época do evento; (...)

7.1.12. Consultas e internações domiciliares, inclusive *home care*;

7.1.12.1. Atendimento domiciliar de profissionais de enfermagem, fisioterapia, nutrição, fonoaudiologia e médicos, assim como enfermagem particular em caráter hospitalar ou domiciliar”.

Como se vê, o contrato firmado pelo requerente não prevê o atendimento pleiteado, que não é de caráter obrigatório, por não constar no rol de procedimentos da ANS¹.

Ressalte-se que os cuidados básicos a serem prestados ao enfermo referentes a higiene e cuidados pessoais são de responsabilidade da família, conforme já decidido nesta Câmara Cível em julgado de relatoria do Des. Dorival Renato Pavan:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DEFERIMENTO DO PEDIDO DA TUTELA DE URGÊNCIA – ARTIGO 300 DO NOVO CPC – MEDIDA DESTINADA AO CUSTEIO DE TRATAMENTOS MÉDICOS PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE – HOME CARE – PACIENTE PORTADORA DO MAL DE ALZHEIMER – NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS, SOB RISCO DE MORTE, ATESTADO PELO MÉDICO QUE A ATENDEU - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A prestação de serviços via home care não se confunde com o atendimento que deve ser prestado pela família ou cuidador. O papel desempenhado por estes últimos é o de proporcionar ao paciente higiene, alimentação e companhia, ao passo que a atenção domiciliar via serviços home care tem a função de administrar procedimentos que somente uma pessoa com formação

¹ https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Rol_de_Procedimentos_2016_total.pdf

profissional poderia fazer. II) Em um quadro como o contido nos autos, em que a paciente (a) é uma senhora idosa (80 anos), (b) é portadora do mal de alzheimer; (d) sofre de diabetes; (e) sofre de desnutrição; (f) está em tratamento de escaras; (g) recebeu declaração de seu médico que necessita de cuidados integrais em domicílio para manutenção da vida; (h) não é capaz de auto-gerir sua vida em razão das doenças de que é portadora; (i) necessita de suporte técnico em fisioterapia, cuidados especiais de enfermagem tanto para os cuidados de higiene quanto, também, para recebimento da medicação diária, impossível não conceder a tutela de urgência pleiteada, estando presentes os requisitos do artigo 300 do novo CPC. III) Em casos assim, não existem dúvidas de que o tratamento da paciente via serviços do home care é de suma importância para manutenção da vida da agravante, colocada em risco se não lhe for oportunizado ter acesso aos tratamentos indicados pelo seu médico, em sua residência, junto de seus familiares. IV) O tratamento indicado é o único modo de a agravante ganhar uma sobrevida com mais dignidade, com mais conforto, com menos sofrimento, o que se constata claramente diante da recomendação médica mencionada, que evidencia a real necessidade do tratamento sob essa modalidade. V) Porém, não há verossimilhança nas alegações quanto ao pedido de fornecimento de suplementação alimentar, tendo em vista a ausência de pedido médico e de prova da previsão contratual. Recurso conhecido parcialmente provido”. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1401469-96.2017.8.12.0000, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/04/2017, p: 28/04/2017)

Sendo assim, correta a decisão que atendeu apenas em parte o pedido do agravante.

Além disso, não há falar em perigo de dano, porque, conforme alega o próprio recorrente, o acidente vascular encefálico ocorreu em 2016 e a filha do autor vem lhe assistindo nos cuidados básicos desde então.

Conclusão:

Assim, indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal.

Comunique-se, com urgência, o MM juiz *a quo*, bem como solicite-se informações acerca da causa e sobre o cumprimento do art. 1.018² do CPC.

Intimem-se o agravado para responder, querendo, no prazo de 15 dias, na forma prevista no inciso II³ do art. 1.019, do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Publique-se. Intime-se.

Não vieram aos autos elementos capazes de modificar o entendimento adotado por este Relator, de modo que mantenho a decisão, que está de acordo com o entendimento neste Tribunal de Justiça:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INTERNAÇÃO DOMICILIAR (HOME CARE) – PLANO DE SAÚDE – FALTA DE PREVISÃO CONTRATUAL – INEXISTÊNCIA DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR PELA VIA TRADICIONAL – DISCRICIONARIEDADE DO CONSUMIDOR AO EXPRESSAMENTE NÃO CONTRATAR O SERVIÇO VISANDO CONTRAPRESTAÇÃO FINANCEIRA REDUZIDA – OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA – PERIGO DE INVIABILIDADE DA ATIVIDADE – AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Se o consumidor expressamente consignou a não

2 Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

§ 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

3 Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;

contratação do serviço de internação domiciliar (home care), no intuito de obter valor inferior na aquisição do plano de saúde, além de inexistir negativa de tratamento à moléstia pela via tradicional, em leito de hospital, não há razoabilidade constranger a operadora de plano de saúde a suportar por conta própria os elevados custos do procedimento. Ausente o requisito da probabilidade do direito invocado, deve ser revogada a decisão que deferiu a tutela de urgência. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1408116-73.2018.8.12.0000, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 01/10/2018, p: 02/10/2018)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER EM FACE DE PLANO DE SAÚDE – PRETENSÃO DE ENFERMEIRO 24 HORAS DENTRO DO SERVIÇO DE HOME CARE – HOME CARE DEVIDAMENTE FORNECIDO PELO PLANO DE SAÚDE – AUSÊNCIA DE DEVER DE FORNECIMENTO DE PROFISSIONAL DE ENFERMAGEM 24 HORAS – OBRIGAÇÃO NÃO CONSTANTE NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 300 DO CPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. I. É sabido que por meio do instituto da antecipação da tutela jurisdicional obtém a parte a antecipação dos efeitos de um eventual julgamento favorável de mérito, tendo esse instituto fundamento no princípio da efetividade do processo e com seus requisitos delineados no atual artigo 300 do Código de Processo Civil. O dispositivo exige a presença cumulativa dos dois requisitos que devem estar presentes em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, sendo a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. II. A atividade ofertada pelos planos de saúde não tem o objetivo de garantir a saúde de forma ilimitada, integral, universal, sem limites ou restrições e, nessas hipóteses, o juiz, em que pese a relevância dos temas ligados à saúde, não pode exercer uma função social e decidir de modo a afastar os termos contratuais válidos. III. Tendo sido fornecido pelo Plano de Saúde o regular serviço de home care, não é possível determinar a imposição fornecimento de profissional de enfermagem 24 horas por dia, não estando tal dever previsto no contrato firmado entre as partes. IV. Decisão reformada. Recurso provido. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1407208-16.2018.8.12.0000, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/09/2018, p: 01/10/2018)

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRETENSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA DESTINADA AO CUSTEIO DE HOME CARE PARA PACIENTE COM DOENÇA DE ALZHEIMER – NECESSIDADE, NO CASO, DE CUIDADOS COMUNS (HIGIENE, ALIMENTAÇÃO ETC.), DIVERSOS DOS PROCEDIMENTOS TÍPICOS DE INTERNAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA POR FAMILIARES OU CUIDADORES – RECURSO PROVIDO. - A prestação de serviços via home care não se confunde com o atendimento que pode ser prestado pela família ou por cuidador. O papel de proporcionar ao paciente cuidados comuns de higiene e alimentação podem ser desempenhados por estes últimos, ao passo que serviço home care tem a função de administrar procedimentos típicos de internação hospitalar, daí a necessidade de profissionais especializados para prestar o tratamento no ambiente doméstico. - No caso, constatado que a paciente, portadora de Alzheimer, necessita de cuidados comuns (alimentação, higiene etc.), diversos da internação domiciliar e que podem ser prestados por familiares ou cuidadores, indefere-se a tutela de urgência que visou obrigar a operadora do plano de saúde a custear o home care. - Recurso provido. (TJMS. Agravo Interno nº 1406374-13.2018.8.12.0000, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 28/09/2018, p: 01/10/2018)

Dispositivo

Diante do exposto, contra o parecer, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto por José Alves de Lima, mas nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 05/12/2018)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria devolvida ao exame deste Tribunal, qual seja, decisão agravada proferida nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pelo agravante em face de Bensaúde - Plano de Assistência Médica Hospitalar Ltda, decisão que concedeu, parcialmente, o pedido de tutela de urgência formulado pelo agravante, “*para o fim de manter os serviços concedidos administrativamente, com a cobertura dos serviços de home care descritos no documento de f. 33-34 (Protocolo 366561.20180607.001092)*”.

O agravante objetiva que o Plano de Saúde seja compelido a conceder o serviço *home care*, consistente na disponibilização de assistência de enfermagem pelo período de 24 horas diárias e de 03 (três) sessões de fonoaudiologia por semana, sem prejuízo dos demais pedidos concedidos na via administrativa.

Mencionada pretensão está fundamentada em laudo médico anexado à f. 22 dos Autos 08011450-71.2018.8.12.0024, que dispõe, *in verbis*:

Ao Bensaúde

Sr. José Alves de Lima

Apresentou acidente vascular encefálico no dia 14/06/16, com hemiplegia à esquerda, dislalia, diminuição da acuidade visual, dificuldade de deglutição, permanece acamado.

Necessita de cuidado de home care para manutenção e qualidade de vida.

Necessita de cuidados de enfermagem nas 24 horas, fisioterapia motora 3 vezes por semana, fonoaudiologia 3x por semana, nutricionista, visita médica regular, cadeira de banho e cadeira de rodas, higiene pessoal, prevenção de úlceras de pressão.

Enfim, o agravante enfatiza que a decisão guerreada não merece prevalecer, eis que tratamento por meio de *home care* foi indicado pelo médico responsável nos termos do laudo acima transcrito, o que ocorreu com o objetivo de melhorar a qualidade de vida do agravante, o qual é totalmente dependente de auxílio de terceiros (filha) para a manutenção de sua sobrevivência, pois não consegue se locomover, não consegue se alimentar sozinho, não consegue realizar sua higiene pessoal, ou seja, é pessoa extremamente vulnerável.

Não obstante os fundamentos acima expostos, o culto relator mantém a decisão agravada.

No caso em tela, é fato incontroverso que dos pedidos formulados pelo agravante na via administrativa, não foram concedidos: cuidados de enfermagem 24 horas, mas apenas seis horas diárias; o total de 3 (três) sessões de fonoaudiologia por semana, mas apenas uma sessão semanal.

A concessão dos serviços parciais acima descritos, segundo informação prestada pelo Plano de Saúde agravado, ocorreu por mera liberalidade, haja vista que “*os serviços de home care não possuem cobertura contratual e legal*”

Pois bem, ao manter a decisão agravada, o nobre relator destaca que o contrato firmado entre as partes não prevê o atendimento pleiteado pela parte aqui agravante, destacando a cláusula 7.1. e 7.1.12.1, que contém a seguinte redação:

“7.1. Não estão incluídos neste contrato, como obrigação da contratada de cobrir os procedimentos relativos a:

7.1.12.1. *Atendimento domiciliar de profissionais de enfermagem, fisioterapia, nutrição, fonoaudiologia e médicos, assim como enfermagem particular em caráter hospitalar ou domiciliar”.*

Todavia, divirjo do eminente relator, isto porque, em casos tais, entendo abusiva a cláusula contratual que exclui o atendimento domiciliar prescrito pelo médico.

Deveras, quando do julgamento do recurso de Apelação nº 0800675-52.2013.8.12.0037, da Comarca de Itaporã, em que figurei como relator, firmei o entendimento de que: *“Tem-se entendido ser abusiva cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, considerando que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma. Ficando demonstrada a imprescindibilidade da utilização de aparelho de auxílio respiratório (Bipap), bem como a negativa do plano de saúde em fornecer o equipamento e o tratamento domiciliar, de acordo com recomendação médica, fica caracterizado o dever de indenizar por danos morais e materiais.”* (TJMS. Apelação nº 0800675-52.2013.8.12.0037, Itaporã, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 04/10/2017, p: 05/10/2017).

Naquela oportunidade, deixei consignado em meu voto os seguintes dizeres:

“Oportuno salientar que a relação existente entre as partes se caracteriza como de consumo, ou seja, “(...) a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota.”⁴ A teor, inclusive, do enunciado do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “Súmula 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Também, não há dúvidas acerca da possibilidade de limitação, prevista na Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de saúde, sendo que tais exceções serão objeto de regulamentação pela Agência Nacional de Saúde⁵, do mesmo modo que a amplitude das coberturas será definida por normas editadas por tal órgão⁶.

Entretanto, ainda que as seguradoras possam dispor acerca das doenças, sujeitas à cobertura contratual, não podem ditar qual o tratamento mais apropriado à patologia apresentada pelo paciente. Este é um encargo do médico escolhido pelo doente ou por sua família, mas não da empresa seguradora. Assim, se a doença encontra cobertura no ajuste firmado, como ocorre neste caso, o tipo de tratamento a ser feito é aquele que for indicado pelo profissional da saúde eleito pelo paciente.

Ademais, tem-se entendido ser abusiva cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, como no caso em comento.

Nesse sentido já se pronunciou o STJ, segundo o qual “(...) o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado. (...)” (AgRg no Ag 1325939/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 09/05/2014)

E ainda:

“AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – TRATAMENTO DOMICILIAR – RECUSA INDEVIDA A COBERTURA – INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 7 E 83/STJ.

4 REsp 267530/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 14/12/2000, DJ 12/03/2001, p. 147.

5 Art. 10. § 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

6 Art. 10. § 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

1. *O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma.*

2. *É abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado. Incidência da Súmula nº 83/STJ. (...)” (AgRg no AREsp 453.831/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 12/12/2014)*

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC – PRAZO PRESCRICIONAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA – SÚMULA 7/STJ – TRATAMENTO HOME CARE – RECUSA INDEVIDA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...) 3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado.

4. *Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag 1325939/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 09/05/2014)*

No caso específico de tratamento domiciliar o Superior Tribunal de Justiça também já firmou entendimento no sentido de que “O serviço de Home Care (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto, que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor.” (AgInt no AREsp 1071680/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017)

No mesmo sentido é o posicionamento deste Tribunal. Veja-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – TRATAMENTO MÉDICO – HOME CARE – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES REJEITADA – MÉRITO – REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA PRESENTES – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. É firme o entendimento jurisprudencial de que a Unimed Campo Grande/MS é parte legítima para figurar no polo passivo de ação que objetiva a autorização de tratamento médico, ainda que o contrato tenha sido celebrado com a cooperativa de outro estado. Conforme entendimento do STJ, o serviço de home care (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde e que, na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor (REsp nº 1.378.707/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 15/6/2015). Comprovada a enfermidade do paciente, bem como a prescrição médica para o atendimento domiciliar, além do risco iminente de contágio bactericida pela exposição por tempo duradouro no nosocômio, encontram-se presentes os requisitos da tutela de urgência, o fornecimento do tratamento home care é medida que se impõe.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1412304-80.2016.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 22/02/2017, p: 24/02/2017) – grifei

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO DOMICILIAR - home care – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE EXCLUI A MODALIDADE DE ATENDIMENTO DO CONTRATO – ASTREINTES - NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO TEMPORAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Conforme entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, é abusiva a cláusula contratual que exclui o tratamento domiciliar da cobertura do plano de saúde, porque o home care constitui desdobramento do tratamento hospitalar previsto no contrato. É cabível a fixação de multa diária para forçar o cumprimento da obrigação, a qual deve ser arbitrada de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, impondo, assim,

a sua limitação temporal.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1407518-90.2016.8.12.0000, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 19/10/2016, p: 21/10/2016)

Quanto à alegação de que o tratamento domiciliar geraria mais custos ao plano de saúde, gerando desequilíbrio contratual, não há qualquer evidência nesse sentido, bem como elementos que venham a demonstrar que os custos do home care se mostram mais elevados que aqueles tidos na internação hospitalar.

Pelas razões acima elencadas, não pode a apelante pretender eximir-se da responsabilidade pelo tratamento domiciliar do apelado ao argumento de que não há previsão contratual e na Lei nº 9.656/98, devendo ser mantida, na íntegra, a sentença de primeira instância neste ponto.” (Voto proferido nos autos da apelação cível nº 0800675-52.2013.8.12.0037, Itaporã).

Nessa mesma linha de raciocínio é o parecer do Procurador de Justiça Sílvio César Maluf, que, ao manifestar sobre a matéria, ponderou *in verbis*:

“Outrossim, o agravante, comprovadamente, necessita de cuidados integrais em domicílio, para manutenção da sua saúde e vida, motivo pelo qual é aplicável à espécie a norma constante do artigo 35-C, inciso I, da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos de seguros privados de assistência à saúde, que determina o seguinte:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e

Ora, se o médico que acompanha o agravante indicou o serviço de home care, o qual, repita-se, visa evitar infecções hospitalares, além de humanizar o atendimento em ambiente domiciliar, deve, portanto, ser fornecido pela agravada, com todos os serviços prescritos.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL – PLANOS DE SAÚDE – AÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO – TRATAMENTO DOMICILIAR – HOME CARE – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS.

- Os planos de saúde submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor. Devida a cobertura para tratamento domiciliar, diante da indicação médica. Urgência caracterizada. Aplicação da Lei 9.656/98 e do CDC. - Os honorários advocatícios devem ser arbitrados consoante apreciação equitativa do Juiz, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, atendidos os parâmetros estabelecidos no § 3º do mesmo dispositivo legal. Honorários majorados. APELO DA RÉ DESPROVIDO – APELO DA AUTORA PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70047329354, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/05/2012).

Enfim, considerando as peculiaridades do caso, tem-se que satisfatoriamente preenchidos os requisitos do art. 300, do Novo CPC, daí porque o presente recurso merece ser julgado provido, determinando-se que a Agravada forneça ao Agravante o serviço de home care, de forma integral, conforme prescrito pelo médico que acompanha o paciente.” (Parecer- f. 120-121).

Por tais razões, divirjo do eminente relator para conceder ao agravante o serviço de *home care*, de forma integral, conforme prescrito pelo médico e conforme pedido formulado nas razões de agravo de instrumento.

Dispositivo

Posto isso, acompanhando o parecer ministerial, dou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por José Alves de Lima para o fim de compelir o agravado Bensaúde-Plano de Saúde de Assistência Médica Hospitalar Ltda, a proporcionar ao agravante assistência de enfermagem por 24 horas diárias além da concessão de 3 (três) sessões de fonoaudiologia por semana, sem prejuízo dos demais pedidos concedidos na via administrativa.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que lhe negava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2018.

Órgão Especial

Mandado de Segurança nº 1405684-81.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – JUCEMS (JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL) – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE DO ESTADO – REJEITADA – ANALISTA DE ATIVIDADES MERCANTIS – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS – OMISSÃO ESTATAL EM NOMEAR CANDIDATA CLASSIFICADA EM 1º LUGAR NA LISTA ESPECIAL E EM 30º LUGAR NA LISTA GERAL (AMPLA CONCORRÊNCIA), FORA DA FRAÇÃO ESTABELECIDA NA LEGISLAÇÃO – ART. 37, VIII, CF – PREVISÃO EDITALÍCIA – LEI FEDERAL Nº 7.853/1989 – LEI ESTADUAL Nº 3.594/2008 – DECRETOS ESTADUAIS NºS 10.015/2000 E 13.141/2011 – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE – OBSERVÂNCIA, PELO IMPETRADO, DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA ALTERNÂNCIA, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – NÃO PUBLICAÇÃO DA LISTA ESPECIAL DOS CANDIDATOS COTISTAS – IRREGULARIDADE SANÁVEL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

Havendo previsão editalícia de que é do Governador a competência para efetivar o provimento originário de cargo objeto de concurso público, ele é parte legítima para responder a mandado de segurança impetrado por candidato aprovado no certame, tendo como causa de pedir ato omissivo de nomeação para o cargo almejado.

Não possui direito líquido e certo de nomeação o único candidato portador de necessidade especial do certame, inscrito como beneficiário da lei de cotas, que não obtém classificação dentro da fração das primeiras 20 (vinte) vagas da lista geral, conforme exige o art. 10, *caput*, c/c o art. 11 do Decreto Estadual nº 13.141, de 31 de março de 2011, constituindo mera irregularidade formal, passível de corrigenda, a não publicação da lista especial, à parte, dos candidatos cotistas, desde que observados os princípios da isonomia, da alternância, da proporcionalidade e da razoabilidade, o que aconteceu na espécie.

Improcede a tese de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de decreto regulamentador, se o Estado de Mato Grosso do Sul não desborda de sua competência concorrente para legislar, ao suplementar norma geral da União atinente à temática controvertida (proteção e integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, em parte com o parecer, rejeitar a preliminar arguida e no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Abstiveram-se de votar os Desembargadores Sérgio Fernandes Martins e Marcos José de Brito Rodrigues. Ausente, justificadamente, a Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Yara Mitie Sakurai, devidamente qualificada, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consistente em omitir-se de nomeá-la no cargo de analista de atividades mercantis, para a cidade de Campo Grande, em decorrência de sua aprovação, no concurso público de provas e títulos para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, na qualidade de pessoa com deficiência (Edital nº 1/2014 – SAD/JUCMS).

Alega, inicialmente, que: o referido edital prevê que aos candidatos com deficiência aprovados em todas as fases do concurso público é garantida a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas, desde que a deficiência seja compatível com as atribuições do cargo, respeitadas as legislações citadas no edital; a ora impetrante, única candidata com deficiência, logrou êxito em todas as fases do certame, figurando como aprovada na classificação final do concurso público (Edital nº 17/2014 SAD/JUCEMS, f. 3), razão pela qual tem-se que obteve aprovação em 1º lugar nessa categoria, no entanto, a banca organizadora não realizou lista especial à parte, com a classificação, para efeitos de conhecimento, conforme exigido no item 3, subitem 11.2.3, do Edital 1/2014, SAD/JUCEMS; assim, a ordem de nomeação do certame não respeitou a reserva para deficiente, ante a ausência de lista especial, motivo pelo qual a candidata cotista acaba em último lugar e conseqüentemente nomeada por último, devido à sua nota e ordem de classificação geral, o que fere o princípio constitucional da isonomia; a impetrante foi prejudicada, uma vez que se encontra na 40ª posição na lista geral, o que fere o direito da reserva legal previsto na lei do certame.

Destaca que os impetrados não têm a intenção de fazer a distinção entre os candidatos, ou seja, farão a ordem de nomeação utilizando-se apenas uma lista com todos os aprovados (deficientes ou não), baseando-se nos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual nº 13.141/2011.

Assinala que o presente *writ* possui a finalidade de também garantir o direito líquido e certo da impetrante de obter sua nomeação pelo princípio da alternância.

Esclarece que o certame previa a existência de 4 (quatro) vagas para o cargo de analista de atividades mercantis, disponíveis para a cidade de Campo Grande-MS, e, aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas no Concurso Público para pessoa com deficiência, resulta em número fracionado; logo, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, respeitando o limite de 20% (vinte por cento).

Portanto, [se],

“ao longo da validade do certame, surgirem, no mínimo, 5 (cinco) vagas para o cargo de Analista de atividades mercantis para a cidade de Campo Grande, pelo menos a 5ª vaga deve ser ocupada pelo 1º colocado entre os candidatos portadores com deficiência que concorreram para o respectivo cargo” (sic – f. 3).

Aduz que, em 4.9.2015, por meio do Decreto “P” nº 4.063, de 20.8.2015, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, nº 8.998, p. 27 [f. 146], foram nomeados para o cargo de analista de atividades mercantis, na cidade de Campo Grande, os 2 (dois) primeiros candidatos aprovados no certame, na classificação geral, para o referido cargo; e, em 17.11.2016, por meio do Decreto “P” nº 5.161, de 10.11.2016, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul nº 9.287, p. 50 [f. 147], foram nomeados para o mesmo cargo os candidatos aprovados em 3º, 4º e 5º lugares na classificação geral.

Desse modo – enfatiza –, foi desrespeitada a reserva de vagas para os candidatos portadores de deficiência, porquanto a impetrante, como 1ª colocada entre os candidatos portadores de deficiência, deveria ser nomeada, no mínimo, para a 5ª vaga de analista de atividades mercantis, destinadas a Campo Grande, conforme determinam a regras do Concurso.

Conclui, pois, que foi preterida pelo 5º colocado da classificação geral e, neste sentido, houve violação ao seu direito líquido e certo, o que configura ato ilegal deixar de nomeá-la para tomar posse pelo critério de alternância, dentre as 5 vagas disponibilizadas no certame.

Obtempera, ainda, que a presente impetração é tempestiva, porquanto se trata de:

“omissão por parte da banca do certame” (f. 4), caso em que “o referido prazo inicia ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato, não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo ‘a quo’; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado” (sic – f. 4).

Ressalta que os dispositivos elencados no Decreto Estadual nº 13.141/2011 (arts. 10 e 11), os quais estabelecem os critérios de nomeação para candidatos cotistas, feririam os princípios da proporcionalidade e da isonomia, devendo, neste caso, ser mais adequado utilizar, para ordem de nomeação, o critério da alternância preconizado no art. 37, § 2º, do Decreto Federal nº 3.298/99.

Reportando-se a vasto suprimento doutrinário-jurisprudencial, a impetrante culmina com o requerimento de concessão de medida liminar para determinar às autoridades impetradas que a classifiquem em lista especial para deficiente, publicando edital, com todos os dados, e com a consequente nomeação ao cargo de analista de atividades mercantis, com base no critério de alternância, onde a primeira nomeação para função ou cargo público deva contemplar o candidato com melhor colocação na listagem geral e, em seguida, o aprovado para as vagas reservadas a pessoas com deficiência, até que atingida a proporção da reserva, com determinação de prazo para cumprimento, sob pena de aplicação de multa diária, em caso de eventual descumprimento.

Requer, na sequência, o julgamento da procedência do presente *writ*, concedendo-se a segurança, em definitivo, com aplicação do disposto no § 2º do art. 37 do Decreto Federal nº 3.289/99 (arredondamento de número fracionado para número inteiro) e aplicação do critério de alternância na ordem de nomeação, reconhecendo, por consequência, o direito da impetrante de ser nomeada em 2º lugar, em face da suposta inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual nº 13.141/2011, que estariam ferindo os princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Requer, por derradeiro, os benefícios da gratuidade processual, alegando não poder arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sem privar-se dos meios necessários à sua subsistência.

Atribui à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando cópias dos documentos de f. 10 a 179.

O pedido de gratuidade processual foi acolhido e o pedido de liminar, indeferido, conforme despacho de f. 182-185.

O Estado do Mato Grosso do Sul apresentou defesa e informações, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva do Governador do Estado, sob o argumento de que:

“não houve qualquer participação por parte desta autoridade na realização do certame, porquanto a execução do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/JUCEMS/2014 – coube à Secretaria de Estado de Administração em conjunto com a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul” (f. 199).

Quanto ao mérito, sustenta que a segurança deve ser denegada em virtude da inexistência de direito líquido e certo pelo seguinte motivo:

“Se o concurso reservou 5% das vagas aos portadores de deficiência e disponibilizou 4 vagas para o cargo pretendido, chega-se à proporção de 0,20 que, arredondando para o

número inteiro subsequente equivale a 01 vaga, que por sua vez corresponde a percentual inferior a 20%, limite estabelecido pelo Decreto nº 13.141/2011.” (f. 202)

A seu turno, a Procuradoria-Geral da Justiça ofertou parecer ministerial, opinando pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, quanto ao mérito, sugeriu a concessão da segurança (f. 212-230).

VOTO (EM 05/12/2018)

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Yara Mitie Sakurai, com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consistente em omitir-se de nomeá-la no cargo de analista de atividades mercantis, para a cidade de Campo Grande, em decorrência de sua aprovação, no concurso público de provas e títulos para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, na qualidade de pessoa com deficiência (Edital nº 1/2014 – SAD/JUCEMS).

Alega, inicialmente, que: o referido edital prevê que aos candidatos com deficiência aprovados em todas as fases do concurso público é garantida a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas, desde que a deficiência seja compatível com as atribuições do cargo, respeitadas as legislações citadas no edital; a ora impetrante, única candidata com deficiência, logrou êxito em todas as fases do certame, figurando como aprovada na classificação final do concurso público (Edital nº 17/2014 SAD/JUCEMS, f. 3), razão pela qual tem-se que obteve aprovação em 1º lugar nessa categoria, no entanto, a banca organizadora não realizou lista especial à parte, com a classificação, para efeitos de conhecimento, conforme exigido no item 3, subitem 11.2.3, do Edital 1/2014, SAD/JUCEMS; assim, a ordem de nomeação do certame não respeitou a reserva para deficiente, ante a ausência de lista especial, motivo pelo qual a candidata cotista acaba em último lugar e conseqüentemente nomeada por último, devido à sua nota e ordem de classificação geral, o que fere o princípio constitucional da isonomia; a impetrante foi prejudicada, uma vez que se encontra na 40ª posição na lista geral, o que fere o direito da reserva legal previsto na lei do certame.

Destaca que os impetrados não têm a intenção de fazer a distinção entre os candidatos, ou seja, farão a ordem de nomeação utilizando-se apenas uma lista com todos os aprovados (deficientes ou não), baseando-se nos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual nº 13.141/2011.

Assinala que o presente *writ* possui a finalidade de também garantir o direito líquido e certo da impetrante de obter sua nomeação pelo princípio da alternância.

Esclarece que o certame previa a existência de 4 (quatro) vagas para o cargo de analista de atividades mercantis, disponíveis para a cidade de Campo Grande-MS, e, aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas no concurso público para pessoa com deficiência, resulta em número fracionado; logo, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, respeitando o limite de 20% (vinte por cento).

Portanto, [se],

“(...) ao longo da validade do certame, surgirem, no mínimo, 5 (cinco) vagas para o cargo de analista de atividades mercantis para a cidade de Campo Grande, pelo menos a 5ª vaga deve ser ocupada pelo 1º colocado entre os candidatos portadores com deficiência que concorreram para o respectivo cargo” (sic – f. 3).

Aduz que, em 4.9.2015, por meio do Decreto “P” nº 4.063, de 20.8.2015, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, nº 8.998, p. 27 [f. 146], foram nomeados para o cargo de analista de atividades mercantis, na cidade de Campo Grande, os 2 (dois) primeiros candidatos aprovados no certame, na

classificação geral, para o referido cargo; e, em 17.11.2016, por meio do Decreto “P” nº 5.161, de 10.11.2016, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul nº 9.287, p. 50 [f. 147], foram nomeados para o mesmo cargo os candidatos aprovados em 3º, 4º e 5º lugares na classificação geral.

Desse modo – enfatiza –, foi desrespeitada a reserva de vagas para os candidatos portadores de deficiência, porquanto a impetrante, como 1ª colocada entre os candidatos portadores de deficiência, deveria ser nomeada, no mínimo, para a 5ª vaga de analista de atividades mercantis, destinadas a Campo Grande, conforme determinam as regras do Concurso.

Conclui, pois, que foi preterida pelo 5º colocado da classificação geral e, neste sentido, houve violação ao seu direito líquido e certo, o que configura ato ilegal deixar de nomeá-la para tomar posse pelo critério de alternância, dentre as 5 vagas disponibilizadas no certame.

Obtempera, ainda, que a presente impetração é tempestiva, porquanto se trata de “*omissão por parte da banca do certame*” (f. 4), caso em que:

“(...) o referido prazo inicia ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato, não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo ‘a quo’; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado” (sic – f. 4).

Ressalta que os dispositivos elencados no Decreto Estadual nº 13.141/2011 (arts. 10 e 11), os quais estabelecem os critérios de nomeação para candidatos cotistas, feririam os princípios da proporcionalidade e da isonomia, devendo, neste caso, ser mais adequado utilizar, para ordem de nomeação, o critério da alternância preconizado no art. 37, § 2º, do Decreto Federal nº 3.298/99.

Reportando-se a vasto suprimento doutrinário-jurisprudencial, a impetrante culmina com o requerimento de concessão de medida liminar para determinar às autoridades impetradas que a classifiquem em lista especial para deficiente, publicando edital, com todos os dados, e com a consequente nomeação ao cargo de analista de atividades mercantis, com base no critério de alternância, onde a primeira nomeação para função ou cargo público deva contemplar o candidato com melhor colocação na listagem geral e, em seguida, o aprovado para as vagas reservadas a pessoas com deficiência, até que atingida a proporção da reserva, com determinação de prazo para cumprimento, sob pena de aplicação de multa diária, em caso de eventual descumprimento.

Requer, na sequência, o julgamento da procedência do presente *writ*, concedendo-se a segurança, em definitivo, com aplicação do disposto no § 2º do art. 37 do Decreto Federal nº 3.289/99 (arredondamento de número fracionado para número inteiro) e aplicação do critério de alternância na ordem de nomeação, reconhecendo, por consequência, o direito da impetrante de ser nomeada em 2º lugar, em face da suposta inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual nº 13.141/2011.

Requer, por derradeiro, os benefícios da gratuidade processual, alegando não poder arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sem privar-se dos meios necessários à sua subsistência.

Atribui à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando cópias dos documentos de f. 10 a 179.

O pedido de gratuidade processual foi acolhido e o pedido de liminar, indeferido, conforme despacho de págs. 182-185.

O Estado do Mato Grosso do Sul apresentou defesa e informações, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva do Governador do Estado, sob o argumento de que

“(...) não houve qualquer participação por parte desta autoridade na realização do certame, porquanto a execução do concurso público de provas e títulos – SAD/JUCEMS/2014

– coube à Secretaria de Estado de Administração em conjunto com a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul” (f. 199).

Quanto ao mérito, sustenta que a segurança deve ser denegada em virtude da inexistência de direito líquido e certo pelo seguinte motivo:

“Se o concurso reservou 5% das vagas aos portadores de deficiência e disponibilizou 4 vagas para o cargo pretendido, chega-se à proporção de 0,20 que, arredondando para o número inteiro subsequente equivale a 01 vaga, que por sua vez corresponde a percentual inferior a 20%, limite estabelecido pelo Decreto nº 13.141/2011.” (f. 202)

A seu turno, a Procuradoria-Geral da Justiça ofertou parecer ministerial, opinando pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, quanto ao mérito, sugeriu a concessão da Segurança (f. 212-230).

Do direito

Preliminar de ilegitimidade de parte

A preliminar de ilegitimidade de parte passiva do Governador do Estado, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, não prospera.

Consoante o art. 6º da Lei Federal nº 12.016/09, a autoridade coatora, em mandado de segurança, é a que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir eventual ilegalidade.

Na espécie, a impetrante requereu a nomeação no cargo para o qual passou em primeiro lugar, na condição de portador de necessidade especial (cadeirante).

Com efeito, na hipótese vertente, o Governador do Estado possui competência para nomear e dar posse à impetrante, visto que o certame foi realizado sob a responsabilidade da Secretaria de Estado de Administração, em sintonia com a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS.

É o que se abstrai do edital que regulou o concurso, a saber:

“XII. Da Nomeação e da Posse:

12.1 – A nomeação do candidato aprovado e classificado no concurso público de provas e títulos – SAD/JUCEMS/2014 para os cargos da Carreira Gestão de Atividades Mercantis será processada por ato do Governador do Estado e a posse formalizada mediante a lavratura de termo próprio, assinado pela autoridade competente, no prazo máximo de trinta dias a contar da publicação da nomeação.” G.n.

A propósito, reporto-me à decisão emanada do Órgão Especial, entre tantas outras, ocorrida na sessão de 28 de setembro de 2016, no Mandado de Segurança nº 1.406.020-56.2016.8.12.0000, em que o colegiado houve por bem, à unanimidade, manter a legitimidade do Governador, que despontava em edital como a autoridade responsável pela nomeação de candidato aprovado em concurso.

Eis como foi lavrada a ementa, na parte que interessa:

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRELIMINAR REJEITADA. (..)

Sendo do Governador a competência para efetivar o provimento originário de cargo objeto de concurso público, ele é parte legítima para responder mandado de segurança impetrado por candidato aprovado no certame, tendo como causa de pedir ato omissivo

de nomeação para o cargo almejado.” Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, DJMS 25.01.2017 (Destaquei).

De conseguinte, pertencendo o ato omissivo à esfera de competência do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em nomear a impetrante, a competência para examinar e julgar o presente *writ* é mesmo do Órgão Especial.

Ante o exposto, em harmonia com o parecer do Ministério Público, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Mérito

Após o exame metucioso da documentação vinda aos autos, em consonância com as normas de regência do certame e a jurisprudência dominante, concluí que deve ser denegado o mandado de segurança à impetrante.

De fato, restou incontroverso, nos autos, que a Srtª Yara Mitie Sakurai inscreveu-se no concurso de provas e títulos para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, concorrendo ao cargo de analista de atividades mercantis para a cidade de Campo Grande, na categoria de pessoa com deficiência [cadeirante] (a única do certame), tendo sido aprovada em todas as fases do concurso, portanto, em 1º lugar, na sua categoria.

O Edital do Concurso nº 1/2014 – SAD/JUCEMS, de 16.4.2014, prorrogado por mais 2 (dois) anos, em 19.10.2016 (f. 148), previa a existência de 4 (quatro) vagas para o cargo de analista de atividades mercantis, disponíveis para a cidade de Campo Grande-MS (f. 45).

No capítulo III do edital do certame, destinado aos cotistas, à f. 25, constou:

*3.1 - Aos **candidatos com deficiência**, aprovados em todas as fases do concurso público, **será reservado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas**, desde que a deficiência seja compatível com o exercício das atribuições do cargo, observando-se os dispositivos constantes no **Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999** e **Lei Estadual nº 3.681, de 27 de maio de 2009**.*

(...)

*3.2 - Na aplicação do **percentual previsto no item 3.1** dever-se-á observar o estabelecido no **art. 19 da Lei nº 3.808, de 18 de dezembro de 2009, e Decreto nº 13.141, de 31 de março de 2011**. (G.n.)*

O art. 19 da Lei Estadual nº 3.808, de 18.12.2009, contém o seguinte dispositivo:

*Art. 19. Serão convocados, mediante edital, para realização do exame de aptidão mental (exame psicotécnico) os candidatos aprovados na prova de conhecimento, observada, rigorosamente, a ordem de classificação, **na proporção estabelecida no edital, a qual terá como referência o número de vagas nele fixado**, observado o disposto no § 6º do art. 10 desta Lei. (redação dada pela Lei nº 5.167, de 5 de abril de 2018). (G.n.)*

Em suma, a impetrante alega ter sido preterida, visto que não teria sido aplicado o critério da alternância, entre outros princípios, visto que foram nomeados os 5 (cinco) primeiros candidatos aprovados da lista geral (a única que foi publicada, na qual, segundo alega, figurava em 40º lugar) para o cargo de *analista de atividades mercantis*, com lotação no município de Campo Grande-MS.

Em realidade, diferentemente do alegado na f. 2 da inicial, a impetrante figurou em 30º (trigésimo) lugar na lista geral (f. 141 dos autos), mas, possivelmente por algum erro material, informou que se classificou em 40º lugar.

Igualmente restou incontroverso que não houve a publicação da lista especial de sua aprovação na qualidade de cotista, conforme impõem o item 11.2.3 do Edital e o art. 36 do Decreto Estadual nº 10.015, de 3.8.2008, tendo sido publicado, na referida lista específica, apenas o resultado final dos candidatos negros, fato admitido pelo Estado, por meio do Ofício nº 66/COSIP/SAD, de 5 de julho de 2018, que atribuiu o ocorrido a um equívoco, o qual se dispôs a sanar, em momento oportuno (f. 207-209).

De fato, no Edital nº 1/2014 SAD/JUCEMS, item 3, subitem 11.2.3, em sintonia com o art. 36 do Decreto Estadual nº 10.015/2008, constou:

*“11.2.3 - O candidato que no ato de inscrição se declarar negro, índio ou portador de deficiência, se aprovado no concurso público de provas e títulos – SAD/JUCEMS/2014, figurará na **listagem geral de candidatos**, para divulgação dos resultados e respectiva classificação, além de figurar; também, em **lista à parte** com a sua classificação, tão somente para efeito de conhecimento.”* (f. 41). G.n.

Realmente, houve o descumprimento, pelo impetrado, da formalidade de publicação da lista específica, fato que, por si só, não garante o direito líquido e certo da impetrante, por se tratar de irregularidade sanável, fazendo-se necessário o preenchimento, pela impetrante, dos demais requisitos contemplados no edital.

Ressalve-se que a exigência da publicação de 2 (duas) listas tem por escopo principal a aplicação do princípio da alternância, visto que, na hipótese de um candidato com deficiência figurar em primeiro lugar na lista geral, ele deverá ser o primeiro a ser nomeado, dentro da proporção estabelecida no edital (5% das vagas oferecidas), vindo a seguir a nomeação dos melhores classificados na lista geral, e assim sucessiva e alternadamente, de acordo com o número de vagas existentes e o princípio da proporcionalidade.

Segundo o inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal, *“a lei reservará **percentual** dos cargos e empregos públicos para as **pessoas portadoras de deficiência** e **definirá os critérios de sua admissão**”* (G.n.)

O Decreto Federal nº 3.298/99, em seu art. 37, §§ 1º e 2º, aplicável ao caso *sub judice*, conforme estabelecido no item 3.1 do edital do certame, traz o percentual mínimo de vagas que deve ser assegurado aos portadores de deficiência, senão vejamos:

*Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em **igualdade de condições com os demais candidatos**, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.*

*§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, **sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.***

*§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em **número fracionado**, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.* (G.n.)

Legislando suplementar e concorrentemente, conforme autoriza o art. 24, inciso XIV, e §§, da Constituição Federal,¹ o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista o disposto na Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, editou o Decreto nº 10.015, de 3 de agosto de 2000, bem como editou a Lei nº 3.594, de 10.12.2008, regulamentada pelo Decreto nº 13.141/2011, que trata do programa de reserva de vagas em concursos públicos para provimentos dos cargos no Estado de Mato Grosso do Sul, nos seguintes termos:

DECRETO Nº 13.141, DE 31 DE MARÇO DE 2011.

1 CF: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; (...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 1º Ficam reservadas 20% (vinte por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, para negros e índios, das vagas oferecidas em todos os concursos públicos realizados pelo Poder Executivo Estadual, para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta. (redação dada pelo Decreto nº 14.574, de 30 de setembro de 2016).

(...)

§ 3º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros e a índios, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos). (Redação dada pelo Decreto nº 14.574, de 30 de setembro de 2016)

(...)

Art. 10. A nomeação dos candidatos aprovados será de acordo com a ordem de classificação geral no concurso, observados os seguintes critérios para os candidatos integrantes do programa de reserva de vagas:

I - a cada fração de 10 candidatos, a décima vaga fica destinada a candidato negro aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica, em observância ao princípio da proporcionalidade;

II - a cada fração de 33 candidatos, a trigésima terceira vaga fica destinada a candidato indígena aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica, em observância ao princípio da proporcionalidade.

§ 1º Havendo candidato aprovado e incluso no programa de reserva de vagas na primeira fração de nomeados, a observância ao disposto nos incisos I e II será aplicada em relação à fração seguinte e, assim, sucessivamente.

§ 2º Em havendo mais de um candidato aprovado do programa de reserva de vagas, nas frações de que tratam os incisos I e II, fica dispensada a observância da vaga destinada na respectiva fração e nas seguintes, até que esta se faça necessária em razão da proporcionalidade.

§ 3º Na ocorrência de desistência de vaga por candidato aprovado, convocado do programa de reserva de vagas, nas frações de que tratam os incisos I e II, a vaga remanescente será preenchida por outro candidato do referido programa, respeitada a ordem de classificação da lista específica.

Art. 11. As regras estabelecidas neste Decreto também serão aplicadas na nomeação de candidatos portadores de deficiência, observados o percentual de 5% das vagas, por cargo ou por localidade e, ainda, a aplicação de fração a cada 20 candidatos aprovados a serem nomeados. (G.n.)

DECRETO Nº 10.015, DE 3 DE AGOSTO DE 2000.

Art. 36. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, processos seletivos ou quaisquer outros procedimentos de recrutamento de mão-de-obra, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo ou emprego públicos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Na aplicação do percentual estabelecido no § 1º deste artigo será desprezada a fração, se houver. (redação dada pelo Decreto nº 13.141, de 31 de março de 2011).

(...)

*Art. 41. A publicação do resultado final do concurso será feita em **duas listas**, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos, de acordo com a ordem classificatória entre os seus congêneres. (G.n.)*

Na inicial do mandado de segurança, a impetrante afirmou que os artigos 10 e 11 do Decreto 13.141/2011 seriam inconstitucionais, porque estariam ferindo os princípios da proporcionalidade e da isonomia, bem assim que o mais adequado seria a Administração utilizar, para a ordem de nomeação, o critério de alternância.

Por sua vez, o impetrado informou que deixou de nomear a impetrante, sob o seguinte argumento:

“Mister informar que foram oferecidas até o momento apenas cinco vagas para os mencionados cargo e município, de modo que a aplicação do percentual de vagas reservadas (5% de 5 vagas) previsto no Decreto Estadual nº 10.015, resulta no valor de 0,25 (vinte e cinco décimos), o qual é inferior ao mínimo previsto na legislação, que é de 0,5 (cinco décimos), de modo a possibilitar a aplicação do critério de arredondamento constante no § 3º do art. 1º do Decreto Estadual nº 13.141, acima destacado.” G.n. – (Sic).

A rigor, não subsiste a tese de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade aventada pela impetrante, porquanto o Estado de Mato Grosso do Sul não desbordou de sua competência concorrente, ao suplementar a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, esta que fixou diretrizes genéricas, dispondo “sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência”.

O fato é que a Administração Pública Estadual possui competência residual para gerir suas políticas públicas, entre as quais a política inclusiva, consistente em cotas raciais e de deficientes nas vagas destinadas a concurso público.

No caso vertente, o Estado atuou por meio da Lei Estadual nº 3.594/2008, do Decreto Estadual nº 13.141/2011 e do Decreto Estadual nº 10.015/2000, este último que dispõe sobre a política estadual para a promoção e integração social da pessoa portadora de deficiência, sem que tais instrumentos normativos tenham contrariado o direito à igualdade assegurado pelo art. 5º e 37 da Constituição Federal.

Na espécie, o edital, em sintonia com as regras da Constituição Federal e da legislação estadual, disciplinou que aos candidatos com deficiência, aprovados em todas as fases do concurso público, seria reservado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas, observando-se o **percentual** previsto no art. 11 do Decreto Estadual nº 13.141, de 31 de março de 2011, aplicando-se a “**fração a cada 20 candidatos aprovados** a serem nomeados” (g.n.).

Como o número de vagas previsto no edital era de apenas 4 (quatro) vagas, aplicando-se os 5% (cinco por cento) de vagas reservadas aos deficientes físicos, previstos no regulamento, obtém-se 0,2 (dois décimos), valor inferior aos 0,5 (cinquenta décimos) necessários para o arredondamento a maior.

Mesmo que se arredondasse para um número inteiro, ainda assim este valor não alcançaria a fração de 20 (vinte) candidatos, estabelecida no art. 11 do Decreto Estadual nº 13.141/2011, considerando que a impetrante, embora tenha passado em primeiro lugar, por ser candidata única na categoria de deficiente, foi classificada, na lista geral, em 30º lugar, ou seja, 10 (dez) lugares aquém do necessário para ser incluída no critério de proporcionalidade previsto em lei, que lhe daria o direito de ser nomeada consoante, também, o critério de alternância previsto no art. 10 e incisos e §§ do Decreto nº 13.141/2011.

Admita-se a hipótese, apenas para efeito dialético, que a impetrante, única cotista, tivesse passado em primeiro lugar, na lista geral. Pelo critério de alternância, previsto no art. 10 e incisos e parágrafos do Decreto nº 13.141, de 31 de março de 2011, ela seria a primeira a ser nomeada, seguindo-se a nomeação do candidato da ampla concorrência, que se classificou em segundo lugar.

Admita-se, ainda para efeitos de mero raciocínio lógico, que o certame tivesse 50 (cinquenta) vagas para o mesmo cargo da impetrante e que 3 (três) cotistas tivessem obtido classificação, tendo a impetrante passado em primeiro lugar, na lista especial, mas classificada em 20º (vigésimo) lugar na lista geral, e os demais cotistas classificados em 60º e em 80º lugares, respectivamente. Aplicando-se as normas legais mencionadas, segundo os princípios da proporcionalidade e da alternância, teríamos o seguinte resultado: 5% (cinco por cento) sobre 50 (número de vagas), igual a 2,5 (duas vagas e meia), que, arredondada para cima, de acordo com o critério do § 3º do art. 1º do Decreto nº 13.141/2011, daria 3 (três) vagas para os cotistas.

Pelos critérios previstos no art. 11 c/c os §§ 1º e 2º do art. 10, todos do Decreto nº 13.141/2011, primeiro seriam nomeados os candidatos da lista geral do 1º ao 19º lugar, para, em seguida, ser nomeada a impetrante em 20º lugar, e, subsequentemente, serem nomeados os candidatos da lista da ampla concorrência, do 21º lugar até o 39º lugar, para, a seguir, ser nomeado no 40º lugar o cotista que passou em segundo lugar na lista especial e em 60º lugar na lista ampla. A seguir, seriam nomeados os candidatos da lista ampla do 41º até o 49º lugar, devendo ser nomeado no 50º lugar o último cotista que passou em 80º lugar.

Enfim, para se ter a aplicação da reserva de 5% para candidato deficiente, de acordo com o regulamento legal, somente a cada 20 vagas é que estará garantida a proporcionalidade adotada pelo legislador estadual para candidato deficiente.

Como se sabe, a ampla acessibilidade aos cargos públicos é a regra geral exteriorizada em nossa lei fundamental, sendo a reserva de vagas decorrente de ações afirmativas, ou seja, uma exceção à regra geral no sentido de que determinado número de vagas não será disponibilizado para a ampla concorrência, mas somente para um determinado grupo de pessoas.

Trata-se de uma disposição excepcional estabelecida por concessão do poder constituinte em oposição à norma geral (amplo acesso), razão pela qual sua interpretação dá-se de forma restrita.

De conseguinte, a legislação estadual atende aos princípios da isonomia, da alternância, da razoabilidade e da proporcionalidade, garantindo a todos – deficientes, negros, indígenas e não cotistas – a possibilidade de concorrerem em igualdade de condições às vagas do certame, “desigualando-os” de forma constitucionalmente aceita.

Conceder a segurança, ante as condições fáticas apresentadas, constituiria, aí sim, ofensa aos mencionados princípios, em especial o isonômico, pois haveria preterição de um dos candidatos que disputou a vaga pelo sistema de ampla maioria e obteve aprovação.

O Supremo Tribunal Federal, instado a julgar questões semelhantes, deixou assentado:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA – ARREDONDAMENTO DO COEFICIENTE FRACIONÁRIO PARA O PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas.

2. Agravo regimental não provido. (RE 440988 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-065 Divulg 29-03-2012, public 30-03-2012).G.n.

CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATOS – TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A REGRA É A PARTICIPAÇÃO DOS CANDIDATOS, NO CONCURSO PÚBLICO, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES. CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS – PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da

viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (MS 26310, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2007, DJe-134 Divulg 30-10-2007 Public 31-10-2007 DJ 31-10-2007 Pp-00078 Ement Vol-02296-01 Pp-00071 RTJ Vol-00202-03 Pp-01134 RB v. 19, nº 529, 2007, p. 34-36). G.n.

Não é outro o entendimento deste Órgão Especial, como se infere da seguinte ementa:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – PREVISÃO EDITALÍCIA – LEI ESTADUAL Nº 3.594/2008 – DECRETO ESTADUAL Nº 13.141/2011 – NÚMERO DE VAGAS – FRAÇÃO – OBSERVAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ATO DISCRICIONÁRIO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA COM O PARECER.

O artigo 37, VIII, da Carta Maior, assegura às pessoas com necessidades especiais maior acesso ao concurso público, tratando-se de ação afirmativa, também conhecida como discriminações positivas, que consiste em políticas estatais e privadas que visam a inclusão dos portadores na sociedade, melhor dizendo, busca proporcionar a estes a efetiva igualdade de oportunidades a bens fundamentais, por exemplo, a educação e emprego, dedicando-se a mitigar a discriminação.

(...)

Como esposado, ao contrário da alegação da impetrante, não há falar em preterição na sua ordem classificatória, diante da regionalização e fracionamento das vagas do certame considerando, sobretudo, que ainda não foram nomeados 20 candidatos da concorrência geral, assim, ausente o seu direito líquido e certo, o que culmina na denegação da ordem. (Mandado de Segurança nº 1406407-08.2015.8.12.0000. Rel. Des. Divoncir Schreineir Maran, julgado em 18.11.2015). G.n.

Parte dispositiva

Pelo exposto, considerando que a impetrante, única candidata portadora de necessidade especial do certame, apesar de ser beneficiária da lei de cotas, não obteve classificação dentro da fração das primeiras 20 (vinte) vagas da lista geral, conforme o exige o art. 10, *caput*, c/c o art. 11 do Decreto Estadual nº 13.141, de 31 de março de 2011, em contrariedade ao parecer do Ministério Público, denego a segurança.

Custas por conta da impetrante, cuja exigibilidade fica suspensa em virtude de a requerente ser beneficiária da gratuidade processual.

Sem honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016, de 7.8.2009, da Súmula nº 512 do STF e da Súmula nº 105 do STJ.

A Dra. Jaceguara Dantas da Silva (Procuradora de Justiça)

A Procuradoria-Geral de Justiça ratifica o parecer e opina pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva, e no mérito, pela concessão da segurança.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, após o relator acompanhado pelos Desembargadores Paschoal, Sideni, Marco André, Eduardo, Marcelo Rasslan e Bonassini rejeitarem a preliminar arguida e no mérito denegarem a segurança, os demais aguardam. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges.

VOTO (EM 19/12/2018)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (6º vogal)

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Yara Mitie Sakurai, qualificada nos autos, contra ato do Governador do Estado e o Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, consistente em omissão de inclusão de seu nome em lista final de candidatos aprovados e classificados como portadores de deficiência, para provimento do cargo de analista de atividade mercantil, no concurso público para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS.

A impetrante sustenta que se inscreveu para o concurso público em questão, para a cidade de Campo Grande/MS, na qualidade de pessoa com deficiência, de acordo com as exigências do Edital nº1/2014-SAD/JUCEMS (Item 3, subitem 3.3, pagina 02 do edital)

Que foi aprovada em todas as fases, figurando na classificação final do concurso público.

No entanto, relata a impetrante que a banca organizadora não realizou lista à parte, denominada de lista especial, com a classificação, para efeitos de conhecimento, conforme exigido no Edital 1/2014, SAD/JUCEMS item 3, subitem 11.2.3, não respeitando a reserva para deficiente, utilizando-se apenas uma lista com todos os aprovados (deficientes ou não).

A impetrante descreve que, pelo edital, constou que o referido concurso oferecia 04 (quatro) vagas, sendo que deste número, 5% das vagas, eram destinadas aos portadores de deficiência e que aplicando esse percentual do total de vagas, teríamos o número fracionado de 0,2 que, em tese, não daria para realizar a convocação, por não preencher uma vaga inteira.

Todavia, argumenta que, com base no art. 37, § 2º, do Decreto Federal nº 3.298/99, esse número fracionado deve ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, como critério de garantir o princípio da razoabilidade, critério que garante à impetrante o direito de vaga destinada ao cargo, o equivalente ao primeiro número inteiro, respeitado o limite de 20% das vagas, segundo precedentes do STF e do STJ citados pela impetrante, com base no critério da alternância.

Pugnou pela sua nomeação ao cargo de analista de atividades mercantis, com base no critério da alternância, com a concessão da segurança, reconhecendo, por consequência, o direito da impetrante de ser nomeada.

O relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, no mérito, denegou a segurança, em síntese, porque,

“(…) considerando que a impetrante, única candidata portadora de necessidade especial do certame, apesar de ser beneficiária da lei de cotas, não obteve classificação dentro da fração das primeiras 20 (vinte) vagas da lista geral, conforme o exige o art. 10, caput, c/c o art. 11 do Decreto Estadual nº 13.141, de 31 de março de 2011, em contrariedade ao parecer do Ministério Público, denego a segurança.”

No que se refere à rejeição da preliminar, acompanho o relator.

No mérito, respeitosamente divirjo do relator para, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conceder a segurança.

Deve ser destacado que a reserva de vagas para deficientes físicos nos concursos públicos, na forma do art. 37, VIII, da Constituição Federal é marco gerador de políticas públicas de inclusão. Nessa esteira, foi editado o Decreto nº 3.298/1999, sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência e a Lei nº 13.146/2015, que estabelece a inclusão da pessoa com deficiência, conhecido como o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Vê-se que a Constituição Federal elegeu como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste ano a Constituição Federal completou 30 anos e ainda existem muitas desigualdades sociais e entre estas estão as pessoas com deficiência. Para minimizar o problema da desigualdade, são criadas políticas públicas que são decisões públicas que visam a ações preventivas ou corretivas, com objetivos, estratégias e alocação de recursos em benefício de pessoas em tais situações.

Embora o tema de inclusão envolva elevada complexidade na formulação de políticas públicas, pelo que não se limita somente na inclusão no mercado de trabalho, pois vai além da simples contratação, mas por certo o acesso ao trabalho é um dos fatores relevantes no âmbito dessas políticas públicas.

Nesse contexto, veio o Decreto nº 3.298/99, que em seu art. 42 dispõe sobre a política nacional para integração da pessoa portadora de deficiência, vigente no certame, previa expressamente que a publicação do resultado final do concurso deveria ser realizada em duas listas, uma com a pontuação de todos os candidatos, inclusive com a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação desses últimos.

No caso concreto, houve o descumprimento do edital pelas autoridades apontadas como coatoras, visto que, primeiramente, não foi publicada a lista especial de portadores de deficiência física, como deveria ter sido, o que não pode ser considerado como mera irregularidade porque não mais passível de correção, pois o concurso já foi consumado, até porque, como bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça, verifica-se que não houve a publicação da lista especial de candidatos portadores de deficiência aprovados, figurando a impetrante somente na lista geral de aprovados.

Aliás, as autoridades apontadas como coatoras poderiam, inclusive, juntamente com as informações de f. 205-206 já apresentado nos autos a alegada irregularidade sanável, o que, no entanto, como já dito, não foi feito, contrariando o Decreto acima mencionado e da mesma forma o Decreto Estadual nº 10.015, de 03 de agosto de 2000.

Aliás, o descumprimento do edital, nesse ponto, poderia gerar nulidade do certame, o que levaria a uma injustiça em relação aos demais aprovados, pelo que se deve analisar o direito somente da impetrante.

No documento de f. 207, a impetrada também reconhece o oferecimento de número maior de vagas do que constou do edital, quando diz:

“Mister informar que foram oferecidas até o momento apenas cinco vagas para os mencionados cargo e município.”

Em segundo lugar, também descumpriu o edital, na medida em que nomeou classificado fora do número de vagas (04), sem que tenha convocado qualquer deficiente físico aprovado.

No presente caso, eram 04 (quatro) vagas estabelecidas pelo edital. Houve somente 01 (uma) inscrição de portador de deficiência física, no caso, a ora impetrante.

Pelo que se verifica dos autos foram nomeados os 04 (quatro) aprovados, dentro do número de vagas.

Posteriormente, foi chamado mais um (1) dos classificados, fora do número de vagas previsto no edital, sem que tivesse sido chamada a única aprovada, na condição de deficiente.

Diz a doutrina com relação ao instituto do concurso público, *“deve o administrador levar em consideração o princípio da razoabilidade quanto às exigências do certame, evitando com isso os abusos e as condutas ilegítimas”*.²

Ora, pelo que se verifica dos documentos acostados aos autos, a impetrante foi a única dentre os candidatos com deficiência que obteve aprovação em todas as etapas do concurso.

Em síntese, a defesa da parte impetrada é que a reserva de 5 % das vagas para os aprovados portadores de deficiência não resultaria em um número inteiro e, assim, impossibilitaria a nomeação.

Em que pese os esforços da defesa. Por essa razão não se tem como não conceder a segurança pretendida.

Como bem se sabe, o art. 37, VIII, da Constituição Federal determina a reserva aos portadores de deficiência para o provimento de cargos ou empregos públicos.

O art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99 estabelece que se o percentual mínimo de 5% resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente. Ainda que se pudesse discutir o percentual (0,2) em relação ao número de vagas (04), o que ocorreu no caso foi que houve a nomeação de 05 (cinco) entre os concursados, sem a nomeação de deficiente físico, ou seja, sem reserva de vaga, eis que a impetrante, ainda que aprovada, não foi nomeada, o que não deve ser admitido.

Dentro dessa ótica, se o número de vagas oferecidas no caso em concreto foi de 05 (cinco) vagas, conforme documento de f. 207, 5% de cinco é 0,25, ou seja, inferior a 1 (uma) vaga, de tal sorte que a interpretação do que estabelece o § 2º do art. 37 do Decreto nº 3.298/99, para se atingir aos fins nele preconizados, indica que a fração deve ser desprezada.

Sendo assim, 05 (cinco) vagas, para que se pudesse reservar as vagas aos portadores de deficiência, uma das vagas deveria ser de pessoa portadora de necessidade especial.

Aliás, essa linha de interpretação deve ser observada, inclusive, para que os órgãos públicos não usem de artifícios, com partilhamento de concursos com menor número de vagas, visando evitar a contratação de pessoas com deficiência.

Nessa linha de raciocínio, trago à colação parte do voto do Des. Dorival Renato Pavan, lançado no julgamento do Mandado de Segurança nº 1406407-08.2015.8.12.0000, que faz uma interpretação do sistema constitucional sobre as políticas de inserção de deficientes, onde assenta:

“A atividade jurisdicional deve ser ponderada e razoável visando atender sobretudo aos fins colimados pela norma ainda que a sua literalidade em si externe outra conclusão.”

² MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 8. ed., p. 9.

Penso que o magistrado não deve ficar adstrito a literalidade da lei mas deve fazer uma interpretação sistemática quando se deparar diante de situações em que a própria mens legis esteja sendo desrespeitada.

Reporto-me as palavras do Ministro Ayres Brito quando relator da ADI 3330:

“O Direito precisa ser repensado. Deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. (...)”

A lei que dispõe sobre a reserva de vagas para candidatos portadores de necessidades especiais para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta é ação afirmativa que tem por escopo a concretização do princípio da isonomia, previsto do caput do art. 5º da Constituição da República, em seu aspecto material, tendo em vista o real conteúdo e profundidade de tal princípio que é, em verdade, um postulado constitucional.

Assim, o princípio da igualdade não pode ser visualizado apenas em seu aspecto formal, uma vez que a desigualdade é inerente à condição humana e somente haverá a realização de tal princípio se houver tratamento desigual aos desiguais, como forma de diluir as desigualdades e dar efetividade à mencionada norma constitucional.

(...)

Com fulcro em tais considerações e atento ao espírito de concretização dos valores democráticos da Constituição da República, curvo-me a necessidade de realizar no caso concreto uma interpretação conforme para que se possa atingir a verdadeira finalidade das leis que asseguram a reserva para portadores de necessidades especiais nos concursos públicos promovidos no âmbito do Poder Executivo Estadual.

(...)

Seria o mesmo que conceder um direito por uma norma expressa e retirar o respectivo direito por meio de ações negativas, contrárias ao espírito da Constituição Federal, que objetivam a eliminação de toda e qualquer discriminação ou desigualdade entre homens e mulheres, independentemente do status social, cor e origem e condição física.

Assim, dentro dessa interpretação conforme e para concretizar os postulados almejados na Constituição Federal, se seis eram as vagas oferecidas, e 5% o número de vagas reservadas, deve-se tomar o total das vagas previstas no edital para fins de aferição da reserva de vaga respectiva, porque não se sabe se outras existirão e se serão ainda preenchidas dentro do prazo de validade do concurso.

Nessa ótica, se seis eram as vagas oferecidas e 5% reservadas aos portadores de necessidades especiais, e resultando da divisão delas uma fração, esta deve ser desprezada.

(...)

Somente assim se pode dar uma interpretação conforme à Constituição.

(...)

A prevalecer o entendimento de que somente após atingida a nomeação dos 20 primeiros candidatos é que se poderá nomear o ora impetrante, restará frustrada a finalidade da lei de promover a igualdade, por meio de ações afirmativas, notadamente quando nem de longe foram oferecidas vinte vagas no caso concreto.

Assim, a medida eficaz a ser adotada pelo Poder Judiciário para concretizar a finalidade da norma que assegura a concorrência de candidatos portadores de necessidades especiais é determinar a nomeação e posse do ora impetrante, aprovada em 1º lugar nas vagas reservadas do concurso, sob pena de se frustrar pelo cumprimento do texto literal da lei a finalidade de promoção social a que visa a de reserva de vagas em concurso público, ações afirmativas que objetivam assegurar a igualdade entre todos.”

Diante do que foi exposto, entendo que fazendo uma interpretação conforme a Constituição Federal, chega-se à conclusão de que no presente caso, considerando também o descumprimento do edital, conforme já acima mencionado, a impetrante faz jus à nomeação como aprovada no concurso referido, na condição de deficiente físico, porque inserida dentro dos requisitos legais estabelecidos na legislação pertinente.

Por tais razões, peço vênia ao ilustre relator para divergir e conceder a segurança para determinar a convocação da impetrante para tomar posse no concurso em questão, objeto do presente mandado de segurança.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar arguida e no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Abstiveram-se de votar os Desembargadores Sérgio Fernandes Martins e Marcos José de Brito Rodrigues. Ausente, justificadamente, a Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2018.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1413490-70.2018.8.12.0000 - Paranaíba

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PLANO HOMOLOGADO – ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DO ART. 58, § 1º, DA LEI Nº 11.101/2005 – *CRAMDOWN* – POSSIBILIDADE – MITIGAÇÃO DE UM DOS REQUISITOS – ALERTA QUANTO À POSSIBILIDADE DE FALÊNCIA, NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DO PLANO (ART. 73, DA LRF) – QUESTÃO ABORDADA NA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA – ESVAZIAMENTO DA SUPERVISÃO JUDICIAL – CONFIGURAÇÃO – NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DO PERÍODO DE FISCALIZAÇÃO – DAÇÃO EM PAGAMENTO EM FAVOR DE CREDOR FORMENTADOR – AUSÊNCIA DE NULIDADE – NEGÓCIO QUE IRÁ GERAR RECURSOS E A MANUTENÇÃO DE POSTOS DE GASOLINA – PREVISÃO DE LIBERAÇÃO DAS GARANTIAS REAIS E FIDEJUSSÓRIAS E DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES CONTRA COBRIGADOS, SEM A CONCORDÂNCIA DOS RESPECTIVOS CREDORES – INVIABILIDADE — VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 49, § 1º, E 59, AMBOS DA LEI Nº 11.101/2005 – DECISÃO REFORMADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O art. 58, § 1º, da Lei 11.101/2005, permite a aprovação do plano de recuperação, mesmo que ele tenha sido rejeitado por alguns credores, mas desde que obedecidos alguns requisitos cumulativos, instituto conhecido por *cramdown*, oriundo do sistema americano de quebras e de recuperação empresarial americano.

É possível mitigar a exigência do inciso II, do art. 58, da LRF, quando demonstrada a abusividade da posição do único credor da Classe II (garantia real), que possui um crédito de apenas R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), num universo de R\$ 19.342.068,18 (dezenove milhões, trezentos e quarenta e dois mil, sessenta e oito reais e dezoito centavos).

Assim, é possível a aplicação do *cramdown* ou, melhor traduzindo para o nosso sistema, da “imposição respeitosa”, ou “aprovação de ofício”, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais, levando-se em conta a mitigação de um deles, sob pena de malferimento do objetivo maior da recuperação judicial, que é a preservação da empresa.

O período de supervisão judicial (02 anos), deve ter início após o término do período de carência, a fim de dar eficácia à determinação judicial, e respeito ao art. 61, § 1º, da LRF.

Não há se falar em violação ao art. 73 da Lei 11.101/2005, pois a decisão que homologou o plano de recuperação previu expressamente que caso não cumprimento do que foi pactuado entre as partes, as recuperandas sujeitarão-se à falência.

Não há se falar em nulidade da dação em pagamento, realizada entre um credor fomentador (Petrobrás) e as empresas devedoras, pois a lei não prevê como requisito a apresentação de laudo de avaliação ou medida equivalente, ficando as condições econômicas do ajuste sob a tutela meramente negocial, salvo a demonstração de fraude ou má-fé, o que não é o caso dos autos, não cabendo ao recorrente questionar valor de aluguel combinado entre as partes.

Deve ser mantida a decisão no que tange à autorização para a alienação de unidade produtiva, eis que, no plano homologado, autorizou-se a venda, seguindo os preceitos dos artigos 60 e 142, da Lei de Recuperação e de Falências, justamente em razão da capacidade de geração de caixa, utilização do dinheiro para formação de capital de giro, pagamento de credores, medidas que servem para apoiar o princípio da preservação da empresa, não havendo se falar em violação aos artigos 179, IV, da Lei nº

6.404/76, e 47, da Lei nº 11.101/2005.

Segundo a interpretação dos artigos 49, § 1º e 59, da Lei nº 11.101/2005, somente se houver concordância expressa dos respectivos credores, poderão ser liberadas as garantias reais e fidejussórias, bem como suspensas as ações contra os coobrigados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Banco Santander (Brasil) S/A., qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos de recuperação judicial apresentado por Pioneiro Supermercado Ltda. e outros, homologou o plano de recuperação e autorizou a venda de ativos, sem ônus (f. 7.443-7.450, integrada pelo julgamento dos embargos, f. 7.284-7.293).

Alega que a posição contrária do agravante em relação ao plano de recuperação judicial tem como fundamento as péssimas condições de pagamento previstas pelos devedores, além de ilegalidades, o que não caracteriza conduta abusiva, como definido na decisão agravada.

Sustenta que não se aplica ao caso o mecanismo denominado *cram down*, previsto no art. 58, da Lei nº 11.101/2005, pois:

“(...) o único credor na Classe II é o banco agravante. Ao declarar a abusividade do voto do Banco, em verdade, houve sua exclusão da lista de votação da classe garantia real. Por conseguinte, sem nenhum credor votante na classe II, não houve a rejeição do PRJ, restando aprovado o plano recuperacional pelo resultado das outras Classes.” (f. 14).

Por outro lado, entende o agravante que é ilegal a novação dos créditos, com a liberação das garantias, porque essa solução afronta ao disposto nos artigos 49, § 1º, 59 e 73, IV, da Lei nº 11.101/05.

Insurge-se o agravante quanto ao plano de recuperação, pois ele prevê condições de pagamento prejudiciais aos credores, o que configura abuso de direito contra o recorrente.

Colaciona diversas ilegalidades no aditivo do plano e ocorridas na assembleia de credores, assim descritas: nulidade de dação em pagamento em favor da Petrobrás S/A, em razão da ausência de benefícios pelas recuperandas; o valor do aluguel, fixado para os imóveis que seriam alienados, não é compatível com a realidade do mercado; quebra da paridade dos credores fomentadores e dificuldade de preenchimento de todos os requisitos exigidos, para o cumprimento da cláusula 6.1.2.1 do aditivo ao plano (f. 7.175-7.176); impossibilidade de venda da unidade produtiva Pioneiro Supermercados, pois isso representaria a venda de parte do patrimônio, sem o pagamento das dívidas; violação dos procedimentos e requisitos estabelecidos nos artigos 60 e 142, da Lei nº 11.101/2005, por exemplo, como é o caso da publicidade necessária sobre a venda do ativo; o prazo de carência concedido na decisão agravada acarretou o esvaziamento do instituto da supervisão judicial, previsto no art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

Requer a concessão do efeito suspensivo, tendo em vista a demonstração da probabilidade do direito alegado e o perigo da demora, consubstanciado nos prejuízos das suspensões das ações movidas em face dos avalistas e coobrigados, e da venda judicial da unidade produtiva ora mencionada, e, ao final, o provimento do recurso.

O efeito suspensivo foi deferido em parte (f. 56-59).

Os agravados, nas contrarrazões, requereram o improvimento do recurso (f. 67-100).

VOTO

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

Banco Santander (Brasil) S/A., qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos de recuperação judicial apresentado por Pioneiro Supermercado Ltda. e outros, homologou o plano de recuperação e autorizou a venda de ativos, sem ônus (f. 7.443-7.450, integrada pelo julgamento dos embargos, f. 7.284-7.293).

Alega que a posição contrária do agravante em relação ao plano de recuperação judicial tem como fundamento as péssimas condições de pagamento previstas pelos devedores, além de ilegalidades, o que não caracteriza conduta abusiva, como definido na decisão agravada.

Sustenta que não se aplica ao caso o mecanismo denominado *cramdown*, previsto no art. 58, da Lei nº 11.101/2005, pois

“(...) o único credor na Classe II é o Banco Agravante. Ao declarar a abusividade do voto do Banco, em verdade, houve sua exclusão da lista de votação da classe garantia real. Por conseguinte, sem nenhum credor votante na classe II, não houve a rejeição do PRJ, restando aprovado o plano recuperacional pelo resultado das outras classes.” (f. 14).

Por outro lado, entende o agravante que é ilegal a novação dos créditos, com a liberação das garantias, porque essa solução afronta ao disposto nos artigos 49, § 1º, 59 e 73, IV, da Lei nº 11.101/05.

Insurge-se o agravante quanto ao plano de recuperação, pois ele prevê condições de pagamento prejudiciais aos credores, o que configura abuso de direito contra o recorrente.

Colaciona diversas ilegalidades no aditivo do plano e ocorridas na assembleia de credores, assim descritas: nulidade de dação em pagamento em favor da Petrobrás S/A, em razão da ausência de benefícios pelas recuperandas; o valor do aluguel, fixado para os imóveis que seriam alienados, não é compatível com a realidade do mercado; quebra da paridade dos credores fomentadores e dificuldade de preenchimento de todos os requisitos exigidos, para o cumprimento da cláusula 6.1.2.1 do aditivo ao plano (f. 7.175-7.176); impossibilidade de venda da unidade produtiva Pioneiro Supermercados, pois isso representaria a venda de parte do patrimônio, sem o pagamento das dívidas; violação dos procedimentos e requisitos estabelecidos nos artigos 60 e 142, da Lei nº 11.101/2005, por exemplo, como é o caso da publicidade necessária sobre a venda do ativo; o prazo de carência concedido na decisão agravada acarretou o esvaziamento do instituto da supervisão judicial, previsto no art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

Requer a concessão do efeito suspensivo, tendo em vista a demonstração da probabilidade do direito alegado e o perigo da demora, consubstanciado nos prejuízos das suspensões das ações movidas em face dos avalistas e coobrigados, e da venda judicial da unidade produtiva ora mencionada, e, ao final, o provimento do recurso.

O efeito suspensivo foi deferido em parte (f. 56-59).

Os agravados, nas contrarrazões, requereram o improvimento do recurso (f. 67-100).

Passo à análise do recurso.

Consta dos autos que a juíza singular homologou o plano de recuperação judicial (f. 7.284-7.293 dos autos de origem), rejeitado em assembleia designada para tanto, apenas por um dos credores, aquele que detém créditos com garantia real (o ora agravante Banco Santander (Brasil) S/A).

No que pertine ao plano de recuperação, o juízo *a quo* apresentou os seguintes fundamentos:

“Trata-se de pedido de recuperação judicial requerido em 10.05.2016 pelo Grupo Econômico Pioneiro, com posto por 17 (dezesete) pessoas jurídicas de direito privado, devidamente qualificadas nos autos.

O processamento do pedido foi deferido em 01.07.2016, às f. 2.373-2.382.

Após o regular processamento do feito, a versão final do plano de recuperação judicial foi apresentada às f. 7.121- 7.187.

A parte requerente manifestou-se às f. 7.194-7.206, pleiteando a desconsideração do voto do Banco Santander, em razão de sua abusividade, e a aprovação do plano de recuperação judicial submetido à assembleia geral de credores. Juntou a ata de f. 7.208-7.214, na qual constou expressamente que o plano foi rejeitado, em razão do voto contrário do credor detentor da totalidade do crédito correspondente à classe “II - Garantia Real”.

O administrador judicial apresentou relatório às f. 7.215-7.249.

O Banco Santander manifestou-se às f. 7.50-7.264, pleiteando pelo não reconhecimento da abusividade de seu voto, pela não aplicação do instituto do cram down à espécie e pela convocação da recuperação judicial em falência.

O Ministério Público manifestou-se pela rejeição do plano e a convocação da recuperação judicial em falência (f. 7.269-7.274).

A parte requerente manifestou-se novamente às f. 7.275-7.283, pugnando pela aplicação do instituto do cram down, com o reconhecimento da abusividade do voto do Banco Santander, e aprovação do plano de recuperação judicial apresentado em assembleia geral de credores.

É o breve relatório. Decido.

Consoante dispõe o art. 47 da Lei 11.101/2005, a recuperação judicial tem por objetivo precípuo viabilizar a reestruturação econômico-financeira da empresa devedora, através da com posição de um plano de recuperação, para a organização financeira e a continuidade de sua atividade empresarial.

Compete à assembleia geral de credores deliberar acerca da aprovação ou não do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, detendo competência de natureza negocial, com vistas à superação da crise financeira enfrentada pela recuperanda e sua preservação, propiciando, assim o recebimento dos créditos pelos credores.

Neste linear, caberá ao magistrado analisar os aspectos legais do plano apresentado, e em havendo objeção à aprovação por parte de algum credor, examinar a regularidade do processo decisório, além de coibir fraudes contra credores ou abusos contra o devedor.

(...)

Assim, observadas as normas aplicáveis à espécie, cabe ao magistrado analisar a legalidade do procedimento adotado e filtrar as decisões que se revelem fraudulentas ou abusivas, tendo com o norte a continuidade da atividade empresarial e sua função social.

(...)

No entanto, a legislação confere ao magistrado a possibilidade de conceder a recuperação judicial, mesmo que não preenchidos os requisitos delineados pelo art. 45. É o chamado cram down, mecanismo que permite impor aos credores da pessoa jurídica recuperanda um plano que não teve a aprovação da assembleia.

O instituto é formalmente previsto pelo § 1º do art. 58 da Lei de Falências, in verbis:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II - a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III - na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. Grifei.

Depreende-se que o juiz poderá conceder a recuperação judicial mesmo sem a aprovação da assembleia, desde que tenham ocorrido, de forma cumulativa: o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos (inciso I); a aprovação de duas das três classes de credores, ou, no caso da existência de apenas duas classes, a concordância de pelo menos uma delas (inciso II); e o voto favorável, na classe que tenha rejeitado o plano, de mais de um terço dos credores (inciso III).

No caso em lide, o administrador judicial informou que o plano de recuperação judicial foi rejeitado pelo voto do único credor detentor da totalidade do crédito incluído na Classe II - Garantia Real, razão pela qual o plano foi rejeitado nos termos do art. 45, caput e § 1º da Lei 11.101/2005.

Explicou que, em tese, não há com o aplicar ao caso a aplicação do instituto cram down, uma vez que, apesar de cumpridos os requisitos previstos nos incisos I e II do art. 58, o requisito elencado pelo inciso III não foi atendido, lembrando que não seria possível obter o voto favorável de parte dos credores Classe II - garantia real, a qual é composta por um único credor, acrescendo que, diante de tal circunstância, o resultado será invariavelmente 100% (cem por cento), seja pela aprovação ou rejeição do plano.

Neste ponto, reputo relevante assinalar que, não obstante a rejeição de uma classe de credores - a com garantia real -, mostra-se possível a homologação do plano de pagamento e a concessão da recuperação.

Explico. De acordo com os elementos trazidos pelo administrador judicial, bem com o as informações contidas na ata de assembleia geral de credores (f. 7.219-7.224), entendo que o voto contrário do Banco Santander (Brasil) S.A deve ser considerado abusivo, o que, segundo doutrina e jurisprudência, permite sua desconsideração, para que se viabilize o atendimento princípio basilar da Lei 11.101/2005, qual seja, a preservação da empresa.

Com efeito, no caso sob exame, a classe dos credores com garantia real é constituída apenas por um a instituição financeira, qual seja, o Banco Santander (Brasil) S.A, cujo crédito alcança o valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), conforme se verifica na relação de f. 7.249.

Destaco ainda, que o valor do crédito pertencente ao referido credor corresponde a menos de 3% (três por cento) da dívida total das empresas recuperandas.

Observa-se, então, que o Banco Santander é credor único da Classe II, de modo que, pela aplicação da literalidade do art. 58 da Lei 11.101/2005, seu voto possui relevância desproporcional em relação a outras classes com maior número de credores e com créditos de valor muito mais expressivo, o que pode ocasionar condutas que visem interesses exclusivamente individuais em detrimento dos demais credores e da preservação da empresa.

Nesta lógica, conceder a apenas um credor o poder de decidir sobre a continuidade de empresa, mostra-se contrário ao escopo da recuperação judicial, instituto cuja finalidade precípua é possibilitar o saneamento das dificuldades econômicas das empresas com a manutenção das atividades empresariais.

Diante disto, impõe-se a flexibilização das regras previstas na lei, a fim de permitir a consecução de seu propósito maior, com amparo na aprovação outorgada pela ampla maioria dos credores das demais classes, valendo anotar que, de acordo com o quadro de f. 7.221, o plano de recuperação judicial obteve o voto favorável de 93,38% dos credores, representativos de 53,33% dos créditos.

Cabe ressaltar, que não é razoável - e nem justo - que um único credor tenha o direito de vida e morte sobre um conjunto de empresas que empregam centenas de funcionários, gerando renda e pagando tributos aos cofres públicos.

Há vidas envolvidas, há sonhos e planos, estudos e metas, existem anos de trabalho e de suor e há famílias que dependem dos salários desses empregos. Não se trata, portanto, de uma fria relação de crédito e débito expressa tão somente em pecúnia.

(...)

No caso sob exame, reputo caracterizada a situação de abusividade do voto do Banco Santander único credor em sua classe - na medida em que busca subordinar ao seu arbítrio os interesses das pessoas jurídicas recuperandas, da imensa maioria dos credores e da própria sociedade local, que seria enormemente prejudicada com o fechamento de várias empresas.

Sopesadas estas razões, tenho que a medida que melhor se adequa ao escopo da lei de recuperação judicial consiste em mitigar, no caso concreto, as exigências previstas no art. 58, § 1º, III, da Lei 11.101/2005, de modo a desconsiderar o voto contrário do Banco Santander e aplicar o mecanismo cram down, de modo a viabilizar o deferimento da a recuperação judicial.

De outra parte, é oportuno sublinhar que, caso não cumprido o plano apresentado, as recuperandas sujeitam -se aos efeitos do disposto no art. 73 da Lei 11.101/2005, cabendo ao administrador judicial fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano, conforme expressamente previsto no art. 22, II “a” a “d”, do mesmo diploma legal.

Ante todo o exposto, cumpridas as exigências previstas na Lei 11.101/2005, homologo o plano de recuperação judicial de f. 7.121-7.187, submetido à assembleia geral de credores realizada em 13.07.2018, e concedo a recuperação judicial às empresas Pioneiro Supermercado Ltda - CNPJ nº 00.988.533/0001-23; Pioneiro Supermercado Ltda - CNPJ nº 00.988.533/0003-95; Pioneiro Supermercado Ltda - CNPJ nº 00.988.533/0004-76; Pioneiro Supermercado Ltda - CNPJ nº 00.988.533/0005-57; Pioneiro Supermercado Ltda - CNPJ nº 00.988.533/0006-38; Pioneiro Motos Ltda - CNPJ nº 11.331.234/0001-38; Pioneiro Motos Ltda - CNPJ nº 11.331.234/0002-19; Pioneiro Motos Ltda - CNPJ nº 11.331.234/0003-08; Pioneiro Transportes e Combustíveis Eireli - CNPJ nº 17.268.026-0001-18; Pioneiro Transportes e Combustíveis Eireli - CNPJ nº 17.268.026/0002-07; Nilton Antônio Pires Júnior - CNPJ sob o nº 33.767.716/0001-78; Nilton Antônio Pires Júnior - CNPJ nº 33.767.716/0002-59; Nilton Antônio Pires Júnior - CNPJ nº 33.767.716/0004-10; Nilton Antônio Pires Júnior - CNPJ nº 33.767.716/0005-00; Nilton Antônio Pires Júnior - CNPJ nº 33.767.716/0006-82; Nilton

Antônio Pires Júnior - CNPJ nº 33.767.716/0007-63; Nilton Antônio Pires Júnior - CNPJ nº 33.767.716/0008-44, todas devidamente qualificadas nos autos.

As empresas devedoras permanecerão em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações que se vencerem até 2 (dois) anos desta decisão, conforme disposto no art. 61 da Lei 11.101/2005.

No tocante à previsão de alienação de ativos permanentes constante no plano de recuperação judicial, assinalo que a venda ou trespasse de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor deverá observar uma das modalidades previstas no art. 142 da Lei 11.101/2005, por força do que dispõe o art. 60 do mesmo diploma legal.

Preclusas as vias impugnativas, suspenda-se o andamento do presente processo pelo prazo de 02 (dois) anos.”

Contra essa decisão, o Banco do Brasil S/A, o Banco Santander (Brasil) S/A e Banco Bradesco S/A interpuseram embargos declaratórios, e a Caixa Econômica Federal alegou que as cláusulas referentes à liberação das garantias pessoais/fidejussórias/reais (item 7 do PRJ, f. 7.181 dos autos originários), e à suspensão das ações e/ou medidas em face dos avalistas, fiadores, garantidores (item 7, f. 7.182 dos autos originários), eram ilegais. Os embargos foram rejeitados (f. 7.443-7450 dos autos originários), mas houve deferimento de pedido de alienação de uma unidade produtiva, *in verbis*:

“(…) Dos embargos aclaratórios de f. 7.298-7.302; 7.306-7.307 e f. 7.308-7.314

Os embargos de declaração têm por objetivo esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e, corrigir erro material nos termos do artigo 1.022, incisos I, II e III do Código de Processo Civil.

Analizando os autos, não verifico a alegada omissão, isto porque, ao contrário do que alegam os embargantes, a sentença atacada apontou com precisão os fundamentos que motivaram sua conclusão, não havendo razão para que seja acolhida a pretensão estampada nos embargos aclaratórios.

É cediço que o magistrado não está vinculado aos argumentos e alegações das partes e, portanto não está impelido a rebater cada uma das teses levantadas, bastando que demonstre as razões a que levou ao seu entendimento.

(…)

- Da alienação da unidade produtiva do Pioneiro Supermercados Ltda.

Dispõe a Lei 11.101/2005:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Por sua vez o art. 142 da mesma Lei enuncia que:

Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I - leilão, por lances orais;

II - propostas fechadas;

III - pregão.

§ 1º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.

§ 2º A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação.

§ 3º o No leilão por lances orais, aplicam-se, no que couber, as regras da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 4º A alienação por propostas fechadas ocorrerá mediante a entrega, em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local designados no edital, lavrando o escrivão o auto respectivo, assinado pelos presentes, e juntando as propostas aos autos da falência.

§ 5º A venda por pregão constitui modalidade híbrida das anteriores, comportando 2 (duas) fases:

I - recebimento de propostas, na forma do § 3º deste artigo;

II - leilão por lances orais, de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada, na forma do § 2º deste artigo.

§ 6º A venda por pregão respeitará as seguintes regras:

I - recebidas e abertas as propostas na forma do § 5º deste artigo, o juiz ordenará a notificação dos ofertantes, cujas propostas atendam ao requisito de seu inciso II, para comparecer ao leilão;

II - o valor de abertura do leilão será o da proposta recebida do maior ofertante presente, considerando-se esse valor como lance, ao qual ele fica obrigado;

III - caso não compareça ao leilão o ofertante da maior proposta e não seja dado lance igual ou superior ao valor por ele ofertado, fica obrigado a prestar a diferença verificada, constituindo a respectiva certidão do juízo título executivo para a cobrança dos valores pelo administrador judicial.

§ 7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade.

No caso em tela, entendo perfeitamente possível a realização da venda perquirida pela parte autora, isto porque referida possibilidade encontra-se prevista no plano de recuperação judicial homologado por este juízo, além de não ter havido qualquer proposta com valor superior àquela juntada às f. 7.323-7.340.

Segundo a cláusula 6.1.1 do plano de recuperação judicial as recuperandas podem efetuar a venda individualizada de seus ativos, utilizando o dinheiro da alienação do bem para formação de capital de giro ou pagamento de credores, ficando ao seu critério.

Ademais, o administrador judicial opinou favoravelmente à referida alienação, apenas ressalvando a apresentação pelas recuperandas de laudo de avaliação, já que a venda deverá respeitar o valor mínimo de 60% (sessenta por cento) do valor de mercado do bem a ser calculado por laudo de avaliação apresentado pelas recuperandas.

(...)

Destarte, considerando que as recuperandas cumpriram com o requisito elencado como essencial pelo administrador judicial, qual seja, a apresentação de laudo de avaliação, não vejo óbice à concretização da venda, notadamente porque o fruto da mesma será revertido para o fluxo da empresa, observando assim o princípio da preservação social da empresa.

Ante o exposto, conheço dos embargos apresentados às f. 7.298-7.302; 7.306-7.307 e f. 7.308-7.314, mas nego provimentos aos mesmos, por não vislumbrar a alegada omissão, permanecendo a sentença tal qual lançada nos autos.

Sem prejuízo, com supedâneo no art. 60 da Lei 11.101/05 e 142, inciso I da mesma Lei, defiro a alienação da unidade produtiva da Pioneiro Supermercados, localizado na Paranaíba/MS, na Avenida Major Francisco Faustino Dias, nº 420, em conformidade com a proposta apresentada às f. 7.323-7.340.

Não tendo havido proposta com lance maior do que aquela apresentada às páginas supraditas, homologo a proposta apresentada pela empresa ABC Comércio de Alimentos Ltda., e determino, após o trânsito em julgado dessa decisão, a expedição de carta de arrematação da unidade produtiva do Pioneiro Supermercados Ltda, abrangendo os ativos imobilizados e o fundo de comércio, em favor da empresa supradita, livre de ônus e sem sucessão em relação ao passivo da recuperanda.

A venda deverá observar o disposto no artigo 60 c/c art. 142 da Lei 11.101/2005, com a intimação da imprensa oficial, nos termos da cláusula 6.1.1 do plano de recuperação aprovado, inclusive constando todas as informações necessárias com relação ao ativo (descrição, laudo de avaliação).

Os valores decorrentes da alienação deverão ser depositados na conta da recuperanda, que deverá prestar contas no processo de sua destinação para a recomposição dos estoques das unidades produtivas, de acordo com a cláusula 6.1.1 do PRJ.”

Feita a exposição do ato decisório, passa-se, agora, à apreciação dos temas principais do recurso, que serão divididos entre os itens a seguir expostos.

Alegação de inaplicabilidade do art. 58, da Lei nº 11.101/2005, denominado de *cram down*, na doutrina estrangeira, e do afirmado abuso de direito do grupo em recuperação.

Pondera a agravante que o art. 58, da Lei nº 11.101/2005, aplica-se somente nas hipóteses em que uma das classes rejeitou o plano de recuperação judicial e mesmo assim com aprovação mínima de 33% dos credores da referida classe, consoante descrito no inciso III, § 1º, do mesmo dispositivo legal, e que ele não contribuiu para que as condições fáticas chegassem a esse ponto (único credor com garantia real).

Desse modo, conforme o entendimento do agravante, como ele está listado na classe de garantia real, não há outros credores que tenham votado a favor do plano e que atinjam o *quórum* de 33% de aprovação.

Sem razão o agravante, contudo.

É que a decisão homologatória do plano de recuperação judicial não fez a interpretação literal do art. 58, III, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, mas sim a mitigação, com base nos julgamentos recentemente proferidos pelo STJ.

Antes de adentrarmos no acervo jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, mister se faz demonstrar como foi a votação.

Na data da realização da assembleia geral, realizada em 13/07/2018, a análise das presenças e do quadro de resultado da votação mostrou as seguintes configurações (f. 7.210, dos autos originários):

Presença:

- *Classe I Créditos trabalhistas: 86,67% do total dos créditos listados, representando 26 credores, e o valor monetário de R\$ 223.306,45 (duzentos e vinte e três mil, trezentos e seis reais e quarenta e cinco centavos);*

- *Classe II Créditos com garantia real: 100% do total de créditos listados, representando 1 credor e o valor monetário de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais);*

- *Classe III Créditos quirografários: 27,59% do total dos créditos listados, representando 72 credores e o valor monetário de R\$ 18.226.922,84 (dezoito milhões duzentos e vinte e seis mil, novecentos e vinte e dois reais e oitenta e quatro centavos);*

- *Classe IV Crédito microempresas e empresas de pequeno porte: 45,12% do total de créditos listados, representando 37 credores e o valor monetário de R\$ 91.838,89 (noventa e um mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e nove centavos);*

Votação:

“a) Credores trabalhistas: 100% votaram pela aprovação do plano de recuperação judicial, representado por R\$ 223.306,45 (duzentos e vinte e três mil, trezentos e seis reais e quarenta e cinco centavos);

b) Credores com garantia real: 100% votaram contra a aprovação do plano recuperação judicial, representado por R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais);

c) Credores quirografários: 64 (sessenta e quatro) credores representando 88,89% votaram pela aprovação do plano a aprovação do plano de recuperação judicial, com créditos equivalente a R\$ 9.999.119,29 (nove milhões, novecentos e noventa e nove mil, cento e dezenove reais e vinte e nove centavos);

d) Credores de microempresas e empresas de pequeno porte: 100% dos presentes votaram pela aprovação do plano de recuperação judicial representado por R\$ 91.838,89 (noventa e um mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e nove centavos).

Assim, pela letra fria da lei, a rejeição do plano, pelo agravante Banco Santander, que era o único credor na Classe II (garantia real), teria como fundamento o art. 45, da LRF, tendo em vista que não houve concordância de todas as classes.

Por outro lado, o art. 58, *caput*, da LRF, ressalta a previsão acima comentada, mas estabelece a possibilidade de controle judicial da rejeição por um dos credores, segundo os requisitos para essa situação excepcional, nos §§ 1º e 2º, do mesmo artigo:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II - a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III - na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Antes de adentrarmos na discussão do cumprimento dos requisitos para a aplicação do art. 58, §§ 1º e 2º, da LRF, vamos ao conceito básico do instituto, na sua origem norte-americana, onde é conhecido por *cramdown*, ou *cram-down*.

Vejamos o significado da palavra, segundo consulta realizada Dicionário Cambridge digital (inglês-inglês):

“ *Cramdown* ”

*Noun. Also cram-down/ˈkræmdaʊn/. Law. A court's approval of a bankrupt company's plan to pay its debts, that is given even if the people or companies that are owed money (= the creditors) do not approve: If creditors reject a repayment plan, the bankruptcy judge can force it on them anyway - a process inelegantly known as a cram-down.*¹

Tradução livre e não literal, feitas as devidas observações da linguagem jurídica brasileira, e sem a notação do fonema:

“*Empurrão garganta abaixo*”, “*goela abaixo*”, ou “*imposição forçada, violenta*”

Substantivo. Também cram-down. Direito. Uma aprovação da Corte de um plano de recuperação da companhia, para pagar seus débitos, que é concedido mesmo se as pessoas ou companhias que possuem o dinheiro (os credores), não aprovarem: se os credores rejeitam um plano de recuperação, o juiz da vara de recuperação e falência pode forçá-los de qualquer modo – um processo indelicadamente conhecido como “empurrão garganta abaixo”

Com exceção da generalidade do conceito e do termo “de qualquer modo”, a ideia foi bem definida no dispositivo legal acima anunciado, pois, no caso brasileiro, a legislação permite a aprovação do plano de recuperação, mesmo que ele tenha sido rejeitado por alguns credores, mas desde que obedecidos alguns requisitos cumulativos.

Portanto, segundo se observa pela origem deselegante do termo, o *cramdown*, no Brasil, não seria “empurrar” o plano rejeitado aos credores que não o aceitaram, mas sim corrigir essa rejeição, impondo, com respeito, o plano dos devedores (aqui seria imposição respeitosa), eis que há diversos princípios a serem obedecidos, para a aplicação do instituto, o qual guarda estreita ligação com o art. 47, da LRF (preservação da empresa, manutenção dos empregos e prestígio aos interesses dos credores).

No caso em apreço, podemos observar que os requisitos previstos nos incisos I e II, do art. 58, da LRF (votos favoráveis de credores que represente mais da metade dos créditos e aprovação de 2 classes dos credores), foram cumpridos, sem que se possa questionar essa questão, pois, conforme visto à f. 7.210, as Classes I (trabalhista), III (quirografários), e IV (Microempresas), somam 93,38% dos votos e 53,33% dos créditos, e, é claro, são três Classes favoráveis à aprovação do plano, contra apenas uma (classe II, Garantia real).

A real insurgência fica por conta do inciso III, do art. 58, da LRF, que exige o voto favorável de 1/3 dos credores, na respectiva classe, conforme disciplinado no art. 45, §§ 1º e 2º, da mesma lei.

Isso porque, na Classe II, Garantia real, o Banco Santander (Brasil) S/A era o único representante; segundo a interpretação do agravante, a impossibilidade de preenchimento do requisito advém de ser impraticável haver 1/3 dos votos na aludida classe, porque este voto representa 100% de rejeição.

¹ <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/cramdown>

Todavia, o raciocínio é justamente o oposto, porque, uma vez havendo apenas um credor na Classe II, a busca de obtenção do mínimo de 1/3 ou 33,33% dos votos, tornou-se impossível aos credores que detêm maioria de votantes e de créditos, ficarem ao alvedrio de um só deles.

Nesse ponto, é que o juízo *a quo* entendeu por bem mitigar - e com muita razão - a exigência do inciso II, do art. 58, da LRF, pois nesse caso, restou demonstrada a abusividade da posição do único credor da Classe II, que possui um crédito de apenas R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), num universo de R\$ 19.342.068,18 (dezenove milhões, trezentos e quarenta e dois mil, sessenta e oito reais e dezoito centavos).

Além disso, além da desproporcionalidade da imposição da vontade de um único credor sobre a maioria, há mais elementos, não expostos na decisão e não enfrentados pelo agravante, que demonstram o respeito do plano ao interesse do credor dissonante.

Consta às f. 7.177-7.180 dos autos originários que o plano de recuperação prevê as seguintes formas de pagamento: Classe I – Trabalhista, integralidade do crédito, valor a ser pago em 12 meses); Classe II – Garantia real = deságio de 30%, carência de 01 ano de juros e amortização, incluído no prazo de 96 meses (8 anos); Classes III e IV – Quirografários e Microempresas = deságio de 75%, carência de 02 anos de juros e amortização, incluído no prazo de 144 meses (12 anos); Extraconcursal, deságio de 70%, carência de 02 anos de juros e amortização, incluído no prazo de 144 meses (12 anos);

Por essas razões, não há se falar em tratamento diferenciado (prejudicial) ao credor dissonante, conforme prevê o § 2º, do art. 58, da LRF, menos entre ele e a maioria, a qual, inclusive, votou pela aprovação do plano, mesmo sofrendo os maiores sacrifícios (trabalhista, quirografários e microempresa).

Desse modo, claramente possível a aplicação do *cramdown* ou, melhor traduzindo para o nosso sistema, da “imposição respeitosa”, ou “aprovação de ofício”, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais, levando-se em conta a mitigação de um deles, sob pena de malferimento do objetivo maior da recuperação judicial, que é a preservação da empresa.

Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO EMPRESARIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PLANO – APROVAÇÃO JUDICIAL – CRAM DOWN – REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005 – EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO – POSSIBILIDADE – PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o “abuso da minoria” ou de “posições individualistas” sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58. 3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.

4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois “presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfêz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes” (f. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei

exige “mais” de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

6. Recurso especial não provido. (REsp 1337989/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018)

Com base nesses fundamentos, fica rejeitado o argumento atinente à inaplicabilidade do art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101/2005, e, conseqüentemente, não há como afirmar que o grupo econômico em recuperação tenha agido de forma abusiva contra o agravante.

Isso porque a maioria dos credores aprovou o plano (especialmente aqueles que atuam diretamente na produção: trabalhadores e a maioria dos fornecedores, vide lista de f. 7.245-7.249), cujos critérios econômico-financeiros não podem ser objeto de apreciação judicial, em razão de a tarefa do Poder Judiciário, quanto ao plano, limitar-se ao juízo de legalidade.

Alegação de ausência de previsão de falência, no caso de descumprimento do plano (f. 19).

Nesse ponto, também não tem razão o agravante.

É que a decisão que homologou o plano de recuperação, ao finalizar, mencionou expressamente essa possibilidade, de modo que nada pode o recorrente se insurgir, pois, em que pese não haver declaração expressa nesse sentido no plano, trata-se de consequência prevista em lei, o que justificou a sua referência no momento da homologação, em razão do controle de legalidade feita pelo juízo singular nesse aspecto.

Transcrevo, novamente, a decisão agravada, na parte específica sobre o tema (f. 7.292, dos autos originais):

“(…)

De outra parte, é oportuno sublinhar que, caso não cumprido o plano apresentado, as recuperandas sujeitam-se aos efeitos do disposto no art. 73 da Lei 11.101/2005, cabendo ao administrador judicial fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano, conforme expressamente previsto no art. 22, II “a” a “d”, do mesmo diploma legal.

Fica, assim, afastada mais essa alegação.

Esvaziamento do instituto da supervisão judicial, devido ao prazo de 2 anos, concedido na decisão.

Sustenta o agravante que a decisão acabou por permitir que o prazo de supervisão judicial perca o sentido, haja vista que a carência é de 02 anos, para a Classe II (Quirografária), que torna sem eficácia a norma insculpida no art. 61, § 1º, da LRF, o qual possui a seguinte redação:

“(…) Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.”

Na decisão agravada, houve previsão de que *“As empresas devedoras permanecerão em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações que se vencerem até 2 (dois) anos desta decisão, conforme disposto no art. 61 da Lei 11.101/2005.”*

Por outro lado, o plano de recuperação estabeleceu que a carência para o pagamento das obrigações aos credores das Classes III (quirografária) e IV (microempresas), seja de 02 anos, incluído no cômputo dos prazos de pagamento, ambos de 144 meses (12 anos), ou seja, desses 12 anos, somente no terceiro ano a contar da aprovação do plano.

De fato, quando iniciado o cumprimento das obrigações, quanto a esses credores, já terá se encerrado o período de fiscalização, tornando inútil a previsão legal e mesmo a eficácia da própria decisão.

A despeito de não haver decisões que tratem expressamente desse tema, no STJ (muitos casos chegam à Corte Superior, mas são conhecidos em parte, ou inadmitidos em razão da Súmula 7, do próprio STJ), restando a busca prejudicada nesse âmbito.

Entretanto, nas Cortes Estaduais, especialmente o Tribunal de Justiça de São Paulo, o entendimento é harmônico no tocante à preservação do objetivo da lei, que é permitir que a carência não seja utilizada como uma forma de os devedores se esquivarem da supervisão judicial, e, portanto, evitarem criação de óbice à decretação de falência, no caso de descumprimento inicial do que foi planejado.

Antes de fazer referência aos casos semelhantes, deve ser anotado que, no âmbito do TJ/MS, o único resultado de pesquisa jurisprudencial positivo, quanto ao assunto supervisão judicial x carência, é o Agravo de Instrumento nº 1410381-19.2016.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira, julgado em 19/07/2017, mas no caso concreto examinado a empresa recuperanda previu carência de 01 ano, situação que não acarreta prejuízo à norma do art. 61, § 1º, da LRF.

Por outro lado, no TJ/SP, há diversos julgados no sentido mencionado pelo agravante, senão veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – R. DECISÃO AGRAVADA QUE CONVOLOU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA – INÍCIO DO BIÊNIO DE SUPERVISÃO QUE DEVE SER FIXADO NÃO NA DATA DA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO/CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, MAS SIM A PARTIR DO FINAL DO PRAZO DE CARÊNCIA ESTABELECIDO – RESGUARDO DA EFICÁCIA DA FISCALIZAÇÃO JUDICIAL – PRECEDENTES. Fixação do biênio fiscalizador, de 15/2/2013 a 15/2/2015. Concedida oportunidade de realização de depósitos judiciais, antes não possibilitados pelo juízo de primeiro grau. Administrador judicial que opinou pela suficiência dos valores para a liquidação dos créditos vencidos no biênio. Ausência de impugnação específica por parte dos credores. Decreto de quebra afastado. Retomada da recuperação judicial. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido, com observações. (TJSP; Agravo de Instrumento 2178119-56.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/11/2018; Data de Registro: 22/11/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA LEGALIDADE DAS ESTIPULAÇÕES PELO PODER JUDICIÁRIO – PRAZO PARA PAGAMENTO DE 15 ANOS E EM PARCELAS ANUAIS – CARÊNCIA DE 24 MESES E DESÁGIO DE 60% – JUROS DE 2% AO ANO – AUSÊNCIA DE ABUSO E/OU ILEGALIDADES – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DO PRJ MANTIDA – PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA QUE O PRAZO DE SUPERVISÃO JUDICIAL SEJA CONTADO APÓS O DECURSO DO PRAZO DE CARÊNCIA – FLEXIBILIZAÇÃO DA CONTAGEM DO PRAZO DE SUPERVISÃO JUDICIAL, A FIM DE QUE PASSE A FLUIR DO TERMO FINAL DO PRAZO DE CARÊNCIA PREVISTO NO PLANO – PRECEDENTES DAS CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL DESTA CORTE – Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2137276-15.2018.8.26.0000; Relator (a): Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 24/09/2018; Data de Registro: 01/10/2018)

APELAÇÃO – SENTENÇA DE ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PERÍODO DE SUPERVISÃO JUDICIAL. Aprovação de aditivo do plano de recuperação judicial após o prazo dois anos a contar da concessão da recuperação judicial e antes da sentença de encerramento. Possibilidade. Termo inicial do biênio previsto no art. 61 da Lei 11.101/05 que deve corresponder ao término do maior prazo de carência. Efeitos da recuperação judicial que, ademais, perduram mesmo após a fluência do biênio legal, conservando-se a soberania da assembleia geral de credores. Precedentes do E. STJ. Sentença de encerramento anulada. Impossibilidade, contudo, de homologação do aditivo diretamente em grau recursal, dada a necessidade de prévia intimação das partes e do administrador judicial para verificar se houve o efetivo cumprimento do plano original ou se a hipótese é de convalidação em falência. Recurso do Banco credor improvido e da recuperanda provido em parte. (TJSP; Apelação 4004399-75.2013.8.26.0510; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Rio Claro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018)

Portanto, a solução mais adequada é definir que o período de supervisão judicial (02 anos), deve ter início após o término do período de carência, a fim de dar eficácia à determinação judicial, e respeito ao art. 61, § 1º, da LRF, merecendo reforma a decisão nessa parte.

Dação em pagamento em favor da Petrobrás, aluguéis e alegação de quebra de paridade entre credores fomentadores

Sustenta o agravante que a dação em pagamento, em favor da credora fomentadora (de insumos), Petrobrás S/A, é nula, porque haverá a entrega de dois imóveis à petroleira, além de pagamento de aluguéis, sem contrapartidas em favor do grupo em recuperação.

Além disso, questiona o valor dos aluguéis, pois não foi juntada a avaliação dos bens e a perspectiva de mercado de locação, o que poderia levar a distorções quanto às despesas da recuperanda.

Sem razão a recorrente, no entanto.

De fato, pelo que consta na ata da assembleia geral, de 13/07/2018, não houve a juntada de laudo de avaliação ou equivalente, sobre o valor de mercado dos aluguéis a serem pagos à Petrobrás pelo grupo em recuperação, mas a proposta feita na data da assembleia, e prevista no plano, como forma de recomposição do capital operacional, por meio de disponibilização de valores e a manutenção do fornecimento.

O fato é que, uma vez afastada a rejeição do plano pelo único credor da Classe II, por meio do *cramdown*, conforme já defendido acima, tem-se que os credores das demais classes, por maioria, aprovaram o plano de recuperação, incluindo a dação em pagamento, que é prevista no art. 50, IX, da Lei nº 11.101/2005, sem as condicionantes que o agravante busca estipular por intermédio do presente recurso.

Assim, não há se falar em nulidade da dação em pagamento, pois a lei não prevê como requisito a apresentação de laudo de avaliação ou medida equivalente, ficando as condições econômicas do ajuste sob a tutela meramente negocial, salvo a demonstração de fraude ou má-fé, o que não é o caso dos autos, não cabendo ao recorrente questionar valor de aluguel combinado entre as partes.

Ademais, a dação em pagamento de dois imóveis (matrículas 54.872 e 77.688), pelo valor de R\$ 6.372.689,68 (seis milhões, trezentos e setenta e dois mil, seiscentos e oitenta e nove reais e sessenta e oito centavos), servirá para melhorar o perfil econômico das empresas em recuperação, algo que poderá ser objeto de fiscalização, dentro do período de supervisão, aliás, é para isso que o instituto funciona.

Basta fazer um cálculo simples para perceber que, com a manutenção dos postos de gasolina e derivados, da bandeira Petrobrás, por um aluguel mensal de R\$ 23.838,00, pelo prazo de 03 anos, gerará um custo de R\$ 858.160,00, sendo certo que, com a dação em pagamento, os postos terão uma entrada forte o bastante (mais de 6 milhões) para que a atividade seja lucrativa no período.

Por último, resta indagar qual a serventia de insurgência do agravante, no que tange à suposta quebra de paridade entre os credores fomentadores de insumos, pois, o plano foi apresentado a todos e submetido à assembleia geral, sendo a Petrobrás a única interessada em fazer proposta concreta, até porque seu ramo de negócio tem relação direta com os imóveis dados em pagamento e o tipo de atividade econômica ali realizada.

Desse modo, fica afastada a tese de nulidade da dação em pagamento.

Liberação das garantias reais e fidejussórias e suspensão das ações contra os coobrigados.

Quanto a esse tópico, argumenta que a homologação do plano não poderia gerar a liberação das garantias prestadas por terceiro e as ações correspondentes (item 7, do plano, f. 7.181 e 7.182 dos autos originários).

Consoante seu entendimento, tanto o plano de recuperação quanto a decisão que o homologou, violam as normas inscritas nos artigos 49, § 1º, e 59, da Lei nº 11.101/2005. Confira-se o seu conteúdo:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Ao analisar o plano, já aditado segundo a própria descrição de página feita pelo agravante (f. 7.181-7.182 dos autos originários), tem-se as seguintes previsões:

(...) Este PRJ, uma vez aprovado, opera a novação de todos os créditos e obrigações a ele sujeito, em conformidade com o inciso IX do art. 50 da LRF.

A homologação judicial do PRJ acarretará a automática liberação de todas as garantias reais (bens móveis, imóveis e anticrese) e fidejussórias, respeitando as regras do artigo 50 da Lei 11.101 de 2005 e os paradigmas do REsp 1532943/MT(2015/0116344-4).

Dessa forma, com a aprovação do presente plano acarretará na concordância expressa dos credores na suspensão das ações judiciais contra as recuperandas, avais, fiadores e coobrigados, dos créditos sujeitos ao presente PRJ, ficando convencionado que com o cumprimento integral do PRJ se operará a quitação dos débitos, não tendo nada mais a ser reclamadas pelos credores com relação as recuperandas e eventuais avais, fiadores e coobrigados, e quando finalizando o cumprimento do PRJ, deverá ser extinta as eventuais ações de execuções.

Somente no caso de descumprimento do presente PRJ é que se poderá ser intentado ou prosseguida, eventuais demandas contra avais, fiadores e coobrigados.

Faz-se a ressalva de que, para a liberação de gravames decorrentes de garantias prestadas, desde que formalizadas de acordo com a legislação vigente, as recuperandas deverão respeitar a regra do § 1º do art. 50 da LRF, devendo o credor, na hipótese de recusa, justificar sua decisão.

As empresas do Grupo Pioneiro poderão, a qualquer tempo, após a homologação deste PRJ, alienar diretamente, respeitando as formalidades legais e previstas nesse plano, locar, arrendar, remover, onerar ou oferecer em garantia quaisquer bens de seus ativos, buscando adequar as estruturas das empresas, as necessidades dos negócios, bem como, o cumprimento deste PRJ.

Pelo teor das hipóteses estabelecidas no plano, há previsões aparentemente contraditórias ou que não poderiam ser realizadas, na prática, ou mesmo esbarram na previsão legal.

Na primeira parte, as empresas em recuperação afirmam que a homologação do plano irá acarretar automática liberação de todas as garantias reais e fidejussórias, respeitadas as regras do artigo 50 da Lei 11.101/2005.

Do ponto de vista da referência ao comando legal, o plano estaria correto, pois a liberação, tal como estabelecida, vincula este fato à obediência ao artigo 50, da LRF (e o parágrafo único, à falta de restrição nesse sentido), todavia, há contradição em relação ao termo “automática”, antes referido, porque o dispositivo legal exige concordância do credor, para que tenha eficácia.

E, ao compulsar os autos, verifica-se que, a despeito da homologação do plano de recuperação, na assembleia geral de credores, não houve concordância expressa de credor algum, no tocante a essas liberalidades (liberação de garantias e suspensão das ações contra os coobrigados), muito pelo contrário, há algumas discordâncias veementes, registradas na ata da reunião, ocorrida em 13 de julho de 2018 (f. 7.208-7.214, dos autos originários).

Portanto, não há anuência do agravante, nem dos demais credores, sobre a liberação das garantias pessoais/fidejussórias/reais (item 7 do PRJ, f. 7.181 dos autos originários), e à suspensão das ações e/ou medidas em face dos avalistas, fiadores, garantidores (item 7, f. 7.182 dos autos originários), de modo que essa ressalva deveria ter sido feita na decisão que homologou o plano (não que isso impeça a aprovação).

Este também é o entendimento do STJ sobre o tema:

“DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO DO PLANO – NOVAÇÃO SUI GENERIS – EFEITOS SOBRE TERCEIROS COOBIGADOS – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – DESCABIMENTO – MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS – ARTS. 49, § 1º E 59, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/2005. 1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei nº 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei nº 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas ‘mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia’, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005). 2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral. 3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial. 4. Recurso especial não provido” (REsp 1.326.888/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe 5/5/2014).

Assim, a homologação deve ser mantida, mas no tocante às garantias e à suspensão das ações, a decisão de f. 7.284-7.293, integrada pelo julgamento dos embargos, f. 7.443-7.450, deverá haver a ressalva de que ficam mantidas as garantias reais e fidejussórias e sem a suspensão de ações contra os avalistas e coobrigados.

Ressalto que não cabe a aplicação do entendimento jurisprudencial mencionado no plano de recuperação (f. 3.834), pois o REsp nº 1.532943/MT trata da possibilidade de supressão das garantias reais e fidejussórias, quando a maioria dos credores aprovarem o plano nesse sentido, o que não é o caso dos autos em que houve rejeição em assembleia, com discordância quanto a esse tema, e a aplicação do *cramdown*, sendo uma excepcionalidade, deve apenas ser visto como um mecanismo que possibilita a homologação do plano de um modo geral, mas sem o afastamento dos direitos individuais dos credores.

Da alienação da unidade produtiva Pioneiro Supermercados: alegação de perda patrimonial, sem pagamento das dívidas, e inobservância dos artigos 60 e 142, da Lei de Recuperação e Falências.

A decisão agravada, especialmente no julgamento dos embargos declaratórios, acatou o pedido de alienação de unidade produtiva, e contra essa determinação o recorrente também se insurge.

O recurso não merece provimento, nesse ponto.

Isso porque, no plano de recuperação, que contou com voto favorável da maioria dos credores, houve expressa previsão de que a empresa recuperanda poderia efetuar a alienação de ativos, e que, no caso de bens com garantia real ou fiduciária, haveria a remissão integral da dívida, nas condições do plano.

No tocante à autorização para a alienação de unidade produtiva, não tem razão o agravante, pois no plano homologado, houve previsão da venda, justamente em razão da capacidade de geração de caixa, utilização do dinheiro para formação de capital de giro, pagamento de credores, medidas que servem para apoiar o princípio da preservação da empresa, na parte em que ela está produtiva, não havendo se falar em violação aos artigos 179, IV, da Lei nº 6.404/76, e 47, da Lei nº 11.101/2005.

Por outro lado, a juíza singular adotou todas as cautelas previstas nos artigos 60 e 142, da Lei nº 11.101/2005, os quais possuem as seguintes redações:

“(...) Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.”

“Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I - leilão, por lances orais;

II - propostas fechadas;

III - pregão.

§ 1º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.”

Ora, a decisão, ao homologar o plano, consignou expressamente que a alienação deverá obedecer ao que dispõem os artigos 60 e 142, da LRF, senão veja-se:

“No tocante à previsão de alienação de ativos permanentes constante no plano de recuperação judicial, assinalo que a venda ou trespasse de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor deverá observar uma das modalidades previstas no art. 142 da Lei 11.101/2005, por força do que dispõe o art. 60 do mesmo diploma legal.”

Quando do julgamento dos embargos, os detalhes sobre os requisitos para a alienação da unidade produtiva foram ainda mais esclarecedores, *in verbis*:

“(...) No caso em tela, entendo perfeitamente possível a realização da venda perquirida pela parte autora, isto porque referida possibilidade encontra-se prevista no plano de recuperação judicial homologado por este juízo, além de não ter havido qualquer proposta com valor superior àquela juntada às f. 7.323-7.340.

Segundo a cláusula 6.1.1 do plano de recuperação judicial as recuperandas podem efetuar a venda individualizada de seus ativos, utilizando o dinheiro da alienação do bem para formação de capital de giro ou pagamento de credores, ficando ao seu critério.

Ademais, o administrador judicial opinou favoravelmente à referida alienação, apenas ressalvando a apresentação pelas recuperandas de laudo de avaliação, já que a venda deverá respeitar o valor mínimo de 60% (sessenta por cento) do valor de mercado do bem a ser calculado por laudo de avaliação apresentado pelas recuperandas.

(...)

Destarte, considerando que as recuperandas cumpriram com o requisito elencado como essencial pelo administrador judicial, qual seja, a apresentação de laudo de avaliação, não vejo óbice à concretização da venda, notadamente porque o fruto da mesma será revertido para o fluxo da empresa, observando assim o princípio da preservação social da empresa.

Ante o exposto, conheço dos embargos apresentados às f. 7.298-7.302; 7.306-7.307 e f. 7.308-7.314, mas nego provimentos aos mesmos, por não vislumbrar a alegada omissão, permanecendo a sentença tal qual lançada nos autos.

Sem prejuízo, com supedâneo no art. 60 da Lei 11.101/05 e 142, inciso I da mesma Lei, defiro a alienação da unidade produtiva da Pioneiro Supermercados, localizado na Paranaíba/MS, na avenida Major Francisco Faustino Dias, nº 420, em conformidade com a proposta apresentada às f. 7.323-7.340.

Não tendo havido proposta com lance maior do que aquela apresentada às páginas supraditas, homologo a proposta apresentada pela empresa ABC Comércio de Alimentos Ltda., e determino, após o trânsito em julgado dessa decisão, a expedição de carta de arrematação da unidade produtiva do Pioneiro Supermercados Ltda, abrangendo os ativos imobilizados e o fundo de comércio, em favor da empresa supradita, livre de ônus e sem sucessão em relação ao passivo da recuperanda.

A venda deverá observar o disposto no artigo 60 c/c art. 142 da Lei 11.101/2005, com a intimação da imprensa oficial, nos termos da cláusula 6.1.1 do plano de recuperação aprovado, inclusive constando todas as informações necessárias com relação ao ativo (descrição, laudo de avaliação).

Os valores decorrentes da alienação deverão ser depositados na conta da recuperanda, que deverá prestar contas no processo de sua destinação para a recomposição dos estoques das unidades Produtivas, de acordo com a cláusula 6.1.1 do PRJ.”

De outro vértice, além do cumprimento das formalidades acima destacadas, houve manifestação do Ministério Público às f. 7.269-7.274, sobre o conteúdo do plano de recuperação e da ata da assembleia geral de credores, documentos nos quais havia referência à possibilidade de alienação de unidade produtiva.

Dispositivo

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Banco Santander (Brasil) S/A, para, em se reformando parte da decisão agravada, limitar a homologação do plano de recuperação judicial apenas às cláusulas que não ofendem os artigos 49, § 1º, e 59, da Lei nº 11.101/2005, ou seja, mediante o afastamento da previsão de liberação das garantias pessoais/fidejussórias/reais (item 7 do PRJ, f. 7.181 dos autos originários), e à suspensão das ações e/ou medidas em face dos avalistas, fiadores, garantidores (item 7, f. 7.182 dos autos originários), em razão da falta de autorização expressa dos credores, e estabelecer que o prazo de supervisão ministerial (art. 61, § 1º, da LRF), fixado na decisão, seja contado a partir do término da maior carência prevista no plano.

Sem honorários, tendo em vista que não se trata de recurso interposto contra decisão parcial de mérito ou em processo que tenha sido fixada a verba honorária em primeira instância.

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. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade nº 1401253-72.2016.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA—AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE—LEI MUNICIPAL—DISPÕE SOBRE ASSINATURA DE PLANTAS DE CONSTRUÇÃO DE MORADIA PARA PESSOAS DE BAIXA RENDA – NORMA PROGRAMÁTICA – INICIATIVA DO LEGISLATIVO – NÃO SE ENQUADRA EM MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO POR NÃO TRATAR DE ORÇAMENTO – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE COM O PARECER.

A Lei 5.621/2015 não trata de matéria orçamentária e sim assegura e promove o direito fundamental de moradia (artigo 6º da Constituição Federal) ao passo em que autoriza os profissionais lotados no Município de Campo Grande na área da construção civil a assinarem plantas de construção de moradia para pessoas de baixa renda. Assim, estabelece o artigo 23, inciso IX da Constituição Federal que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, portanto não há vício formal que enseje a declaração de inconstitucionalidade da lei sob análise uma vez que respeitada a iniciativa do legislativo para regulamentação da matéria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Prefeito Municipal de Campo Grande ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com a finalidade de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.621/2015 que autoriza engenheiros e arquitetos lotados na Prefeitura de Campo Grande a assinarem plantas, cedidas pelo Poder Executivo, para imóveis com área construída de até 70m².

Para tanto, sustenta que a lei municipal padece de vício formal uma vez que o legislativo disciplinou sobre matéria privativa do Chefe do Executivo Municipal em desrespeito à harmonia e independência entre os Poderes.

A liminar para suspender a eficácia da lei foi indeferida por unanimidade pelo Órgão Especial (f. 44-47).

A Câmara Municipal apresentou manifestação (f. 57-60) argumentando ausência do vício apontado considerando que o tema “moradia” tratado pela lei é de competência concorrente.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou (f. 67-74) pela improcedência da ação.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Prefeito Municipal de Campo Grande ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com a finalidade de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.621/2015 que autoriza engenheiros e arquitetos lotados na Prefeitura de Campo Grande a assinarem plantas, cedidas pelo Poder Executivo, para imóveis com área construída de até 70m².

Para tanto, sustenta que a lei municipal padece de vício formal uma vez que o legislativo disciplinou sobre matéria privativa do Chefe do Executivo Municipal em desrespeito à harmonia e independência entre os Poderes.

Considerando que a lei possui apenas 6 artigos, importante colacionar seu teor para uma análise do tema, senão vejamos:

“LEI n° 5.621, DE 19 DE OUTUBRO DE 2015.

DISPÕE SOBRE A ASSINATURA DE PLANTAS DE CONSTRUÇÃO DE MORADIA PARA PESSOAS DE BAIXA RENDA POR ENGENHEIROS E ARQUITETOS LOTADOS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Faço saber, que a Câmara Municipal de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, aprova e eu, Flávio César, seu Presidente em exercício, promulgo nos termos do art. 42, § 7º da Lei Orgânica de Campo Grande-MS, combinado com o art. 29, inciso I, alínea “q” e art. 147, § 5º, ambos do Regimento Interno, a seguinte Lei:

Art. 1º Autoriza os engenheiros e arquitetos lotados na Prefeitura Municipal de Campo Grande assinarem plantas, cedidas pelo Poder Executivo, para imóveis com área construída de até 70 m².

Parágrafo único. Será concedida apenas 01 (uma) assinatura de planta para cada proprietário de imóvel.

Art. 2º Os beneficiários serão pessoas com renda familiar comprovada de no máximo 02 (dois) salários mínimos e sujeita à análise técnica.

Art. 3º O Poder Executivo poderá firmar parcerias com as instituições de ensino e os conselhos de classe para estarem contribuindo de forma técnica através de estagiários ou demais profissionais da área da construção civil na execução do presente projeto.

Art. 4º O Poder Executivo poderá conceder até 100 (cem) assinaturas de plantas por mês.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias do Poder Executivo, suplementadas se necessário.

Art. 6º Caberá ao Poder Executivo regulamentar a presente Lei em 90 (noventa) dias, dando diretrizes e criando normas para sua perfeita aplicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

O autor afirma que a lei é inconstitucional por infringência ao artigo 61, § 1º, II, alínea b da Constituição Federal (matéria orçamentária), aplicável, por analogia, aos municípios em congruência com o princípio da simetria (artigo 29 da Constituição Federal).

É certo que os comandos normativos que estabelecem a iniciativa privativa ou reservada para iniciativa de lei em relação a matérias específicas devem ser tratadas como exceção, ou seja, interpretadas restritivamente.

Ao contrário do que argumenta o autor, referido texto de lei não trata de matéria orçamentária e sim assegura e promove o direito fundamental de moradia (artigo 6º da Constituição Federal) ao passo que autoriza os profissionais lotados no Município de Campo Grande na área da construção civil a assinarem plantas de construção de moradia para pessoas de baixa renda.

Assim, estabelece o artigo 23, inciso IX da Constituição Federal que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, confira-se:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Nesse contexto, normas de conteúdo programáticos são atribuição do legislativo e não do chefe do executivo, conforme se extrai do Texto Magno, artigos 48, a saber:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

XII - telecomunicações e radiodifusão;

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I”.

Não é diferente a disposição da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, em razão do princípio da simetria, extraído do artigo 62:

Art. 62. Cabe à Assembléia Legislativa, com sanção do Governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

I - tributos, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública;

III - planos e programas estaduais e regionais de desenvolvimento;

IV - criação e extinção de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos;

V - transferência temporária da sede do governo estadual;

VI - aquisição, alienação, arrendamento e cessão de bens imóveis do Estado;

VII - criação, incorporação e subdivisão de Municípios;

VIII - fixação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;

IX - concessão de anistia, isenção e remição tributária ou previdenciária e incentivos fiscais;

X - organização administrativa e organização e divisão judiciárias, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

XI - criação, estrutura e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública.

Observa-se que não há vício formal que enseje a declaração de inconstitucionalidade da lei sob análise uma vez que respeitada a iniciativa da câmara para regulamentação da matéria.

O Procurador-Geral de Justiça em sua manifestação asseverou:

“O fato da lei autorizar profissionais da construção civil lotados no Município de Campo Grande a assinarem as plantas para os hipossuficientes, com todos os demais requisitos que tais assinaturas implicam, não caracteriza inovação na ordem jurídica acerca das atribuições da Secretaria de Meio Ambiente ou da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande, sendo certo que também não procede a alegação de inconstitucionalidade por eventual aumento de despesa para o Executivo ocasionada pela lei. Não há na Constituição Federal ou Estadual nenhum dispositivo que embase esta assertiva” f. 73

Ademais, o fato isolado de o projeto de lei criar despesas para o município não autoriza, por si só, a declaração de sua inconstitucionalidade, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal:

Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil --- matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. (ADI 3394, Minº Eros Grau, Tribunal Pleno, 02.04.2007, DJe-152 15-08-2008)

Como visto, não há qualquer vício que macule a Lei 5.621/2015 a ensejar sua extinção do ordenamento jurídico.

Posto isso, com o parecer, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0843441-34.2013.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – JUSTIÇA GRATUIDA DEFERIDA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA – MÉRITO – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE JUDICIAL – NÃO COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – FALSA DECLARAÇÃO DE POBREZA – AUSÊNCIA DE CRIME – NÃO COMPARECIMENTO NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – ADVOGADO COM PODERES ESPECÍFICOS – PEDIDO DE COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Se na época o apelado Sr. Getúlio era considerado representante da empresa, resta demonstrada sua legitimidade ativa para pleitear o direito de prestação de contas de valores em favor da empresa.

Mantém-se por ora os benefícios da assistência judiciária ao autor Oswaldo Siqueira dos Santos por não haver nos autos prova contrárias à hipossuficiência.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC nº 261.074, decidiu que a falsa declaração de pobreza no processo não configura crime.

Não há falar na aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça quando a parte que não comparece a audiência de conciliação está representado por seu advogado com poderes específicos na negociar e transigir, nos termos do art. 334, § 10, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento a recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

João Rafael Sanches Florindo apela da sentença que, nos autos da ação de prestação de contas manejada por Getulio Siqueira dos Santos e Osvaldo Siqueira dos Santos, julgou procedente a ação e apurou o crédito de R\$ 6.458,48 a ser pago pelo requerido em favor dos autores.

Inicialmente, pede a concessão da gratuidade judicial.

Alega a ilegitimidade ativa do Getúlio Siqueira dos Santos, pois este não é legítimo para representar a empresa Mercearia Cruzeiro Ltda. - ME e, por conseguinte, também não é legítimo para propor a presente ação.

Sustenta que como a assistência judiciária concedida ao autor Getúlio foi revogada, os efeitos também deveriam abranger o outro autor, Sr. Osvaldo. Pede também que os autos sejam encaminhados para o Ministério Público para apuração de crime, em razão dos autores terem formulado documento falso que declaram a sua pobreza.

Relata que o autor Osvaldo não compareceu na audiência de conciliação, sem qualquer justificativa como determina a lei. Aduz que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor de causa.

Argumenta que “*entende o Recorrente ser necessário a inclusão das obrigações nos processos assistidos com a compensação do que pretende o Embargado fazendo realmente uma apuração de haveres o que no presente caso não ocorreu.*” (f. 139).

No desfecho, requer:

“a)- Requer em face das situações apresentadas seja o presente processo, se não reformado pelo Colégio, o mesmo seja devolvido ao Juízo de primeiro grau para, com base em todos os atos aqui levantados seja proferida nova decisão apurando realmente os haveres com os débitos e créditos enfrentando o pedido contraposto;

b) - Não sendo esse o entendimento deste Colegiado que seja recebido o presente Recurso de Apelação concedendo os benefícios da gratuidade judiciária Ao Recorrente, com base nos documentos apresentados e que poderão ser conferidos com toda a liberdade.

c) - Seja declarada a ilegitimidade de parte do Sr. Getulio Siqueira dos Santos pelas razões elencadas;

d) - Seja acolhido e processado como Contraposto os argumentos da defesa com base em todos os documentos que foram acostados conforme mencionado nas razões acima;

e)- Seja promovida as medidas judiciais passíveis pela falsidade praticada pelo Sr. Getulio Siqueira e seu sócio Osvaldo Siqueira declarando ato falso em documento utilizado no judiciário;

d) - Declarar a ausência com as conseqüências que o ato requer em face da ausência do Sr. Osvaldo Siqueira da Audiência de Conciliação sem justificar ou outorgar mandato específico para terceiro representá-lo.” (f. 143)

Contrarrazões às f. 153-159, pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Colhe-se dos autos que Getúlio por Getulio Siqueira dos Santos e Osvaldo Siqueira dos Santos alegaram, resumidamente, que eram os únicos sócios da empresa Mercearia Cruzeiro Ltda. - ME e que em 2007 contrataram os serviços advocatícios do requerido João Rafael Sanches Florindo para o ajuizamento de ação indenizatória em face da Brasil Telecom S/A.

Relatam que a ação foi julgada procedente e o advogado requerido realizou o levantamento do valor depositado na conta vinculada de titularidade da sociedade, totalizando R\$ 7.598.22 em 06/11/09, sem, contudo, prestar contas e repassar os valores.

Diante disso, manejaram a presente ação de prestação de contas.

O sentenciante entendeu pela procedência da demanda, informando que restou apurado o crédito de R\$ 6.458,48 em favor dos autores e, por conseguinte, condenou o requerido ao pagamento deste valor.

Em seguida, adveio o recurso *sub examine*.

Pedido de justiça gratuita

Defiro os benefícios da gratuidade judicial em favor do apelante, tendo em vista que os documentos juntados nos autos demonstram sua hipossuficiência (f. 145-150), nos termos do art. 98 do CPC.

Preliminar de ilegitimidade ativa

Em suma, alega a ilegitimidade ativa do Getúlio Siqueira para exigir a prestação de contas, porquanto quando representou processualmente a empresa Mercearia Cruzeiro Ltda. - ME, na ação indenizatória em face da Brasil Telecon S/A, deduziu que tanto o Sr. Osvaldo quanto o Sr. Getúlio eram representantes da empresa. Todavia, ao analisar o Contrato Social, verificou que o Sr. Getúlio nunca foi representante legal da empresa. Finaliza aduzindo que se o Sr. Getúlio não era legítimo para representar a empresa, muito menos é legítimo para propor a presente ação.

Pois bem. Sem razão.

Embora o Sr. Getúlio não seja o representante legal da empresa, aplica-se ao presente caso a Teoria da Aparência, principalmente em atenção ao princípio da boa-fé, tendo em vista que todas as ações que o apelante defendeu os interesses da empresa o Sr. Getúlio constou como representante, mesmo não havendo indicação no contrato social.

Portanto, se na época o apelado Sr. Getúlio era considerado representante da empresa, resta demonstrada sua legitimidade ativa para pleitear o direito de prestação de contas de valores em favor da empresa.

Assim, rejeito a preliminar.

Da falsa declaração de pobreza e pedido de revogação da gratuidade judicial

Afirma o apelante que os apelados assinaram a declaração de serem desprovidos de condições financeiras, sendo inclusive deferida a justiça gratuita para ambos. Todavia, na sentença o magistrado singular revogou o benefício da gratuidade judicial deferida em favor do apelado Getúlio, porque restou demonstrado que este não é hipossuficiente.

Diante dessa situação, alega que o apelado Getúlio infringiu o art. 299 do Código Penal ao emitir declaração falsa, devendo ser encaminhado ao Ministério Público este caso para providências no âmbito penal. Também defende que a revogação deveria abranger o apelado Osvaldo.

Quanto ao pedido de revogação da gratuidade judicial concedida em favor do apelado Osvaldo, como o apelante não trouxe provas que demonstrassem a ausência de hipossuficiência do apelado, deve ser mantida a benesse.

Sendo assim, mantenho por ora os benefícios da assistência judiciária ao autor Osvaldo Siqueira dos Santos por não haver nos autos prova contrárias à hipossuficiência.

No tocante ao pedido de encaminhamento dos autos para o Ministério Público, tenho que não é o caso, em razão de que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC nº 261.074, decidiu que a falsa declaração de pobreza no processo não configura crime. A propósito, colaciono o julgado:

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – DESCABIMENTO – CRIMES DE USO DE DOCUMENTO FALSO E FALSIDADE IDEOLÓGICA – DECLARAÇÃO DE POBREZA PARA OBTENÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – CONDUTA ATÍPICA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL –

AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM NÃO CONHECIDA – HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO – O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. – O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a mera declaração de estado de pobreza para fins de obtenção dos benefícios da justiça gratuita não é considerada conduta típica, diante da presunção relativa de tal documento, que comporta prova em contrário. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal.

À vista disso, também afasto o pedido de encaminhamentos dos autos para o *Parquet*.

Do ato atentatório à dignidade da justiça

Pede o apelante que o apelado Osvaldo seja multado pelo não comparecimento da audiência de conciliação, conforme art. 334, § 8º¹, CPC.

Embora o apelado Osvaldo não tenha comparecido na audiência de conciliação (f. 100), ele constituiu advogado, por meio de procuração específica, para negociar e fazer acordo em seu nome, conforme procuração (f. 7).

Portanto, aplica-se no presente caso o § 10 do art. 334, o qual prevê que “*a parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir*”, não havendo falar na aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, porquanto sua ausência não interferiu no regular andamento do processo.

Então, rejeito o pedido de aplicação de sanção em favor do apelado Osvaldo.

Do pleito reconvenicional

Sustenta o apelante que deve ser deferida a compensação, já que trabalhou para os apelados em ações trabalhistas e que até o momento não recebeu.

Em que pese a existência da dívida, o apelante não trouxe aos autos contrato ou qualquer outro documento que comprove que os apelados, seus clientes na época, autorizaram a retenção dos valores levantados na Ação de Indenização nº 0105184-88.2007.8.12.0001 para pagamento dos honorários contratuais devidos ao advogado apelante nas referidas ações trabalhistas.

Portanto, não havendo qualquer ajuste entre as partes autorizando a retenção dos valores da indenização recebida pelos apelados pelo apelante para quitação de débitos pendentes de pagamento, necessário reconhecer que o advogado, ora apelante, apropriou-se de forma indevida de valores pertencentes aos apelados.

Destarte, tal conduta configura exercício arbitrário das próprias razões, uma vez que o credor deve valer-se das medidas legais cabíveis para recebimento do seu crédito.

Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento apenas para deferir em favor do apelante os benefícios da gratuidade judicial.

¹ § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

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. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Órgão Especial

Mandado de Segurança nº 1408601-73.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO SEGURANÇA – CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – ATO PRATICADO PELO SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E DO GOVERNADOR – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL – REMESSA DOS AUTOS PARA JUÍZO COMPETENTE.

Há entendimento firmado neste Tribunal de que a legitimidade para responder acerca da suspensão/exclusão da Inscrição Estadual de empresa é do Superintendente da Administração Tributária, e não do Secretário de Estado de Fazenda ou do Governador.

Prevê o art. 34, do Anexo IV ao RICMS que o cancelamento da inscrição estadual é praticado pelo Superintendente de Administração Tributária.

Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente, nos termos do art. 64, § 3º, do CPC.

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, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e declarar a incompetência absoluta do Tribunal, remetendo-se os autos à 1ª Instância, com o parecer.

Campo Grande, 20 de março de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Araújo & Ravasco Ltda-ME impetra mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul que cancelou sua inscrição estadual junto ao Fisco estadual.

Afirma que em razão do atraso no pagamento de débito fiscal para com o Estado do Mato Grosso do Sul teve, sumariamente, cancelada a sua inscrição estadual, o que paralisou as suas atividades, e certamente ocasionará o fechamento da empresa neste Estado.

Defende que o cancelamento e não reativação da inscrição estadual pelas autoridades coatoras, em razão de condicionamento ao pagamento de débito estadual, traduz em flagrante arbitrariedade e ilegalidade.

No desfecho, pede a concessão da liminar para que as autoridades coatoras sejam compelidas a reativarem e expedirem sua inscrição estadual, sem o condicionamento de quitar as dívidas existentes junto à Fazenda Pública Estadual, bem como a concessão do *mandamus*.

A liminar foi deferida às f. 84-87.

O Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações às f. 99-107 alegando, em suma, sua ilegitimidade passiva e indicando como legitimado o Superintendente de Administração Tributária. No mérito, aponta a ausência de direito líquido e certo ao argumento de que o cancelamento da inscrição estadual é legítimo, ante a ausência de cumprimento da obrigação tributária. Pede, então, o acolhimento da preliminar de ilegitimidade e, quanto ao mérito, a denegação da ordem pleiteada.

A Procuradora de Justiça, por sua vez, no parecer de f. 117-126, opinou pelo acolhimento da preliminar e, subsidiariamente, pela concessão da segurança.

O impetrante foi intimado na f. 130 para manifestar acerca da preliminar de ilegitimidade passiva (art. 10, CPC).

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Araújo & Ravasco Ltda-ME em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, apontando como ato coator o cancelamento de sua inscrição estadual junto ao Fisco estadual.

O Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul defende a sua ilegitimidade passiva e também do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, haja vista que o ato questionado é o cancelamento da inscrição estadual da empresa impetrante.

Em mandado de segurança, a autoridade coatora legítima para figurar no polo passivo é aquela que pratica ou ordena a execução ou a inexecução de um ato, consoante art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/09.

Neste sentido, ensina Cassio Scarpinella Bueno que:

“[...] a autoridade coatora deve ser a pessoa física que, em nome da pessoa jurídica à qual esteja vinculada, tenha poder de decisão, isto é, de desfazimento do ato guerreado no mandado de segurança. Assim, o mandado de segurança não deve ser impetrado contra o mero executor da ordem, mas, na linha do que o referido dispositivo legal esclarece, contra quem tenha, efetivamente, decidido por sua prática e, em se tratando de ato omissivo, por sua abstenção. A autoridade coatora, pois, é a pessoa que ordena a prática concreta ou a abstenção impugnáveis. Não quem fixa as diretrizes genéricas para a produção dos atos individuais. Tampouco o mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas. A autoridade coatora deve ter competência para o desfazimento do ato. Trata-se, pois, de verificar quem tem função decisória ou deliberatória sobre o ato impugnado no mandado de segurança e não, meramente, função executória” (Mandado de Segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21 e 22) (g.n.).

No caso vertente, entendo que é caso de acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, porquanto há entendimento firmado neste Tribunal de que a legitimidade para responder acerca da suspensão/exclusão da inscrição estadual de empresa é do Superintendente da Administração Tributária, e não do Secretário de Estado de Fazenda ou do Governador, como se constata dos seguintes julgados:

MANDADO SEGURANÇA – CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – ATO PRATICADO PELO SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REMESSA DOS AUTOS PARA O PRIMEIRO GRAU. Nos termos do artigo 34, do Anexo IV ao RICMS, o cancelamento da inscrição estadual é praticado pelo Superintendente de Administração Tributária. Desse modo, o Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul é parte ilegítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança. A hipótese não comporta a incidência da Teoria da Encampação, que, segundo a jurisprudência do STJ,

é aplicável “sempre que, cumulativamente, estiverem cumpridos os seguintes requisitos: (i) discussão do mérito nas informações; (ii) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e (iii) inexistência de modificação de competência”. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado, deve ser declarada a incompetência absoluta deste Tribunal para processar e julgar o Mandado de Segurança, remetendo-o para a Primeira Instância (art. 64, §§ 1º e 3º do CPC). (TJMS. Mandado de Segurança nº 1413795-88.2017.8.12.0000, Foro Unificado, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 05/03/2018, p: 05/03/2018) (g.n.)

MANDADO DE SEGURANÇA – CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL POR FALTA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL POR TRÊS PERÍODOS – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SECRETÁRIO DE ESTADO E FAZENDA – ATO PRATICADO PELO SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – INAPLICABILIDADE – ACOLHIMENTO – EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – MEDIDA QUE SE IMPÕE. Se a empresa impetrante está buscando se assegurar, mediante mandado de segurança, dos atos praticados pelo Superintendente de Administração Tributária, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1406825-72.2017.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 22/10/2017, p: 24/10/2017)(g.n.)

MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL DE PESSOA JURÍDICA – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA – ACOLHIDA – SEGURANÇA DENEGADA. 1. “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.” (art. 6º, § 3º Lei 12.016/2009). O ato apontado como coator (suspensão da inscrição estadual) foi veiculado pelo Ato Declaratório/SAT nº 059, de 24 de julho de 2017, da lavra do Superintendente de Administração Tributária, no uso de suas atribuições legais e no limite da sua competência. Por essa razão é este quem deve figurar no pólo passivo da impetração e não o Secretário de Estado da Fazenda, tendo em vista a inaplicabilidade da teoria da encampação ao caso dos autos. 2. Ordem denegada. (TJMS. Mandado de Segurança nº 0802459-82.2017.8.12.0018, Paranaíba, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 17/12/2017, p: 20/12/2017) (g.n.)

Os referidos julgados estão embasados no Anexo IV do Regulamento do ICMS, que dispõe ser o Superintendente de Administração Tributária a autoridade que responde pelo ato impugnado, vejamos:

“Art. 34. A suspensão e o cancelamento da inscrição estadual, exceto quanto ao disposto no art. 36, II, “d”, deverá ser objeto de Ato Declaratório exarado pelo Superintendente de Administração Tributária, publicado no Diário Oficial do Estado, para o conhecimento dos servidores fazendários, do contribuinte e de terceiros.”

Dessa forma, conclui-se que autoridade competente para figurar no polo passivo é o Superintendente de Administração Tributária.

Incontroverso, então, que o Governador do Estado e o Secretário de Fazenda não se enquadram, na hipótese em tela, no conceito de autoridade coatora. Aliás, Hely Lopes Meirelles, com precisão, elucida que “*incabível é a segurança contra a 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*” (in Mandado de Segurança. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67).

Ressalta-se, a propósito, que não é possível aplicar a Teoria da Encampação, pois não foram preenchidos os três requisitos cumulativos para tanto, quais sejam, existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; não haver modificação de competência e ter havido manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas¹.

¹ STJ. RMS n. 22383/DF. Segunda Turma. Relator Ministro Castro Meira. Publicação DJe 29.10.2008.

No caso, a despeito da hierarquia entre Superintendente de Administração Tributária e os impetrados, a correção do polo passivo enseja a alteração da competência jurisdicional, uma vez que não cabe ao Tribunal de Justiça julgar, originariamente, mandado de segurança impetrado em face de Superintendente. Por conseguinte, o julgamento do presente *writ* cabe ao juízo de primeira instância.

Ante o reconhecimento da ilegitimidade dos impetrados e, por corolário lógico, a incompetência deste Sodalício, o feito não deve ser extinto sem resolução de mérito, mas deve ser remetido para o primeiro grau a fim de que continue a ser processado pela autoridade competente, conforme prevê o art. 64, § 3º, do CPC, que “*caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.*”

Ante o exposto, com o parecer, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul e do Governador do Estado e, por conseguinte, declaro a incompetência absoluta deste Tribunal para processar e julgar o presente Mandado de Segurança, remetendo-o para a Primeira Instância (art. 64, § 3º do NCPC).

Custas pelo impetrante.

Deixo de condenar o impetrante ao pagamento dos honorários advocatícios, por expressa vedação legal (art. 25 da Lei 12.016/09).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva e declararam a incompetência absoluta do tribunal, remetendo-se os autos à 1ª Instância, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Absz Duarte, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 20 de março de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0800479-88.2013.8.12.0035 - Iguatemi

Relator Designado Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR EMBARCAÇÕES OU SUAS CARGAS (DPEM) – ACIDENTE COM EMBARCAÇÃO NÃO IDENTIFICADA – NAUFRÁGIO/AFOGAMENTO – SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 6.194/74 – MÉRITO – CAUSA MADURA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – ACIDENTE FLUVIAL – FALTA DO PAGAMENTO DO PRÊMIO OU DA APRESENTAÇÃO DO BILHETE DO SEGURO – IRRELEVÂNCIA – REGULARIDADE DA EMBARCAÇÃO – DESNECESSIDADE – PROVA DO ACIDENTE E DO DANO (MORTE) – APLICAÇÃO DA LEI N. 8.374/91 – RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Versam os autos sobre cobrança de indenização do seguro obrigatório para cobertura de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga (DPEM), instituído pela Lei 8.374/91, que pode ser exigida de qualquer seguradora integrante do sistema, assegurado o direito de regresso.

E, no caso de morte, basta a simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, a teor do que dispõe o caput, do art. 8º, da referida Lei, para que seja devida a indenização.

Logo, não se exige a apresentação do bilhete do seguro para recebimento da indenização.

In casu, não sendo identificável a embarcação, qualquer seguradora é responsável pelo pagamento.

O valor a ser adotado para indenização, no caso, não pode ser aquele referente ao DPVAT, mas sim ao de regramento próprio ao Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga – Seguro DPEM que em caso de morte é atualmente estipulada em R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais).

Recurso conhecido e 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 maioria e de acordo com o art. 942, do CPC, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º Vogal, vencidos o Relator e o 1º Vogal, que lhe davam provimento em maior extensão.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Alyce Danyelli Silveira da Silva interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 137-140, proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Iguatemi/MS, nestes autos de ação de cobrança de seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga, ajuizado em face de Bradesco Vida e Previdência S/A, cuja ação foi extinta, sem resolução de mérito, pela ilegitimidade passiva da requerida, condenando a autora aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (f. 143-150), alega a apelante que a sentença deve ser reformada, uma vez que a Seguradora realizava e realizou a contratação do seguro DPEM – Seguro Obrigatório para embarcações, até 31/03/2016.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, com fundamento na Lei nº 8.374/91 e Decreto-Lei nº 73/1966, condenando a requerida ao pagamento do seguro obrigatório DPEM por morte do companheiro César Aparecido Peralta da Silva, vítima de acidente com embarcação em 03/03/2012, atualizado.

Em contrarrazões (f. 153-150), pugna a apelada pelo desprovisionamento do recurso.

VOTO (EM 24/10/2018)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alyce Danyelli Silveira da Silva contra sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação de cobrança de seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga, por entender que a seguradora Bradesco Vida e Previdência S/A é parte ilegítima, condenando-a aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (f. 143-150), alega a apelante que a sentença deve ser reformada, uma vez que a Seguradora realizava e realizou a contratação do seguro DPEM – Seguro Obrigatório para embarcações, até 31/03/2016.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, com fundamento na Lei nº 8.374/91 e Decreto-Lei nº 73/1966, condenando a requerida ao pagamento do seguro obrigatório DPEM por morte do companheiro César Aparecido Peralta da Silva, vítima de acidente com embarcação em 03/03/2012, atualizado.

Em contrarrazões (f. 153-150), pugna a apelada pelo desprovisionamento do recurso.

A sentença contra a qual se insurge a autora/apelante foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de ação de cobrança do seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações, ajuizada por Alyce Danyelli Silveira Da Silva, em desfavor da Bradesco Vida e Previdência S.A, ambos devidamente qualificados nos autos.

Enfatiza que é a única beneficiária da indenização do seguro obrigatório de DPEM.

Juntou documentos (f. 09/19).

Deferido o benefício da assistência judiciária gratuita e a inversão do ônus da prova (f. 20).

O requerido apresentou contestação (f. 27/36), arguindo, inicialmente, a necessidade de correção do pólo passivo da lide; em sede preliminar, alegou ilegitimidade da seguradora responder a demanda, por ausência de contrato de seguro, por embarcação não identificada e, por ser de responsabilidade do IRB - Instituto de Ressegros do Brasil. No mérito, sustenta em caso de reconhecimento da demanda, a aplicação correta dos juros, correção monetária e

dos honorários sucumbenciais. Sustenta a impossibilidade de inversão do ônus da prova pelo instituto do CDC. Ao final pugnou pela improcedência da ação.

Juntou documentos (f. 37-90).

Réplica as f. 97-100.

Sobre o pedido de correção do polo passivo da lide e da preliminar de ilegitimidade passiva, o feito foi decidido (f. 117-118).

Audiência realizada (f. 129).

Alegações finais apresentadas pelas partes (f. 130-132 e 133-136).

É o relato do essencial.

Fundamento e decido.

Cuida-se de Ação de Cobrança de seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações proposta por Alyce Danyelli Silveira da Silva em desfavor de Bradesco Vida e Previdência S.A, com correção do polo passivo para Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros.

Inicialmente convém pontuar que a preliminar arguida pela requerida, foi devidamente decidida.

Pois bem. Pretende a parte autora o recebimento do seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ao argumento de que, no dia 03/03/2012, seu marido César Aparecido Peralta da Silva após ter a embarcação afundada, veio a óbito por afogamento.

Alega não ter recebido nenhuma quantia indenizatória, apesar da Lei prever o seu direito.

Inicialmente, convém consignar que o DPEM é seguro obrigatório e decorre de expressa previsão legal.

Ademais, impera-se, aqui, o princípio da especialidade (“lex specialis derogat generali), de forma que, havendo uma norma geral e uma específica, esta será sempre aplicada em prejuízo daquela.

O cerne da questão está em verificar se, na hipótese, é imprescindível a exibição de bilhete de seguro, apólice ou qualquer outro documento, bem como ser comprovado o acidente e o dano, para fins de indenização.

De acordo com a Lei nº 8.374/91, o seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga (DPEM), tem por finalidade conferir cobertura a pessoas transportadas ou não, inclusive aos proprietários, tripulantes e/ou condutores das embarcações, e a seus beneficiários e dependentes.

O caput, do art. 8º, da referida Lei, dispõe que:

Art. 8º O direito à indenização relativa ao seguro referido no art. 2º desta lei decorre da simples prova do acidente e do dano, independentemente da existência de culpa.

Portanto, nos casos de morte, basta a simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa.

Além do mais, diante do caráter eminentemente social da norma em questão, que objetiva indenizar as vítimas ou os seus familiares em razão de acidentes envolvendo

embarcações marítimas, não pode, a seguradora, negar a indenização, pois esta decorre da lei, de caráter geral e abstrato, e não de um contrato.

Assim, a vítima ou seus herdeiros poderão solicitar o pagamento da indenização, dirigindo-se à qualquer seguradora que opere o seguro em referência.

É cediço ainda que a indenização em caso de acidente náutico decorre da simples prova do sinistro e do dano, independentemente da existência de culpa.

Importante destacar que a indenização é devida mesmo nos casos em que a embarcação é do tipo “não identificada” (ou seja, não é obrigatório o registro), conforme disposto no art. 10, da Lei 8.374/91:

Art. 10. A indenização por morte ou invalidez permanente, causada exclusivamente por embarcações não identificadas, será devida conforme dispuser o CNSP.

No caso, a embarcação não era identificada e sequer segurada.

A Resolução do CNSP nº 237, de 2011, alterou o art. 18 do Anexo I da Resolução CNSP N o 128, de 05 de maio de 2005, e assim determinou:

Art. 1º. O art. 18 do Anexo I da Resolução CNSP No 128, de 05 de maio de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 18 (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...).

§3º O pagamento das indenizações por morte e invalidez permanente, causadas exclusivamente por embarcações não identificadas, será feito pelo Fundo de Indenizações Especiais - FIE-DPEM pelo valor correspondente a 100% (cem por cento) do previsto nesta Resolução.

Na hipótese dos autos temos que o acidente ocorreu em 03/03/2012, a embarcação não era identificada, portanto, sob a regulação da Lei 8.374/91 e da Resolução 237/2011.

Nesse caso, forçoso reconhecer que a obrigação pela justa indenização é do Fundo de Indenizações Especiais - FIE-DPEM, sendo portanto, a requerida, parte ilegítima a figurar no polo passivo da demanda.

Ante ao exposto, julgo improcedente o pedido deduzido na inicial, por verificar ausência de legitimidade da requerida, o que faço com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Custas processuais pela autora, mas, por ser beneficiária da justiça gratuita, a exigibilidade resta suspensa, na forma e prazo do art. 98, § 3º, do CPC.

Em face da sucumbência, condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da ação (art. 85, § 2º do CPC), ficando suspensa, também, a sua exigibilidade a teor da gratuidade da justiça concedida.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Transcorrido o prazo recursal sem manifestação, certifique-se e remetam-se os autos ao arquivo.

A sentença usou indevidamente o termo improcedente, pois o fundamento do dispositivo é a ilegitimidade passiva, em que não se aprecia o mérito da ação, causando a extinção do feito sem resolução de mérito, dentre uma das hipóteses do art. 485 do CPC/2015. Embora entenda que o seguro é devido, acatou a preliminar de ilegitimidade passiva, por entender que a responsabilidade pelo pagamento do seguro em questão, cuja embarcação não é identificada é do Fundo de Indenizações Especiais - FIE-DPEM.

Contudo, embora seja certo que tendo a morte ou invalidez permanente sido causada exclusivamente por embarcações não identificadas o pagamento será feito pelo Fundo de Indenizações Especiais - FIE-DPEM (art. 10 da Lei nº 8.374/91 e § 4º, do art. 18, da Resolução nº 128/05), tenho que nada impede que a cobrança seja direcionada à seguradora que comercializava o seguro DPEM, ao menos até 2016, Bradesco Seguros.

Com efeito, a jurisprudência entende que a parte legítima para figurar no polo passivo de ação objetivando cobrança de indenização de seguro obrigatório de danos pessoais ocorridos em embarcações não identificadas, é de qualquer seguradora, a exemplo do que ocorre com o DPVAT:

APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO POR DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR EMBARCAÇÕES OU SUAS CARGAS (DPEM) – DESNECESSIDADE DE PROVA DO PAGAMENTO DO BILHETE DO SEGURO – LEGITIMIDADE PASSIVA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS REGRAS INERENTES AO DPVAT. AFOGAMENTO – CAUSA MORTIS SUFICIENTE – RECURSO CONHECIDO E IMPRÓVIDO – SENTENÇA MANTIDA Nos termos do artigo 8.º da lei nº 8.374/1991, o direito à percepção da indenização decorre da “simples prova do acidente e do dano, independentemente da existência de culpa”, de modo a dispensar a comprovação do pagamento do respectivo prêmio ou a colação do bilhete do seguro obrigatório. II - De qualquer seguradora componente do sistema do DPEM pode ser exigido o pagamento da indenização, a despeito de comprovação do liame contratual entre a embarcação e a empresa de seguros. III - O falecimento por afogamento é causa suficiente ao pagamento da indenização decorrente do DPEM. IV Apelação improvida. (TJAM, Relator: João de Jesus Abdala Simões, Terceira Câmara Cível, Data de Julgamento: 02/02/2015)

APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO POR DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR EMBARCAÇÕES OU SUAS CARGAS (DPEM) – DESNECESSIDADE DE PROVA DO PAGAMENTO DO BILHETE DO SEGURO – LEGITIMIDADE PASSIVA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS REGRAS INERENTES AO DPVAT. AFOGAMENTO – CAUSA MORTIS SUFICIENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – Nos termos do artigo 8.º da citada lei, o direito à percepção da indenização decorre da “simples prova do acidente e do dano, independentemente da existência de culpa”, de modo a dispensar a comprovação do pagamento do respectivo prêmio ou a colação do bilhete do seguro obrigatório. II - De qualquer seguradora componente do sistema do DPEM pode ser exigido o pagamento da indenização, independentemente de comprovação do liame contratual entre a embarcação e a empresa de seguros. III - O falecimento por afogamento é causa suficiente ao pagamento da indenização decorrente do DPEM. IV Apelação improvida. (TJAM, AC 0607144-34.2013.8.04.0001, Relator: João de Jesus Abdala Simões, Terceira Câmara Cível, Data de Julgamento: 28/09/2014)

Isso, por aplicação analógica dos artigos 7º, *caput* e 8º, da Lei nº 6.194/74, que dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não:

Art. 7º A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta lei.

Art . 8º Comprovado o pagamento, a Sociedade Seguradora que houver pago a indenização poderá, mediante ação própria, haver do responsável a importância efetivamente indenizada.

Assim, a preliminar antes acatada, deve ser afastada.

No mérito, afirma a seguradora que ao caso aplica-se a regra inserta na Lei 8.374/91, de modo que deve ser comprovada a contratação da seguradora da embarcação envolvida no acidente para fins de indenização, portanto, imprescindível a exibição de bilhete de seguro, apólice ou qualquer outro documento, o que não teria ocorrido na hipótese.

O cerne da questão está em verificar se, na hipótese, é imprescindível a exibição de bilhete de seguro, apólice ou qualquer outro documento, bem como ser necessária a identificação da embarcação causadora do sinistro.

Ora, o evento morte está comprovado pela certidão de óbito, e a jurisprudência é uníssona em entender que o pagamento do seguro é devido independentemente da exibição do pagamento ou da identificação da embarcação, além de não ser necessária a existência de dolo ou culpa.

A propósito:

AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPEM) – ILEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA REJEITADAS – ACIDENTE NÁUTICO – INDENIZAÇÃO – PROVA DO ACIDENTE E DO DANO -MORTE – FALTA DE PAGAMENTO DO PREMIO – PRESERVAÇÃO DA PARTE CABENTE À FILHA DO FALECIDO. I - A indenização referente ao seguro (DPEM) é devida quando os documentos apontam que a morte decorreu de acidente naval, provocado por embarcação de tráfego fluvial. II - A falta do bilhete do seguro obrigatório ou da comprovação de que o barco é segurado, não isenta a seguradora de pagar a indenização. III - Comparecendo somente a companheira para pleitear o seguro por morte, deve ser preservada a parte cabente à filha do falecido para eventual posterior requerimento. (TJMT, Ap, 33071/2014, Des.Carlos Alberto Alves da Rocha, Quinta Câmara Cível, Data do Julgamento 30/07/2014, Data da publicação no DJE 06/08/2014) - destacamos

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPEM – ACIDENTE NÁUTICO – MORTE – AUSÊNCIA DO ATESTADO DE ÓBITO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO – RECURSO DESPROVIDO. O direito à indenização relativa ao seguro referido no art. 2º da Lei nº 8.374/91 decorre da simples prova do acidente e do dano independentemente da existência de culpa. (TJMT, Ap, 81159/2013, Des. João Ferreira Filho, Primeira Câmara Cível, Data do Julgamento 17/12/2013, Data da publicação no DJE 21/01/2014)

SEGURO OBRIGATÓRIO (DPEM) – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERROR IN JUDICANDO – LEGITIMIDADE AD CAUSAM – Para recebimento de indenização, nos casos do DPEM (seguro obrigatório para cobertura de danos pessoais causados por embarcações), não se exige a apresentação do bilhete do seguro - Ausente a obrigação de apresentação do pretendido documento, não há ato ilícito a ensejar reparação civil - Litigância de má-fé não configurada - Recurso provido em parte. (TJSP, RAC nº. 992.08.003918-8, Relator Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, 25ª Câmara, Seção de Direito Privado, DJ: 29/6/2010)

Igualmente, o valor a ser pago será de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), que deverá ser corrigido pelo INPC, desde o evento danoso, conforme Súmula 580 do STJ¹, e juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, nos termos da Súmula 426 do STJ².

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso para tornar insubsistente a sentença e em seu lugar, afastar a alegada ilegitimidade passiva da Seguradora requerida/apelada, condenando-a ao pagamento, a título de indenização decorrente do seguro obrigatório (DPEM), da quantia de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), a qual deverá ser atualizada monetariamente, pelos índices do INPC, desde de, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

1 A correção monetária nas indenizações do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6.194/1974, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, incide desde a data do evento danoso.

2 Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação.

Por consequência, inverte os ônus de sucumbência e considerando que o mérito foi apreciado em sede de apelação, os 10% fixados a título de honorários advocatícios em favor da autora/apelante deverão incidir sobre o valor da condenação.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator, acompanhado pelo 1º vogal, dar provimento ao recurso.

VOTO (EM 31/10/2018)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º Vogal)

Ante a peculiaridade da matéria carreada nos autos, pedi vista do feito com o intuito de analisá-lo com melhor acuidade.

Infere-se do caderno processual que a autora ajuizou Ação de Cobrança de Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Embarcações ou por sua Carga em face da seguradora-apelada, sob o fundamento de que seu companheiro, César Aparecido Peralta da Silva, faleceu em decorrência de acidente com embarcação, da qual houve afogamento, de acordo com a certidão de óbito de f. 16.

Ao contestar (f. 27-36), a seguradora rebateu a pretensão, aduzindo que a embarcação do sinistro não estava identificada, de modo que não atendido o disposto nos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.374/1991, até porque o seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por carga – DPEM deve ser pago pela seguradora contratada, o que também não foi provado.

De outro lado, afirmou que competia ao Instituto de Resseguros do Brasil – IRB o pagamento por eventual indenização, a teor do artigo 18, § 3º, da Resolução CNSP n. 128/2005 - que aprova as Normas Disciplinadoras e os Elementos Mínimos que, obrigatoriamente, devem constar do bilhete do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga – Seguro DPEM.

Impugnado (f. 97-100), saneado (f. 117-118) e instruído o feito (f. 129) com a apresentação de alegações finais, adveio a sentença em exame (f. 137-140) que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva da seguradora para extinguir o feito, entendendo que a obrigação era do Fundo de Indenizações Especiais - FIE – DPEM, de acordo com o mencionado artigo 18, § 3º, da Resolução CNSP n. 128/2005.

Na sequência, foi interposto o recurso em apelo.

De início, cumpre esclarecer que o Decreto-Lei nº 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, estabelece em seu art. 20, alínea “I”, que são obrigatórios os seguros de danos pessoais causados a pessoas transportadas ou não por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga.

Apesar de estarem previstos no mesmo dispositivo, o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT, regulado pela Lei nº 6.194/1974, é diverso do seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou suas cargas - DPEM, o qual é regido pela Lei nº 8.374/1991.

A esse respeito, estabelece o art. 2º da Lei nº 8.347/1991 que “o seguro de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga, previsto a alínea I do art. 20 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, com a redação que lhe deu o artigo anterior, se regerá pelas disposições desta lei”.

E o artigo 3º da mesma lei determina que “o seguro referido no artigo anterior tem por finalidade dar cobertura a pessoas transportadas ou não, inclusive aos proprietários, tripulantes e/ou condutores das embarcações, e a seus respectivos beneficiários ou dependentes, esteja ou não a embarcação operando”.

Como já acentuado, o companheiro da apelante faleceu por afogamento no naufrágio da embarcação sem identificação, ocorrido no dia 03.03.2012. Em decorrência do acidente, ajuizou a presente ação, extinta sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva.

Irresignada, a autora interpôs o recurso, perquirindo a superação da preliminar e, no mérito, a procedência do pedido com a condenação da seguradora ao pagamento do valor de R\$ 13.500,00.

Nesse contexto, tenho que realmente não encontra guarida o óbice acolhido pela sentença de que a seguradora seria parte ilegítima para figurar no polo passivo, tal como bem explanou o eminente relator.

Com efeito, qualquer seguradora que opera no sistema pode ser acionada para pagar o valor da indenização correspondente ao seguro obrigatório, assegurado direito de regresso, tanto por isso não se exige no artigo 21 do Anexo I da Resolução CNSP 128/2005 nenhuma prova do bilhete ou da seguradora efetivamente contratada.

Por oportuno, o dispositivo citado:

“Art. 21 Para fins de liquidação do sinistro, o beneficiário deverá apresentar a seguinte documentação:

I - No caso de morte:

a. documento de ocorrência, expedido pela autoridade competente (Capitania dos Portos, suas Delegacias e Agências);

b. certidão de óbito, ou sentença judicial que produza os mesmos efeitos;

c. documento comprobatório da qualidade de beneficiário; e

d. laudo cadavérico comprovando a causa da morte, no caso de morte causada por embarcação não identificada. “

Trata-se da regulação em atenção ao artigo 8º da Lei nº 8.374/1991, segundo o qual: “O direito à indenização relativa ao seguro referido no art. 2º desta lei decorre da simples prova do acidente e do dano, independentemente da existência de culpa”.

À toda evidência, não há exigência de prova de recolhimento de seguro ou expressa identificação da embarcação, não se fazendo crível exigir num emaranhado de seguradoras que a autora direcione a lide ao “Fundo de Indenizações Especiais – FIE – DPEM como fez crer o magistrado sentenciante, na medida em que “as sociedades seguradoras que operam no ramo DPEM possuirão cotas de participação no Fundo, calculadas com base em sua contribuição (artigo 5º da Resolução CNSP Nº 31, de 2000) e justamente por isso as sociedades seguradoras autorizadas a operar no ramo DPEM responderão solidariamente, através de Convênio firmado com esta finalidade, pelos sinistros ocorridos com embarcações não identificadas” (artigo 8º da Resolução CNSP Nº 31, de 2000).

Dúvidas não há, portanto, em afastar a preliminar arguida.

Superada a aceção acima, passo a averiguar o mérito.

Como visto anteriormente, o seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações - DPEM possui legislação própria, e a ele não se aplicam as disposições da Lei nº 6.194/1974, que dispõe acerca do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT.

Sendo assim, deveria a autora pleitear o montante atrelada à previsão específica constante no artigo 13 da Resolução CNSP n. 128/2005:

Art. 13 Os danos pessoais cobertos pelo Seguro DPEM compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, que serão pagas diretamente ao beneficiário, por pessoa vitimada, observados os valores fixados na tabela abaixo:

Morte	Invalidez Permanente	DAMS
R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais)	Até R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais)	Até R\$ 2.000,00 (dois mil reais)

À toda evidência, o valor a ser adotado, no caso, não pode ser aquele referente ao DPVAT, mas sim ao de regramento próprio ao Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga – Seguro DPEM.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. MORTE EM NAUFRÁGIO. SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR EMBARCAÇÕES OU SUAS CARGAS (DPEM). LEGISLAÇÃO PRÓPRIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO É DA SEGURADORA DA EMBARCAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. O seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga (DPEM), instituído pela Lei nº 8374/1991, tem por finalidade conferir cobertura a pessoas transportadas ou não, inclusive aos proprietários, tripulantes e/ou condutores das embarcações, e a seus beneficiários e dependentes.

2. A indenização em caso de acidente náutico decorre da simples prova do sinistro e do dano, independentemente da existência de culpa e, sendo identificável a embarcação, a seguradora desta é a responsável pelo pagamento da verba indenizatória - em caso de morte é atualmente estipulada em R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais).

(...)

4. Recurso especial a que se nega provimento. (STF, REsp 1295046/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 21/06/2013) (g.n.)

Desse modo, divirjo em parte do eminente relator, apenas quanto ao valor devido a título da indenização do seguro obrigatório DPEM que, a meu ver, deve ser de R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais).

Isso posto, divirjo em parte do relator, conheço do recurso de Alyce Danyelli Silveira da Silva e lhedo provimento para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, condenar a seguradora ao pagamento da indenização do seguro obrigatório DPEM no valor de R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais) com juros de mora de 1% ao mês, incidentes desde a data da citação e correção monetária pelo IGPM para a correção monetária desde o evento danoso (morte do segurado), a teor da Súmula n. 580 do STJ.

Como corolário, inverte os ônus sucumbenciais, fixando os honorários correspondentes em 10% do valor da condenação, segundo artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que lhe dava provimento em menor extensão. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento, em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 28/11/2018)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o art. 942, do CPC, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e o 1º vogal, que lhe davam provimento em maior extensão.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

3ª Câmara Cível

Apelação nº 0023669-31.2007.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSTAURAÇÃO INDEVIDA DE INQUÉRITO POLICIAL EM ATO DE PERSEGUIÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO CARACTERIZADA – INFORMAÇÕES CONSTRANGEDORES AO ÓRGÃO DE CLASSE – DANO MORAL PRESUMIDO – *QUANTUM* – ELEMENTOS BALIZADORES DO VALOR DO DANO MORAL – VALOR ARBITRADO COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA SOBRE A CONDENAÇÃO PRINCIPAL – EVENTO DANOSO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INTIMAÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A responsabilidade do Estado é objetiva quando se tratar de indenização por danos morais por atos praticados por seus agentes, independente de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

A instauração de inquérito policial como ato de perseguição por parte dos Diretores da Polícia com o envio de informações constrangedoras para a entidade de classe da qual o autor fazia parte, acarreta dano moral *in re ipsa*. Inteligência dos artigos 5º, LXXV, da CF, 186 e 954-III, do CC de 2002.

A fixação do valor do dano moral deve atender a determinados balizamentos, que obedçam ao padrão social e cultural do ofendido, à extensão da lesão do seu direito, ao grau de intensidade do sofrimento enfrentado, às condições pessoais do ofensor e do próprio ofendido, ao grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem se consubstanciar em enriquecimento sem causa à vítima, além de proporcionar o sentimento reparatório e didático para o ofensor, sempre com preponderância do bom senso e da razoabilidade do encargo. Valor mantido em R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Cuidando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora passam a correr do evento danoso (Súmula 54/STJ), estando a sentença em consonância com a jurisprudência do STJ.

Nos termos da jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça “*o termo inicial dos juros moratórios incidentes sobre os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência é a data da intimação para o adimplemento da obrigação, e não o trânsito em julgado do título executivo.*” (AgRg no REsp 1432692/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 01/04/2016)

Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para fixar o termo inicial de incidência dos juros moratórios sobre os honorários advocatícios.

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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

O Estado de Mato Grosso Do Sul interpõe apelação cível (f. 1319-1331) em face do Espólio de Paulo Magalhães de Araújo, insurgindo-se contra a sentença de f. 1273-1282 e 1295-1296 do douto juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande, MS, Dr. José Eduardo Neder Meneghelli, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo apelado em ação de reparação de danos morais para: condenar o apelante ao pagamento de indenização ao autor-apelado no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, sendo a correção monetária calculada na data do arbitramento e os juros do evento danoso; fixar honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação para o patrono do autor e 10% para o réus, ficando vedada a compensação, nos termos do art. 85, § 14, do CPC.

Sustenta o recorrente que não foi comprovada a culpa do Estado com relação à alegação de perseguição por parte da cúpula da Polícia Civil, salientando que para a caracterização do dever de indenizar não basta a existência de conduta, do nexó de causalidade e do dano, mas é necessário, ainda, que a conduta praticada seja antijurídica e, *“no caso em tela, haveria de estar cabalmente demonstrado os fatos alegados pelo Autor/recorrido capaz de causar danos de ordem moral à pessoa demandante, o que, por óbvio não se visualiza nos presentes autos a contrário argumento esposado pelo Douto juízo de que teriam os agentes do Estado, ora apelante, agido de forma arbitrária ou indiscriminada, instaurando inquéritos sem o mínimo de provas”*.

Argumenta sobre as mudanças de ambiente de trabalho e a culpa recíproca do autor.

Afirma que a simples averiguação não pode acarretar a condenação do Estado, pois sua natureza é inquisitiva, sendo caracterizado como processo investigatório em que não vigora o direito ao contraditório.

Salienta que não ficou demonstrada qualquer repercussão negativa para o autor no exercício da profissão de advogado ou a ofensa aos princípios da legalidade e impessoalidade.

Sucessivamente, pede a redução do quantum indenizatório.

Defende que o termo inicial dos juros de mora é a data da citação, mas o valor dos honorários advocatícios deve ser corrigido pelos juros aplicáveis à caderneta de poupança (sem a incidência de qualquer outro índice de correção monetária), devendo tais juros incidirem somente após a intimação do devedor no cumprimento de sentença, uma vez que na execução de honorários advocatícios a mora é *ex personae*, somente sendo aplicável após interpelação do devedor.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 1338-1348

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Conforme relatado, o Estado de Mato Grosso do Sul interpõe apelação cível (f. 1319-1331) em face do espólio de Paulo Magalhães de Araújo, insurgindo-se contra a sentença de f. 1273-1282 e 1295-1296 do douto juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande, MS, Dr. José Eduardo Neder Meneghelli, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo apelado em ação de reparação de danos morais.

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos 1 do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o recorrente é isento do recolhimento do preparo.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Breve Digressão Fática

Extrai-se dos autos que Paulo Magalhães Araújo ajuizou ação de indenização por danos morais em face do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista que, na condição de Delegado de Polícia, sofreu perseguições por parte da Diretoria da Polícia Civil que acarretaram o desenvolvimento de transtorno afetivo bipolar e culminaram na sua aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais.

O autor narrou alguns fatos que comprovariam tal perseguição durante o exercício do cargo de delegado da polícia civil deste Estado, citando de forma específica os seguintes fatos:

1999 - Ameaça e efetiva destituição do seu cargo de Delegado Titular da METROPOL por não concordar com a contratação da empresa Segurança Check para atuar naquele órgão;

Outubro de 2002 – Remoção ex officio para comarca de Mundo Novo;

Maio de 2003 – Aposentadoria com proventos proporcionais;

Novembro de 2005 - Instauração de Inquérito por falsidade Ideológica junto OAB.

O autor faleceu em 25 de junho de 2013, sendo substituído por seu espólio, por intermédio da inventariante Cláudia Maria de Brito Rodrigues.

Após a instrução processual, sobreveio a sentença de parcial procedência dos pedidos, proferida nos seguintes termos (f. 1281):

“Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido de reparação por danos morais pleiteado por Paulo Magalhães Araújo para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização no valor de R\$ 7.000,00 (Sete mil reais) especificamente em razão da instauração de inquérito policial por suposta falsidade Ideológica junto OAB. Reconheço a prescrição da pretensão do Requerente de pleitear indenização em decorrência da sua destituição do cargo de Delegado Titular da Metropol, tendo em vista que tal fato se deu no ano de 1999.

Em razão da sucumbência recíproca, fixo honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação arbitrada (art. 85, § 3º, I, do CPC) para o patrono do Requerente e 10% para o Requerido, ficando vedada a compensação, nos termos do art. 85, § 14, do CPC.

Custas de 50% pelo autor. Quanto ao requerido, custas dispensadas, por isenção legal.”

Apenas o Estado de Mato Grosso do Sul recorreu do *decisum*, alegando a ausência de culpa pelo fato que ensejou a condenação e requerendo a reforma integral da sentença.

I Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV - o pedido de nova decisão.

§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

Sucessivamente, pede a redução do *quantum* indenizatório e questiona os índices e termo inicial da atualização monetária do valor dos honorários advocatícios, sendo essa a matéria devolvida no presente recurso de apelação que passo a analisar de forma capitulada.

Da Responsabilidade do Estado

O juiz *a quo* considerou que não estavam comprovados o ato ilícito e o nexo de causalidade na maioria dos fatos apresentados pelo autor, sendo que a condenação em primeiro grau de jurisdição está embasada nos seguintes fundamentos consignados na sentença recorrida (f. 1279).

“O mesmo não se pode dizer, contudo, da conduta da Polícia Civil de Instaurar Inquérito em desfavor do Autor por falsidade Ideológica junto OAB (f. 510-520).

Tem-se que os tribunais Superiores vêm entendendo reiteradamente que o fato de o inquérito policial ter sido arquivado ou de ter sido prolatada absolvição em ação penal, mesmo que, durante o trâmite, indiciado ou acusado tenham sido custodiados cautelarmente, não gera para estes, de per si, o direito de receber indenização, porquanto o Estado, no exercício do jus puniendi, consubstanciado através do devido processo legal, exerce um ato de soberania.

O Estado, contudo, não pode, através de seus atos de persecução criminal, agir de forma arbitrária, instaurando indiscriminadamente inquéritos sem um mínimo de provas.

Analisando o ofício de f. 510-511, enviado à Seccional da OAB/MS, verifica-se a nítida exacerbação da Corregedoria-Geral de Polícia pelo fato do Autor estar inscrito na OAB/MS como advogado, tendo em vista suposta “atuação impertinente” em Sindicância Administrativa Disciplinar na Corregedoria, tumultuando os trabalhos.

Assim, sem averiguar a legalidade da atuação do Autor como advogado (o ofício à OAB foi enviado após a abertura do Inquérito), procedeu a Polícia Civil a abertura de Inquérito contra o Requerente, sob a alegação de prática de falsidade ideológica.

Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (HC 97197 – Informativo nº 565), “...Nada impede que o Poder Público, quando provocado, adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”.

Não foi o que ocorreu. Conforme fundamentado na decisão que concedeu Habeas Corpus para trancamento do Inquérito em questão, a própria documentação constante do Inquérito demonstrava, de plano, a falta de justa causa para sua instauração (f. 515-517).

Restou demonstrado, deste o princípio, que a doença mental sofrida pela Autor tornou-o inapto apenas para o exercício de atividade policial, em razão dos níveis de estresse da profissão, e que a OAB não exige para ingresso em seus quadros de qualquer informação acerca de sua sanidade mental.

Verifico, assim, que os agentes públicos que atuaram no caso da instauração do Inquérito Policial em desfavor do Requerente agiram com excesso, utilizando o aparato policial para resolver a indisposição que tiveram com o Autor quando atuou como advogado junto à Corregedoria, revelando, por parte da Administração Pública, verdadeira violação aos princípios da legalidade e impessoalidade.”

Sustenta o recorrente que não foi comprovada a culpa do Estado com relação à alegação de perseguição por parte da cúpula da Polícia Civil, salientando que para a caracterização do dever de indenizar não basta a existência de conduta, do nexo de causalidade e do dano, mas é necessário, ainda, que a conduta praticada seja antijurídica e, “no caso em tela, haveria de estar cabalmente demonstrado os fatos alegados pelo autor/

recorrido capaz de causar danos de ordem moral à pessoa demandante, o que, por óbvio não se visualiza nos presentes autos a contrário argumento esposado pelo Douto juízo de que teriam os agentes do Estado, ora apelante, agido de forma arbitrária ou indiscriminada, instaurando inquéritos sem o mínimo de provas”.

Argumenta sobre as mudanças de ambiente de trabalho e a culpa recíproca do autor.

Afirma que a simples averiguação não pode acarretar a condenação do Estado, pois sua natureza é inquisitiva, sendo caracterizado como processo investigatório em que não vigora o direito ao contraditório.

Salienta que não ficou demonstrada qualquer repercussão negativa para o autor no exercício da profissão de advogado ou a ofensa aos princípios da legalidade e impessoalidade.

O recurso não merece provimento.

O referido inquérito policial foi instaurado em 22/03/2006, pela Delegacia Especializada em Repressão a Defraudações, Falsificações e Crimes Fazendários, através da Portaria anexada às f. 554 dos autos, tendo em vista o seguinte fato narrado do documento:

PORTARIA

Ciente por meio do ofício n.º 129/2006-GAB/DGPC, e seus anexos, proveniente do Gabinete do Diretor-Geral da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, que o Doutor PAULO MAGALHÃES ARAÚJO, na condição de Delegado de Polícia aposentado por invalidez, conforme Decreto “P” n.º 3.490/2004, de 29 de Setembro de 2004, publicado no DOE n.º 6338, de 30 de Setembro de 2004, inscreveu-se como Advogado junto à OAB/MS, encontrando-se em plena atividade neste mister, utilizando o registro n.º 10761, fato este que, em tese, e a princípio, sugere a prática do crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, ante a potencial omissão e/ou inserção de declaração falsa em documento público e/ou particular, que lhe possibilitou a matrícula na categoria de profissionais da OAB/MS, diante do que determino a instauração de inquérito policial para cabal apuração dos fatos, devendo a Sra. Escrivã de Polícia de meu cargo atuar e registrar esta e em seguida adotar as seguintes providências iniciais:

A declaração falsa seria a omissão quanto ao fato de que foi aposentado por invalidez pela Polícia Civil, sendo que o juiz da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande reconheceu a inexistência de crime, conforme motivação que transcrevo abaixo (f. 555-556):

“É procedente o pedido de Habeas Corpus.

Conforme já esclarecido, o Inquérito Policial que ora se combate por meio do presente writ tem por finalidade a apuração de delito de falsidade ideológica, uma vez que o impetrante – Delegado de Polícia aposentado por Invalidez – inscreveu-se regularmente como advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e, para tanto, teria supostamente se valido de omissão ou adulteração de informações em documentos daquela instituição.

Ocorre que a própria documentação contida no I.P. demonstra, de plano, a falta de justa causa para a sua instauração.

Conforme se observa dos documentos de f. 350-377, o requerimento de ingresso nos quadros da OAB não exige do interessado qualquer informação a respeito de sua saúde mental.

É de observar que a doença da qual sofre o impetrante torna-o inapto para o exercício de atividade policial em vista dos níveis de estresse da profissão, conforme verifica-se no laudo de f. 85, que embasou a aposentadoria do impetrante/paciente.

Assim, de plano, reconhece-se a inexistência de crime, conforme reconheceu a própria autoridade policial responsável pela portaria de instauração de I.P. ao prestar informações no presente Habeas Corpus.”

É certo que a mera instauração de inquérito policial para averiguação de crime, ainda que sem substrato probatório, não deve gerar a responsabilidade do Estado pelos danos causados ao investigado. Porém, a responsabilidade Estatal decorre da atuação dos agentes da Polícia Civil que, conforme bem consignou o douto juiz de primeiro grau, utilizaram de todo o aparato policial para imputar ao autor crime sabidamente por ele não cometido, uma vez que a informação supostamente falsa (aposentadoria por invalidez decorrente de doença psiquiátrica), não era exigida para a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Na própria Portaria de instauração restou determinado que fosse oficiado ao Presidente da OAB/MS, “consultando-o acerca da regularidade da situação profissional do Doutor Paulo Magalhães Araújo, ante o fato do mesmo ter sido aposentado por invalidez” (f. 554).

Ou seja, há elementos que demonstram que a intenção da Diretoria da Polícia Civil não era averiguar a existência de crime, mas perseguir o autor e difamá-lo junto à referida entidade de classe: 1º) o inquérito foi instaurado em razão do Ofício nº 129/2006-GAB/DGPC, proveniente do Gabinete do Diretor-Geral da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 554); 2º) o inquérito foi instaurado sem que a autoridade policial tivesse certeza de que o fato a ser investigado constituía crime e sem narrar nenhum fato que colocasse em dúvida a atuação do autor como advogado.

Tanto isso é verdade que, antes da instauração da persecução criminal, o Corregedor-Geral de Polícia enviou ofício ao então Presidente da OAB/MS para informar sobre a doença do autor e a possibilidade de exercício da advocacia (f. 551-552), conforme narração que colaciono a seguir:

Com a devida vênia, dirijo-me a Vossa Excelência com o objetivo de efetuar consulta a respeito da possibilidade legal do delegado de polícia aposentado Paulo Magalhães Araújo, inscrito nessa Seccional sob o nº OAB 10.761 exercer a advocacia, considerando haver sido aposentado por invalidez, como portador de moléstia classificada pelo Código Internacional de Doença sob o CIDF.31.6, conforme f. 08 do processo, cópia em anexo, docto. 01, consistente em “transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto”, resultando na apresentação de “ocorrências, no passado, de ao menos um episódio afetivo maniaco, hipomaniaco ou misto bem documentado e episódio atual caracterizado pela presença simultânea de sintomas maníacos e depressivos ou por uma alternância rápida de sintomas maníacos e depressivos.” – Docto 02.

Em 28/02/2003, neste Órgão, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar nº 16/02/CGP/SEJUSP/MS, instaurado objetivando a apuração de transgressões disciplinares atribuídas ao então delegado de polícia de 2ª classe Paulo Magalhães Araújo, o médico psiquiatra Dr. Gilberto da Silva Nunes, que o atendia na ocasião, docto. 03, relata a situação clínica do servidor; assim se manifestando em dado momento: “que, o declarante acha que o Dr. Paulo não tem condições de acompanhar uma audiência para oitiva de testemunhas ou interrogatório, é desaconselhável, pois pode desencadear uma reação imprevisível, mesmo que seja solicitado a um profissional da área médica que o acompanhe, pois após esse estado e irritabilidade, pode-se perder o controle da situação e ninguém conseguir contento; que não existe cura para o paciente que apresenta a doença de transtorno bipolar, senão que existe fases da doença de transtorno bipolar, sendo que existe fases da doença e o curso é muito imprevisível”.

Inconformado com a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais homologada por junta médica, f. 08-verso, em 15/05/2003, o servidor peticionou “aduzindo fazer jus a tratamento, acompanhamento e reciclagem profissional, previstos na Lei nº 2.076/2000, submissão a novos exames médicos, acesso a cópias de aposentadoria para que ao final fosse-lhe concedida readaptação ou proventos integrais”. A Procuradoria-Geral do Estado, instada a manifestar-se pelo exmo. senhor secretário da pasta, f. 35-39, concluiu pela necessidade em submeter o servidor a nova perícia.

O Estado tem os limites de sua responsabilidade civil estabelecidos no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de onde se lê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços

públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

São necessários, então: conduta, dano e nexa causal, de modo que desnecessária a averiguação de dolo ou culpa quando se tratar de responsabilidade civil objetiva.

É incontestável, no meu entender, a afetação da honra e da imagem do autor – afinal, estava sob acusação e investigação que foi informada perante a entidade de classe a qual pertencia.

Insta salientar, nesse ponto, que, em situações como a retratada nos autos, não é necessária notória publicidade do ato e nem que a pessoa seja explicitamente humilhada.

Nessas hipóteses, a própria situação, de *per si*, já basta para o surgimento de inúmeros sentimentos e sensações violadoras da personalidade do indivíduo, sendo naturais e presumidos o constrangimento, nervosismo, angústia, etc., aptos o suficiente para gerar abalo emocional considerável.

Esse foi entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INDENIZATÓRIA – DANO DECORRENTE DE IMPUTAÇÃO FALSA NA CONDUÇÃO DE PROCESSO – REPRESENTAÇÃO PERANTE O ÓRGÃO DE CLASSE E INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO IRRISÓRIO – AGRAVO PROVIDO.

1. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto por esta Corte nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade.

2. No caso dos autos, a indenização fixada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) na origem mostra-se irrisória diante dos danos experimentados pela autora por imputação falsa de crime de coação e denúncia caluniosa, além do alto constrangimento a que foi submetida em seu meio profissional, tendo sofrido representação em seu órgão de classe e respondido a inquérito policial sem que nada tivesse feito à agravada.

3. Agravo interno provido para fixar em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) o valor da indenização. (AgInt no AREsp 1204106/DF, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018)

Deveras, há dano moral, passível de indenização, toda vez que o Estado, mesmo que no exercício da função administrativa, pratica ato excessivo, que no caso se revelou existente em decorrência da instauração de inquérito policial sem justa causa em desfavor do autor por ato de perseguição.

Passo a examinar o *quantum* indenizatório, assim, à vista desses fatos.

Do *quantum* indenizatório

No tocante à quantificação de tal indenização, insta salientar que no Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, pelo qual este se vale de um juízo discricionário a fim de estabelecer o valor indenizatório.

Em outras palavras: não existindo um critério objetivo e matemático para tanto, cabe, então, ao magistrado a peculiar tarefa de, a depender das circunstâncias de cada caso, decidir qual a justa e razoável recompensa pelo dano moral sofrido.

Cumprê destacar que essa fixação não se dá ao bel-prazer do magistrado.

Este deve, “*ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma*

não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo”²

Na lição de Yussef Said Cahali:

“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.”

Entretanto, essa margem de discricionariedade e subjetividade do juiz é limitada, na medida em que há de se considerar elementos, como, por exemplo, os transtornos gerados, a capacidade econômica do lesante, atendendo, assim, aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, sem que gere um enriquecimento sem causa à vítima.

Nesse caminho, o Superior Tribunal de Justiça preconiza que *“não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto (RSTJ, volume 140, p. 371)”*, cuja orientação é caudalosa naquele E. Tribunal Superior e deve ser, também, a linha orientativa a ser adotada para fixação do dano moral.

De outro lado, e de igual forma, é indiscutível, secundado por caudalosa jurisprudência de todos os Tribunais, que os critérios de quantificação da indenização pelo dano moral *“devem atender a determinados balizamentos, que obedeçam ao padrão social e cultural do ofendido, à extensão da lesão do seu direito, ao grau de intensidade do sofrimento enfrentado, às condições pessoais do ofensor, ao grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem descurar do caráter reparatório, sempre com preponderância do bom senso e da razoabilidade do encargo”* (AJURIS, 76/608).

Dentro dessa ótica e linha orientativa para fixação do dano moral indenizável, é de se ver que na espécie, o valor arbitrado em primeiro grau a título indenizatório, qual seja a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) revela-se razoável à vista dos fatos e, outrossim, da própria capacidade do réu e padrão social do ofendido, sendo quantia ínfima se comparada à fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em aresto acima citado (R\$ 70.000,00).

Do Termo Inicial dos Juros de Mora

Defende o recorrente que o termo inicial dos juros de mora é a data da citação, mas o valor dos honorários advocatícios deve ser corrigido pelos juros aplicáveis à caderneta de poupança (sem a incidência de qualquer outro índice de correção monetária), devendo tais juros incidirem somente após a intimação do devedor no cumprimento de sentença, uma vez que na execução de honorários advocatícios a mora é *ex personae*, somente sendo aplicável após interpelação do devedor.

O Estado de Mato Grosso do Sul alega que, in casu, os juros de mora incidentes sobre verbas de honorários advocatícios devem ter como termo inicial a data de citação no processo executivo.

Especificamente em relação ao termo inicial dos juros de mora incidente sobre a condenação, é assente o entendimento de que incide a partir do evento danoso:

“ADMINISTRATIVO – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO FRAUDULENTO – DESCONTOS INDEVIDOS EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS CONFIGURADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DEMONSTRADA – DANOS MORAIS – VALOR – SÚMULA 07/STJ – JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – TERMO INICIAL. SÚMULA 54/STJ.

2 TJMG. AC 87.244. Terceira Câmara. Julgamento: 9/4/1992. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9. ed, Editora Saraiva, p. 587.

1. A Corte de origem dirimiu a controvérsia de forma clara e fundamentada, embora de maneira desfavorável à pretensão do recorrente. Não é possível se falar, assim, em maltrato ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

2. Nos termos do art. 6º da Lei 10.820/03, nas hipóteses em que o empréstimo não tenha sido realizado no mesmo banco em que o aposentado recebe o benefício, cabe ao INSS a responsabilidade por reter os valores autorizados por ele e repassar à instituição financeira credora. Ora, se lhe cabe reter e repassar os valores autorizados, é de responsabilidade do INSS verificar se houve a efetiva autorização. Reconhecida, assim, a legitimidade do INSS para responder aos termos da demanda.

3. Consignado no aresto recorrido que o ente público agiu com desídia na análise dos documentos, o que resultou em dano para o autor, fica caracterizada a responsabilidade civil do Estado.

4. O acórdão recorrido firmou entendimento de que houve dano moral na espécie. Rever esse posicionamento para concluir que não houve abalo moral, mas mero dissabor, é questão que demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na censura da Súmula 07/STJ.

5. Esta Corte somente procede a revisão da indenização por danos morais quando arbitrada em valores ínfimos ou exorbitantes, fugindo à razoabilidade. Na hipótese dos autos, o valor foi estipulado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), não se mostrando exagerado, ou desproporcional diante dos fatos narrados, a ponto de justificar a intervenção do STJ, superando o óbice da Súmula 07/STJ.

6. Houve nos autos condenação solidária entre a Fazenda Pública e uma instituição financeira, pessoa jurídica de direito privado.

Assim, o pedido para que os juros de mora fossem fixados com base no art. 1º-F da Lei 9.494/97, por se tratar de condenação contra a Fazenda Pública, para ser apreciado no âmbito desse recurso deveria ter sido enfrentada pela Corte sob o enfoque da responsabilidade solidária, o que não ocorreu. Também não foi suscitada nos embargos de declaração sob esse viés. Assim, ausente o prequestionamento, fica inviabilizado o conhecimento do recurso nessa parte.

7. Cuidando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora passam a correr do evento danoso (Súmula 54/STJ), estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte.

8. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1213288/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO – ATO OMISSIVO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – DEMORA INJUSTIFICADA NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA QUE ACARRETOU EM CEGUEIRA TOTAL – DANO MORAL – CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANTIDO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PENSÃO MENSAL VITALÍCIA – INDEVIDA – JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 – CORREÇÃO MONETÁRIA – TAXA REFERENCIAL ATÉ 25/03/2015 – APÓS IPCA-E – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO – ART. 24, I, DA LEI ESTADUAL Nº 3.779/2009 – RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é subjetiva, havendo necessidade de se perquirir a existência de culpa pelo evento danoso. Presente o nexo de causalidade entre a omissão do Município, caracterizada pela demora

injustificada no procedimento cirúrgico solicitado por médica do SUS com caráter de urgência, fato este que retirou da parte a chance de tentar impedir o agravamento do quadro clínico e a consequente cegueira total, é de rigor reconhecer o dever de indenizar. É inconteste que a perda da visão acarreta à parte inúmeras limitações que a acompanharão no decorrer de toda sua vida, as quais são capazes de causar dano de natureza moral. Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atento sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, critérios estes atendidos no caso em testilha. A ausência de prova quanto ao exercício de atividade remunerada impede a concessão de pensão vitalícia. Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, os juros de mora devem ser calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança, cujo termo inicial é a data do evento danoso, por força da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, como não houve recurso voluntário atacando este capítulo, deve ser mantida a sentença, sob pena de reformatio in pejus em prejuízo da Fazenda Pública Municipal, o que não é admitido em sede de reexame necessário, nos termos da Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça. Com relação a correção monetária, nos termos da recente decisão do STF, nos autos das ADINs nº 4425 e 4357, deve ser mantido o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até a data de 25/03/2015, sendo que após, será aplicado o IPCA-E. Nas ações em que for sucumbente a Fazenda Pública o juiz pode fixar os honorários advocatícios em um valor fixo ou em percentual incidente sobre o valor da causa ou da condenação, sempre de forma equitativa, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. A Fazenda Pública Municipal é isenta do pagamento das custas processuais remanescentes, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779, de 11 de novembro de 2009. (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0800432-25.2014.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 28/06/2016, p: 08/07/2016)

Na espécie, o julgador de instância singela determinou que sobre o valor da condenação fossem aplicados os juros de mora a partir do evento danoso, de modo que o seu posicionamento está em perfeita harmonia com o entendimento perfilhado na jurisprudência.

No que tange aos juros moratórios incidentes sobre os honorários advocatícios, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, devem incidir a partir da data da intimação do devedor para pagamento.

Confira-se, à propósito, a orientação jurisprudencial perfilhada pela e. Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DATA DA INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – ACÓRDÃO LOCAL ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ – APLICAÇÃO DA SÚMULA 83 DESTA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte, o termo inicial dos juros moratórios incidentes sobre os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência é a data da intimação para o adimplemento da obrigação, e não o trânsito em julgado do título executivo.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1432692/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 01/04/2016)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA SOBRE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 535, II, DO CPC – AUSÊNCIA DE OMISSÃO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535, II, do CPC, pois embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente

enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. *‘In casu, o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, segundo a qual, na execução de honorários advocatícios, os juros moratórios incidem a partir da intimação do devedor para efetuar o pagamento’.* (AgRg no REsp 1516094/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015).

3. *A parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

4. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 531.177/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 06/11/2015)

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEVEDOR – FAZENDA PÚBLICA – TERMO INICIAL – CITAÇÃO DO DEVEDOR – MULTA DO ART.1026 DO CPC/2015.

1. *Sobre a alegada violação do art 1.022 do CPC/2015, por suposta omissão pelo Tribunal de origem, da análise da questão acerca do termo a quo da incidência de juros moratórios sobre os honorários sucumbenciais, tenho que não assiste razão ao recorrente. Na hipótese dos autos verifica-se a inexistência da mácula apontada, tendo em vista que da análise do referido questionamento em confronto com o acórdão hostilizado não se cogita da ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou mesmo erro material, mas mera tentativa de reiterar fundamento jurídico já exposto pela recorrente e devidamente afastado pelo julgador.* 2. *No mérito, controverte-se acerca do termo inicial dos juros de mora nas condenações da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. A jurisprudência do STJ encontra-se assentada no sentido de que, na Execução de honorários, os juros moratórios são computados a partir da citação do devedor.*

3. *Por fim, com relação ao afastamento da multa do art. 1026, § 2º, do CPC/2015, assiste razão à recorrente, pois não houve intenção de protelar o julgamento da lide, mas tão somente de prequestionar a matéria recursal. Incidência, in casu, da Súmula 98/STJ.*

4. *Recurso Especial provido.* (REsp 1715834/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 14/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEVEDOR – FAZENDA PÚBLICA – TERMO INICIAL – CITAÇÃO – PRECEDENTES.

1. *Controverte-se acerca do termo inicial dos juros de mora nas condenações da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.*

2. *A jurisprudência do STJ encontra-se assentada no sentido de que, na Execução de honorários, os juros moratórios são computados a partir da citação do devedor* (AgRg no REsp 1.553.410/RS, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/10/2015; AgRg no REsp 1.208.670/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 30/8/2013; AgRg no REsp 1.530.786/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/2/2016). 3. *Esse panorama não foi modificado com o advento da Lei 11.960/2009, que, ao dar nova redação ao art.*

1º-F da Lei 9.494/1997, faz expressa alusão à “compensação da mora” e aos “juros”, o que denota que a natureza desses não teve alteração.

4. *Destaque-se que, no AgInt no REsp 1.362.981/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, a Segunda Turma do STJ ratificou a jurisprudência acima aludida, em precedente sob o regime da Lei 11.960/2009.*

5. *Recurso Especial não provido.* (REsp 1648576/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Na espécie, o julgador de instância singela omitiu-se quanto à referida matéria, de modo que dou provimento ao recurso para suprir a referida omissão, tendo em vista o pedido recursal.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e lhe dou parcial provimento apenas para determinar que o termo inicial dos juros de mora incidente sobre o valor dos honorários advocatícios, conforme índices já fixados na sentença para a condenação principal, é a data da intimação para o cumprimento de sentença.

Sem honorários advocatícios recursais, pois incabíveis na espécie³.

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. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2019.

³ “I - Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”; o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido; não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.” (EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017)

3ª Câmara Cível

Agravo Interno nº 1414718-80.2018.8.12.0000/50000 - Dourados

Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO INTERNO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – DECISÃO MANTEVE O DECRETO DE PRISÃO CIVIL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A SUSPENSÃO DA DECISÃO – NÃO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Estando comprovada a existência da dívida alimentar e o seu não pagamento por período superior a dois anos, há de ser mantida a decisão que determinou a prisão civil do devedor, não havendo demonstração do preenchimento dos requisitos para atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra tal determinação.

Recurso conhecido e improvido.

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, 20 de fevereiro de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de agravo interno de A. A. do N., insurgindo-se contra a decisão deste Relator que não atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto por ele contra a decisão de f. 24-25 do douto juízo da 1ª vara de Família e Sucessões da comarca de Dourados/MS que manteve decreto prisional do agravante por dívida alimentar cobrada por K. H. N.

Alega, em suma, que foi demonstrado no recurso de agravo de instrumento que, concomitantemente ao feito exequendo corre ação de exoneração de prestação alimentícia, na qual há discussão a respeito da não persistência do dever alimentar em razão de o alimentado já contar com 24 anos e cursar faculdade.

Aduz que comprovou nos autos que o valor pleiteado já foi devidamente pago por meio de depósitos na conta do filho e que embora tenha cumprido a obrigação de forma fracionada, o fez nos meses de novembro, dezembro/16 em R\$ 440,00 e janeiro, fevereiro, março e abril/17 em R\$ 465,00.

Defende que o *periculum in mora* restou demonstrado, vez que há iminência de cumprimento do decreto prisional por dívida já paga.

Pede a reconsideração da decisão ou, então, o julgamento pelo órgão colegiado.

Intimado, o recorrido manifestou-se às f. 14-16.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

A. A. do N. interpõe agravo interno em face de K. H. N. insurgindo-se contra a decisão deste Relator que não atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto por ele contra a decisão de f. 24-25 douto juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Dourados/MS que manteve decreto prisional do agravante por dívida alimentar cobrada pelo agravado.

Confira-se o teor da decisão atacada por meio do Agravo de Instrumento.

A parte executada alega a impossibilidade de quitação integral do débito, haja vista está passando por dificuldade financeira.

Contudo, ainda que estivesse desempregado, ainda assim, seria devedor dos alimentos fixados na sentença.

Neste sentido é o entendimento do TJRS:

“Execução de alimentos. Desemprego. Fixados os alimentos em percentual de remuneração, afastando-se o alimentante do vínculo empregatício, permanece devendo a mesma importância em dinheiro correspondente à pensão.

Se, com o desligamento, teve uma diminuição de renda, a ele cabia ingressar com ação revisional de alimentos, para livrar-se daquela obrigação.

Enquanto não pede essa revisão, continua devendo alimentos à filha pela importância que devia enquanto estava empregado. Apelo provido. (TJRS. AC. 70001687334)

De outro lado, enquanto não houver sentença exonerando o pagamento dos alimentos, eles são devidos.

Ademais, a sentença de exoneração tem efeitos ex nunc, de forma que os alimentos que não foram pagos, são passíveis de execução.

Ressalta-se que não cabe dentro do pedido de cumprimento de sentença qualquer discussão sobre a possibilidade, ou não, da exoneração dos alimentos. Inclusive está apenas a ação de exoneração de alimentos, ainda pendente de julgamento. Por isso mesmo, não tem cabimento a expedição de ofício à UFGD para confirmação do término do curso universitário do exequente. Portanto, a ação de exoneração de alimentos não influencia no trâmite do cumprimento de sentença, tão somente, quando do transitado em julgado a sentença, fixará, se procedente, o prazo final da obrigação alimentar.

Com relação a alegação de que houve o adimplemento verifica-se que o exequente na manifestação de f. 93-94 não concordou com o pagamento, afirmando que há duplicidade nos comprovantes apresentados nas f. 85-90.

Outrossim, a mera alegação de dificuldade financeira não exime a parte executada de honrar com os alimentos devidos ao filho. De acordo com o disposto no artigo 528, § 2º do Código de Processo Civil, somente a impossibilidade absoluta de prestar os alimentos é que justifica o inadimplemento. Senão vejamos:

“§ 2o Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.”

Diante dessas razões, deixo de acolher a justificativa, sendo o caso de decretar a prisão civil.

O Código Civil brasileiro determina que os genitores têm o dever de arcar com os custos referentes a alimentação de seus filhos. No caso posto para a análise, a parte executada apresenta justificativa, que não foi acolhida, conforme já argumentado, permitindo, então, que seja decretada sua prisão civil, por não cumprir com a sua nobre missão de alimentante.

Nos termos do artigo 528, § 3º e 4º do Código de Processo Civil, no cumprimento da sentença de dívida referente a prestação alimentícia, a inércia do devedor regularmente citado e intimado, nos termos da lei, ensejará sua prisão. Vejamos:

“Art. 528. No cumprimento da sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 3o Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1o, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4o A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separados dos presos comuns.

De outro lado, dispõe a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”, o que ficou demonstrado nos autos.

Como se visualiza, no caso posto para análise, a parte executada foi citada e intimada pessoalmente para pagar as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, contudo, apresentou justificativa com caráter meramente protelatória que não foi acolhida.

Assim sendo, a coerção extrema se impõe, decretando-se a sua prisão civil como forma de compeli-lo a honrar com seus compromissos de alimentante.

Quanto ao tempo de prisão, entendo que a alimentar, de modo que desde então a parte exequente necessita dos alimentos, essenciais à sua sobrevivência.

Ainda, a prática processual tem demonstrado a esta magistrada que muitos são os casos onde fixação da prisão em apenas 1 (um) mês, não surtem os efeitos necessários à satisfação do previsto no artigo 528, § 3º do Código de Processo Civil.

Por tudo isso, a forma de coerção extrema é a medida que se impõe ao presente caso, devendo a prisão ser fixada no prazo máximo, ou seja, de 03 (três) meses, nos termos do artigo 528, § 3º do Código de Processo Civil, que deverá ser cumprido em regime fechado, observando-se o disposto no § 4º do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, tudo considerado: rejeito a justificativa apresentada.

Com fundamento no § 3º artigo 528 do Código de Processo Civil e no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal DECRETO A PRISÃO CIVIL de Antonio Almir do Nascimento, pelo prazo de 90 (noventa) dias, como forma de compeli-lo a solver o seu débito alimentar.

Intime-se a parte exequente para que proceda a atualização do débito, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, incluindo as prestações que se venceram no decorrer da ação, nos termos da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, bem como considerando eventuais pagamentos devidamente comprovados.

Expeça-se mandado para cumprimento da ordem de prisão, a qual somente será revogada após o pagamento das pensões vencidas e vincendas até a data do pagamento, a serem corrigidas monetariamente, incidindo, ainda, sobre elas, juros de mora.

O mandado de prisão terá validade de 05 (cinco) anos.

O executado, quando preso, deverá permanecer em regime fechado, devendo, contudo, ficar separado dos presos comuns, nos termos do art. 528, § 4º, do Código de Processo Civil.

Captura.

As autoridades policiais ficam autorizadas a procederem à liberação do preso, imediatamente após a expiração do prazo da prisão, independentemente do envio de alvará de soltura.

Encaminhe-se o pronunciamento judicial para protesto, nos termos do artigo 528, § 1º e § 3º do Código de Processo Civil.

Expeça-se Carta Precatória, caso necessária.

Após, aguardem-se, com os autos suspensos, a captura.

O recurso não merece provimento.

Revejo os argumentos apresentados pelo recorrente no presente agravo interno, mas não configuro motivo suficiente para alterar a decisão, razão pela qual submeto à apreciação da E. Câmara Cível.

Isso porque na decisão que recebeu o Agravo de Instrumento restou consignado que não estavam presentes os requisitos necessários para atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

Deveras, conforme afirmado naquele momento, inobstante a presença do *periculum in mora*, não houve demonstração da relevância nas alegações do agravante para a concessão de efeito suspensivo, porquanto não restou provado, conforme alegado, o adimplemento da dívida que ocasionou o decreto prisional. Ao contrário, pelos autos foi possível aferir que não houve o pagamento da forma informada, razão pela qual a determinação da prisão civil pelo não pagamento dos alimentos mostrou-se devida.

Ademais, fato evidente é que os alimentos provisórios foram arbitrados há mais de dois anos, não se preocupando o ora agravante de pagá-los corretamente, dando, assim, justo motivo para o ajuizamento da execução, na qual, esclarece-se, não é cabível a discussão do cabimento da pensão, destinando-se o feito à efetivação do direito, admitida para tanto a prisão diante do preenchimento dos requisitos legais (CPC, art. 528 e parágrafos), tal como se deu na espécie.

Assim, em que pese o perigo de lesão grave ou de difícil reparação ao direito de locomoção do agravante, tenho que não é caso de atribuição do efeito suspensivo almejado, razão pela qual mantenho a decisão de recebimento do agravo de instrumento na forma prolatada.

Por fim, e apenas por amor a dialética, consigno que as informações trazidas na petição de f. 22-24 não alteram o entendimento ora esposado, vez que o débito que ocasionou a expedição de mandado de prisão em desfavor do agravante é pretérito e já está consolidado. Assim, eventual alteração da situação fática existente deve ser apresentada diante do juízo competente para decidir sobre a ação de exoneração de alimentos.

Ante o exposto, conheço do agravo interno de A. A. do N. e lhe nego provimento, mantendo o indeferimento da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1413048-07.2018.8.12.0000 - Bonito

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDÃO DE PASSAGEM – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – DESNECESSIDADE – ARTIGO 562, DO CPC/2015 – CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300 E DO ARTIGO 561, DO CPC/2015 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A audiência de justificação prevista no artigo 562, do CPC/2015 não é um ato processual de realização obrigatória. Somente o será, caso o magistrado não tenha elementos para deferir a liminar de manutenção/reintegração de posse.

Segundo dispõe o artigo 300, do CPC/2015, 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.

Presentes os requisitos do artigo 300 e do artigo 561, do CPC/2015, deve ser mantida a decisão agravada que deferiu a reintegração de posse, assegurando a utilização do corredor de passagem que dá acesso ao lote que vem sendo utilizado pelos agravados sob o pálio do direito de propriedade.

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, 29 de janeiro de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Espólio de Joaquim Sebastião da Silva, representado pela inventariante, interpôs agravo de instrumento contra a decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara da comarca de Bonito que, nos autos da ação de reintegração de posse – servidão de passagem proposta por Waldir Dias Medeiros e outros, deferiu a liminar, resguardando a servidão de passagem que dá acesso à área ocupada pelos requerentes.

Nas razões recursais, o recorrente alegou que quem permitia a permanência dos agravados no imóvel em discussão era a Sra. Jovita, companheira do falecido, a quem não foi resguardado nenhum direito de meação.

Asseverou que o espólio somente teve ciência da ocupação quando da propositura da ação e que os recorridos pagavam indevidamente à Sra. Jovita valores referentes a diárias, de modo que a posse dos recorridos sempre foi precária.

Mencionou que os agravados estão ocupando o imóvel de forma irregular, inexistindo o alegado direito à usucapião, uma vez que usufruem do bem mediante paga à Sra. Jovita.

Justificou que não foi realizada a audiência de justificação, o que provocou violação ao direito do contraditório e da ampla defesa e que a peça inicial não está suficientemente instruída com documentos que comprovem o preenchimento dos requisitos da liminar.

Finalizou pedindo o conhecimento do recurso e o seu recebimento no efeito suspensivo. Quanto ao mérito, pugnou pelo provimento do recurso, reformando a decisão agravada nos termos da fundamentação supra. Ainda, pugnou pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, sendo concedidos ao agravante os benefícios da justiça gratuita (f. 514-517).

Em contraminuta (f. 521-526), os agravados manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Espólio de Joaquim Sebastião da Silva, representado pela inventariante, interpôs agravo de instrumento contra a decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bonito que, nos autos da ação de reintegração de posse – servidão de passagem proposta por Waldir Dias Medeiros e outros, deferiu a liminar, resguardando a servidão de passagem que dá acesso à área ocupada pelos requerentes.

Os agravados ingressaram com a presente demanda afirmando que adquiriram dois lotes (glebas nº 2 e 3) diretamente de Joaquim Sebastião da Silva, o que ocorreu há mais de 20 anos e que no ano de 2001, antes de seu falecimento, já tinham providenciado o memorial descritivo das áreas para fins de desmembramento. Alegaram que desde o óbito do vendedor, não houve nenhuma oposição da inventariante e dos herdeiros em relação ao exercício da posse sobre os imóveis, mas que agora estão sofrendo coação para desocupar o lote de nº 3, havendo a obstrução de acesso à área, com a colocação de correntes e cadeados na porteira de acesso. Também afirmaram que ajuizaram ação de usucapião visando concretizar a aquisição do lote nº 3, razão pela qual pediram a concessão de liminar de reintegração de posse sobre o corredor de passagem que dá acesso a referida área.

Ao analisar o pedido liminar, a magistrada *a quo* entendeu ser o caso de deferi-lo, proferindo decisão assim fundamentada (f. 169-170):

“(…)

Esclarecido e compreendido, vislumbro que a liminar deve ser deferida, sob pena dos requerentes permanecerem privados de acesso ao imóvel, cuja posse está demonstrada satisfatoriamente, mormente pelo fato de que os requerentes já ajuizaram a ação de usucapião para concretizar, em favor deles, a propriedade do bem, de modo que a posse é um dos elementos essenciais a esse desiderato.

Ademais, a privação do acesso também restou comprovada da mesma forma que restou comprovada a tentativa de resolução consensual do impasse em tempo presente, conforme documentos de f. 131-137.

Isto posto, com fulcro no art. 560 e seguintes do CPC, defiro a liminar de reintegração de posse da servidão de passagem descrita no documento de f. 98, a qual dá acesso à área ocupada pelos requerentes.

Determino o rompimento de correntes e cadeados, os quais deverão ser apreendidos e entregues ao cartório deste juízo.

Fixo multa diária de R\$ 1.000,00 em desfavor do requerido caso haja nova oposição com característica análoga, bem como atribuo ao inventariante o ônus de observar fielmente a ordem deste juízo, devendo cooperar para que terceiros não ajam de igual forma, especialmente herdeiros.

(...)”.

Inconformado, o requerido interpôs o presente recurso afirmando que: quem permitia a permanência dos agravados no imóvel em discussão era a Sra. Jovita, companheira do falecido, a quem não foi resguardado nenhum direito de meação; o espólio somente teve ciência da ocupação quando da propositura da ação e que os recorridos pagavam indevidamente à Sra. Jovita valores referentes a diárias, de modo que a posse dos recorridos sempre foi precária; os agravados estão ocupando o imóvel de forma irregular, inexistindo o alegado direito à usucapião, uma vez que usufruem do bem mediante paga à Sra. Jovita; não foi realizada a audiência de justificação, o que provocou violação ao direito do contraditório e da ampla defesa e que a peça inicial não está suficientemente instruída com documentos que comprovem o preenchimento dos requisitos da liminar.

Passo à análise das matérias debatidas no presente recurso.

Da audiência de justificação

O agravante afirma que o julgador a quo deveria ter realizado a audiência de justificação e que a omissão violou o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Como é cediço, nas ações possessórias em que o autor formula pedido de concessão de liminar, o CPC/2015 impõe ao julgador o dever de designar audiência de justificação, sempre que não estiver suficientemente demonstrado o direito alegado. Assim, antes de indeferir o pedido de liminar por ausência de comprovação da posse, deverá realizar referida audiência, permitindo que o autor esclareça os fatos e o convença do direito afirmado na peça inaugural.

Assim estabelece o CPC/2015:

“Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada” – destacado.

Não se trata, portanto, de um ato processual obrigatório. Somente o será, caso o magistrado não tenha elementos para deferir a liminar de manutenção/reintegração de posse. Se houver estes elementos, a audiência torna-se dispensável.

A esse respeito, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“(...) Designação de Audiência de Justificação. Se o juiz entender que os requisitos do art. 561, CPC, não estão demonstrados de modo suficiente, deverá determinar que o autor justifique previamente o alegado, designando para tanto audiência de justificação. Essa audiência apenas deve ser designada se o juiz não se convenceu de modo suficiente acerca do cumprimento dos requisitos do art. 561, CPC. No caso contrário, estando suficientemente convencido, deve conceder a tutela antecipada” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 701) – destacado.

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO – INCIDÊNCIA DA SEGUNDA PARTE DO ART. 928 DO CPC. 1. “Se a petição inicial não traz provas suficientes

para justificar a expedição de mandado liminar de posse, deve o juiz cumprir o que dispõe a segunda parte do art. 928 do CPC e determinar a realização de audiência de justificação prévia com o fim de permitir ao autor a oportunidade de comprovar suas alegações” (REsp 900.534/RS, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 14/12/2009). 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 38.991/MT, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 26/08/2014) – destacado.

Na hipótese dos autos, a magistrada de primeira instância entendeu que estavam suficientemente demonstrados os requisitos necessários para a concessão da liminar de reintegração de posse, razão pela qual não haveria amparo legal para a designação da audiência de justificação.

Logo, não merece acolhida a tese defendida pelo agravante.

Da tutela provisória de urgência

Resta saber se estão presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência.

Estabelece o artigo 300, do CPC/2015:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” – destacado.

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” (**Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Gen/Forense: 2016. p. 623, v. 1).

Em se tratando de tutela que versa sobre posse, também devem estar demonstrados os requisitos do artigo 561, do CPC/2015, quais sejam:

“(…) Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração”.

In casu, vislumbro a presença dos pressupostos autorizadores da concessão da tutela pretendida, a teor do disposto no artigo 300 c/c artigo 561, do CPC/2015.

Neste ponto, devemos ressaltar que os agravados buscam a proteção possessória de uma servidão de passagem que dá acesso ao Lote nº 03, cuja propriedade afirmam ter adquirido do falecido quando ainda em vida. A discussão relacionada ao direito de propriedade está sendo objeto de ação de usucapião.

A servidão de trânsito ou de passagem constitui direito real sobre coisa alheia e está disciplinada 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 seu testamento, e subsequente registro no cartório de registro de imóveis”.

Por meio da servidão, o proprietário do imóvel serviente tem seu direito limitado em parte a favor do imóvel dominante a fim de gerar uma utilidade para este, no caso, uma facilidade de trânsito de bens e pessoas.

No caso em exame, a verossimilhança da alegação consiste no fato de os agravados afirmarem serem os proprietários do lote nº 03, o qual vinham possuindo desde antes do falecimento do *de cuius*, sendo que a afirmação relacionada ao direito de propriedade se confirma pela existência da ação de usucapião que promovem os recorridos (Feito nº 0800502-79.2018.8.12.0028).

Por sua vez, o perigo de dano irreparável também está evidenciado, já que o impedimento do uso do corredor de passagem causará grandes prejuízos aos agravados, os quais não poderão acessar o imóvel identificado como lote nº 03, sendo tolhidos do uso, gozo e fruição, direitos estes inerentes à propriedade.

Logo, se o lote nº 03 somente pode ser alcançado mediante passagem na área descrita na exordial, deve ser assegurada a reintegração de posse dos recorridos, garantindo o amplo e livre acesso ao lote nº 03.

Lembro, por oportuno, que as alegações relacionadas ao direito de propriedade sobre o lote nº 03 não têm espaço nesta via processual, devendo ser deduzidas como matéria de defesa na ação de usucapião já em andamento.

Nestes autos, discute-se apenas o direito de posse sobre o corredor de passagem que dá acesso ao lote nº 03 – frise-se, cujo direito de propriedade ficará resolvido na ação de usucapião.

Sendo assim, deve ser mantida a decisão que concedeu a tutela provisória, de modo que o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do agravo de instrumento interposto por Espólio de Joaquim Sebastião da Silva, 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. Eduardo Machado Rocha.

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, 29 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 0804514-75.2013.8.12.0008 - Corumbá

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – RETORNO DO STJ – INAPLICABILIDADE DO CDC – COBERTURA OBRIGATÓRIA DE IMPLANTE DE ELETRODO CEREBRAL – DIRETRIZES DE UTILIZAÇÃO DA ANS – EXCEÇÕES NÃO VERIFICADAS – FATOR DE COPARTICIPAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À PREVISÃO DE COBRANÇA NO REGULAMENTO DO PLANO DE SAÚDE OU EM RESOLUÇÃO DA ANS – JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO.

Apesar da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde sob a modalidade de autogestão (Súmula nº 608, do STJ), verifica-se que a negativa de cobertura quanto ao procedimento necessitado pela paciente é ilegal.

O procedimento cirúrgico previsto nas Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Complementar – DUT, estabelecidas pela ANS – Agência Nacional de Saúde – implante de eletrodo cerebral e/ou gerador para estimulação cerebral profunda – e que atende a todos os critérios estabelecidos, configura cobertura mínima obrigatória aos planos-referência, consoante anexo I da Resolução Normativa nº 211/2010, atualizada pela RN nº 262/2011.

Incumbe à requerida o ônus de comprovar que no regulamento do plano de saúde ou nas resoluções normativas da ANS havia previsão de cobrança da coparticipação em relação aos materiais utilizados em procedimento cirúrgico.

Diante da ausência de prova quanto à existência de previsão legal para a cobrança da coparticipação, não há como admitir tal exigência do usuário do plano de saúde.

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, não exercer o juízo de retratação e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Adoto o relatório de f. 302-304.

Acrescento que STJ deu:

“(...) parcial provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento do recurso de apelação, afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; na hipótese dos autos” (f. 365-372).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems contra a sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer ajuizada por Cleonice de Oliveira Villalva.

A 3ª Câmara Cível, por unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso para o fim de reduzir os honorários advocatícios, contendo a seguinte ementa:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – ULTRA ET EXTRA PETITA – AFASTADAS – MÉRITO – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS – PRECLUSÃO – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA OBRIGATÓRIA – IMPLANTE DE ELETRODO CEREBRAL – DIRETRIZES DE UTILIZAÇÃO DA ANS – EXCEÇÕES – NÃO VERIFICADA – CASSEMS – ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – APLICAÇÃO DO CDC – FATOR DE COPARTICIPAÇÃO – APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA GERAL – INEXISTÊNCIA DE CONTRATO – CLÁUSULA RESTRITIVA E ABUSIVA – AFASTADA – HONORÁRIOS REDUZIDOS – FIXAÇÃO EQUITATIVA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. Outrossim, a dispensa de outras provas não caracteriza cerceamento de defesa, quando o elemento probatório constante dos autos é suficiente para formar o convencimento do juiz.

Não configura sentença ultra et extra petita se o julgamento ocorreu dentro dos limites firmados na petição inicial.

Consoante estabelece o art. 471 do CPC, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso do processo, não podem, após a respectiva decisão irrecorrível, voltar a ser tratadas em fases posteriores.

O procedimento cirúrgico previsto nas Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Complementar – DUT, estabelecidas pela ANS – Agência Nacional de Saúde – implante de eletrodo cerebral e/ou gerador para estimulação cerebral profunda – e que atende a todos os critérios estabelecidos, configura cobertura mínima obrigatória aos planos-referência, consoante anexo I da Resolução Normativa nº 211/2010, atualizada pela RN nº 262/2011.

A relação jurídica contratual que tem por objeto o plano de saúde encontra-se amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

As cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações ou restrinjam direitos, devem ser previamente informadas e negociadas com o consumidor, sob pena de configurar nulidade de pleno direito por sua abusividade. Desta espécie é a cláusula que institui fator de coparticipação sem a anuência da usuária do plano de saúde (art. 51, IV, CDC).

Não sendo comprovada nos autos a contratação do fato de coparticipação, não há como imputar ao usuário do plano de saúde – parte hipossuficiente da relação – a obrigatoriedade pelo pagamento de parte dos gastos dos materiais utilizados, não sendo suficiente para tanto a decisão tomada em Assembleia Geral.

Nos termos do art. 20, § 4º do CPC: “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas

execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”.

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento”.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 705.701, o STJ deu provimento ao recurso para “determinar o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento do recurso de apelação, afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese dos autos” (f. 365-372).

No mesmo sentido é o teor da Súmula nº 608, do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 17.04.2018: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Por tal razão, considerando que o STJ não anulou o acórdão de f. 309-335, mas apenas determinou a reanálise do recurso sem a aplicação das regras do CDC, passo a proferir novo julgamento do mérito recursal.

Mérito recursal

Em que pese o entendimento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde sob a modalidade de autogestão, a manutenção da sentença recorrida é medida que se impõe, baseada nas normas civilistas, constitucionais e na Lei nº 9.656/1998.

O cerne da controvérsia consiste em verificar se é legítima a negativa de cobertura do procedimento cirúrgico para implante de eletrodos e/ou gerador para estimulação cerebral profunda, bem como se é possível a cobrança de coparticipação consistente em 30% dos gastos com materiais utilizados na cirurgia.

Pois bem, a Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros de assistência à saúde, estabelece no § 3º do artigo 10 que as empresas ou entidades que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão, que é o caso da apelante, não estão obrigadas a oferecer cobertura prevista no plano referência. Contudo, as exceções contidas nos incisos I a X do artigo retrocitado serão objeto de regulamentação pela ANS – Agência Nacional de Saúde. Confira-se:

*“Art. 10. É instituído o **plano-referência** de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados com a saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto**:*

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS” - destacado.

Por sua vez, a Agência Nacional de Saúde - ANS, no desempenho da sua função regulamentadora dos planos de saúde, editou a Resolução Normativa nº 211, de 11 de janeiro de 2010, que foi atualizada pela RN nº 262/2011, fixando as diretrizes de atenção à saúde, na qual apresenta um rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999.

A aludida Resolução Normativa - RN nº 211/2010, traz no artigo 16 uma norma conceitual em que esclarece que a cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, com as exceções estabelecidas no artigo 10, da http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm Lei nº 9.656/1998, acima mencionada. E, lista em três anexos os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória.

No anexo I, a resolução normativa lista os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória, respeitando-se a segmentação contratada; no anexo II apresenta as Diretrizes de Utilização – DUT e no anexo III traz as Diretrizes Clínicas - DC que definirão critérios para a obrigatoriedade de cobertura de alguns procedimentos listados no anexo I.

Além disso, a RN nº 262, de 1º de agosto de 2011, que atualizou o rol de procedimentos e eventos previstos na RN nº 211, afirma que os procedimentos listados nesta Resolução e nos seus anexos serão de cobertura obrigatória quando solicitados pelo médico assistente, conforme disposto no artigo 12, da Lei nº 9.656/1998, excetuando-se apenas os de natureza odontológica:

“Art. 4º Os procedimentos e eventos listados nesta Resolução Normativa e nos seus anexos poderão ser executados por qualquer profissional de saúde habilitado para a sua realização, conforme legislação específica sobre as profissões de saúde e regulamentação de seus respectivos conselhos profissionais, respeitados os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer outro tipo de relação entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviço de saúde.

Parágrafo único. Os procedimentos listados nesta Resolução Normativa e nos seus anexos serão de cobertura obrigatória quando solicitados pelo médico assistente, conforme disposto no artigo 12 da Lei nº 9.656 de 1998, com exceção dos procedimentos odontológicos e dos procedimentos vinculados aos de natureza odontológica – aqueles executados por cirurgião-dentista ou os recursos, exames e técnicas auxiliares necessários ao diagnóstico, tratamento e prognóstico odontológicos - que poderão ser solicitados ou executados diretamente pelo cirurgião dentista”.

Pois bem, analisando o anexo I trazido pela RN nº 211/2010, é possível constatar que o procedimento cirúrgico indicado para a autora – implante de eletrodos e/ou gerador para estimulação cerebral profunda – está dentre os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória. Todavia, a sua cobertura exige a observância dos critérios definidos nas Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Complementar - DUT.

Os critérios previstos nas diretrizes de utilização excluem o procedimento de implante da cobertura obrigatória caso o paciente com doença de Parkinson possua, associada a esta patologia, outra doença neurológica ou psiquiátrica associada. Confira-se:

“18. IMPLANTE DE ELETRODOS E/OU GERADOR PARA ESTIMULAÇÃO CEREBRAL PROFUNDA

1. Cobertura obrigatória quando pelo menos um dos seguintes critérios for preenchido:

a. pacientes com doença de Parkinson, refratários ao tratamento medicamentoso, sem outra doença neurológica ou psiquiátrica associada, que apresentem função motora preservada ou residual no segmento superior;

b. pacientes maiores de oito anos, com distonia primária refratária ao tratamento medicamentoso” – destacado.

Dito de outro modo, a inexistência de doença psiquiátrica ou neurológica associada ao Parkinson obriga o plano de saúde a dar cobertura para o procedimento.

No vertente caso, o plano de saúde deixou de autorizar a realização do procedimento cirúrgico porque entendeu que a autora sofre de “síndrome depressiva em uso de medicamento amitriptilina”, conforme se vê do documento juntado à f. 23.

Ocorre que a empresa apelante não produziu qualquer prova do fato alegado, ônus que lhe competia, notadamente porque configura fato desconstitutivo do direito da autora.

Não bastasse a ausência de tal prova, restou comprovado nos autos que a autora é portadora da doença de Parkinson com discinesia, não havendo a associação de outra doença neurológica ou psiquiátrica, conforme atestados médicos juntados à f. 14-20.

Segundo o dicionário Wikipedia, discinesia é um “*termo usado em medicina que define certos tipos de movimentos involuntários anormais do corpo humano*” (<http://pt.wikipedia.org/wiki/discinesia>).

Por aí se vê, que o quadro patológico da autora é tão somente ligado à doença de Parkinson.

No que se refere ao uso do medicamento amitriptilina, é importante consignar que tal produto é utilizado pela autora com o objetivo único de aliviar as fortes dores crônicas que a doença de Parkinson provoca, dadas as constantes contraturas musculares, e também para distúrbio do sono decorrente da própria doença, conforme atestado pelo médico (f. 16-17), cujo tópico segue transcrito:

“ (...) A PACIENTE TOMA AMITRIPTILINA 25mg 1x AO DIA, PELA NOITE, PASSADO POR NEUROLOGISTA, O Dr. LUIZ ANTÔNIO SIMÕES, COM INTUITO DE TRATAR DORES POR CONTRATURAS RELACIONADAS A ESPASTICIDADE DA DOENÇA DE PARKINSON E DISTÚRPIO DE SONO ASSOCIADO À MESMA, A DOSE UTILIZADA É A DOSE USUAL PARA TRATAMENTO DE DOR CRÔNICA, E MUITO AQUÉM DAS DOSES NECESSÁRIAS PARA TRATAMENTO DE DEPRESSÃO.

NUNCA HOUVE RELATO OU QUEIXA DEPRESSIVA PELA PACIENTE, E PODE-SE DIZER QUE A MESMA NÃO POSSUI QUADRO PSIQUIÁTRICO ASSOCIADO A DEPRESSÃO.

A AMITRIPTILINA É MEDICAÇÃO DA CATEGORIA DOS ANTIDEPRESSIVOS, MAS É TAMBÉM UMA MEDICAÇÃO DE ESCOLHA NO TRATAMENTO DE DORES CRÔNICAS DAS MAIS USADAS NO MUNDO, E NOS ÚLTIMOS ANOS VEM SENDO CADA VEZ MENOS UTILIZADA PARA DEPRESSÃO POR CONTA DA EXISTÊNCIA DE NOVOS ANTIDEPRESSIVOS, MUITO MAIS EFICIENTES E COM MENOS EFEITOS COLATERAIS PARA CONTROLE PSIQUIÁTRICO, MAS MANTÊM SEU LUGAR COMO UMA DAS MELHORES ESCOLHAS NO CONTROLE DE DORES CRÔNICAS MESMO EM NOSSOS DIAS” – destacado.

Destarte, diante da ausência de doença neurológica ou psiquiátrica associada ao Parkinson, é impositiva a cobertura do procedimento cirúrgico de implante de eletrodo e/ou gerador para estimulação cerebral profunda, indicado para o tratamento da patologia da autora, vez que ela não se insere nas exceções traçadas pelas diretrizes de utilização.

No que diz respeito ao pagamento da coparticipação, a Cassems afirmou que:

“(…) autorizou a cirurgia pretendida pelo autor/recorrido, assim como a compra de todos os materiais solicitados, todavia, a resistência se deu por conta coparticipação em parte dos custos do evento. Lembrando que as despesas com internação hospitalar, honorários da equipe médica e anestesista não fazem parte da regra de coparticipação, sendo integralmente custeados pelo plano” (f. 253).

Também sustentou que é perfeitamente aceitável a instituição de coparticipação da autora no valor correspondente a 30% dos custos dos materiais utilizados no procedimento médico, já que se trata de procedimento eletivo, e não emergencial. E, ainda, que sequer houve pedido na inicial de isenção de tal pagamento.

Também neste ponto não assiste razão à apelante.

Com efeito, como já analisado, a empresa apelante recusou-se a autorizar a realização do procedimento cirúrgico buscado pela autora, vez que a inseriu nas exceções das diretrizes de utilização estabelecidas pela ANS – Agência Nacional de Saúde, por considerá-la portadora de “síndrome depressiva em uso de medicamento amitriptilina”, conforme documento juntado à f. 23.

Apesar de não ter sido esta a fundamentação utilizada pelo plano de saúde para indeferir a cobertura solicitada (recusa no pagamento da coparticipação), como demonstrado pelo documento acima, faz-se necessário enfrentar o ponto devolvido a esta Corte, notadamente porque a petição inicial dele tratou, na medida em que a autora formulou pedido para que a requerida/apelante fosse obrigada a fornecer o procedimento cirúrgico, com os materiais necessários e que estavam relacionados no laudo médico anexado aos autos (f. 34).

Na oportunidade do primeiro julgamento deste recurso, posicionei-me no sentido de não ser devida a cobrança do fator de coparticipação, mormente em razão da aplicação das regras do CDC. Agora, reexaminando a questão, mesmo que sendo inaplicáveis as normas consumeristas, ainda assim não se deve admitir a cobrança da contraprestação exigida pela Cassems.

Friso desde já que não está sendo questionada a natureza soberana da Assembleia Geral da sociedade cooperativa, cujas decisões têm cunho vinculativo, ressalvados os casos de erro, dolo, fraude ou infração comprovada da lei ou estatuto social.

Na verdade, a impossibilidade de cobrança da coparticipação é atribuída à ausência de comprovação, pela Cassems, da previsão legal a autorizando. Explico.

Recentemente passei a adotar o entendimento no sentido de não haver abusividade ou ilegalidade na cláusula do contrato que prevê o pagamento de franquia ou de coparticipação. Contudo, fato é que ao tempo da propositura da ação e da realização do procedimento cirúrgico, a resolução normativa em vigor não previa a possibilidade de cobrança da coparticipação em relação aos materiais necessários à realização da cirurgia.

A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, há permissão para a cobrança do percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, para custeio de despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica. Confira-se:

“Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

(...)

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; (...).”

Por sua vez, a ANS, por meio da RN nº 211/2010, com as alterações promovidas pela RN nº 262/2011, em vigor quando da realização do procedimento cirúrgico (02.12.2013 – conforme guia de solicitação de internação – f. 112), autorizava a cobrança da coparticipação nos seguintes casos:

“Art. 18. O plano hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:

(...)

II - quando houver previsão de mecanismo financeiro de regulação disposto em contrato para internações hospitalares, o referido mecanismo aplica-se para todas as especialidades médicas inclusive para as internações psiquiátricas;

(...)

§ 5º Para fins do disposto no inciso II deste artigo, é permitida a fixação de coparticipação, crescente ou não, no limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do valor contratualizado com o prestador, para as hipóteses de cobertura por internações psiquiátricas cujo prazo exceda a 30 (trinta) dias por ano de contrato.”

Portanto, a ANS somente admitia a cobrança da coparticipação dos cooperados nos casos de internações hospitalares, não havendo previsão de tal exigência em relação à órteses, próteses e materiais utilizados em procedimento cirúrgico.

Além do mais, o Estatuto da Cassems, apesar de dispor sobre a franquia e coparticipação, não regulamentou os casos em que elas poderiam ser cobradas (f. 160):

“Art. 10. São deveres fundamentais do Associado Titular e dos Participantes:

(...)

e) arcar com franquia e os custos da coparticipação financeira estabelecida pelo Conselho de Administração sobre os serviços assistenciais prestados pela Cassems.

(...).”

Vale frisar que a requerida não colacionou aos autos o regulamento do plano de saúde, tampouco as deliberações do Conselho de Administração nas quais teria sido estipulada a cobrança da coparticipação ora exigida. Frise-se que a Cassems defende a previsão de tal cobrança nas Resoluções Normativas nº 11 e nº 22/2011, porém nenhuma destas normas foram trazidas aos autos.

Do mesmo modo, não demonstrou que tal exigência estava em conformidade com as regras da ANS em vigor ao tempo da solicitação de cobertura do procedimento cirúrgico.

Logo, resta estreme de dúvida que a autora não pode ser obrigada ao pagamento do percentual de coparticipação, tal como pretendido pela apelante.

Oportuno pontuar também que a Resolução Normativa nº 211/2010, atualizada pela RN nº 262/2011 editada pela ANS, estabelece que no plano-referência podem ser excluídos da cobertura do plano de saúde o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, não se tratando do caso da autora, vez que o procedimento cirúrgico por ela buscado era justamente a instalação do eletrodo e/ou gerador de estimulação cerebral.

“Art. 16. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998:

(...)

VIII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico”.

Por fim, consigno que as resoluções acima mencionadas, prevêm que os procedimentos e eventos de cobertura obrigatória, como é o caso do realizado pela autora, possuem cobertura igualmente assegurada para remoção e/ou retirada da órtese, próteses ou outro material que tenha sido colocado. Veja:

“Art. 15-A. Os procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, contemplados nesta Resolução Normativa e nos seus anexos, que envolvam a colocação, inserção e/ou fixação de órteses, próteses ou outros materiais possuem cobertura igualmente assegurada de sua remoção e/ou retirada”.

Destarte, diante da ausência de comprovação da previsão de coparticipação, não deve ser imposta à autora a responsabilidade pelo pagamento do valor correspondente a 30% dos materiais utilizados no procedimento cirúrgico realizado.

Conclusão

Ante o exposto, reapreciando a matéria discutida no apelo por força de decisão do STJ, deixo de exercer o juízo de retratação e mantenho o parcial provimento ao recurso de apelação, na forma do acórdão de f. 309-335, agregando-lhe os fundamentos ora delineados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não exerceram o juízo de retratação e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Wilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 8000356-15.2016.8.12.0800 - Ribas do Rio Pardo

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POPULAR – PRELIMINAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADA – MÉRITO – AUMENTO DO SUBSÍDIO DOS VEREADORES POR MEIO DE RESOLUÇÃO – OFENSA À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – RESOLUÇÃO EDITADA NO PRAZO DE VEDAÇÃO LEGAL – ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LRF - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O STF admite a utilização da ação popular como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que, nessa ação coletiva, a controvérsia constitucional se apresente como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio, e não como objeto principal (pedido) da demanda. Ademais, na hipótese em exame, não foi realizado o “controle de constitucionalidade”, mas sim o “controle de legalidade” da Resolução nº 005/2016 à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que afasta a tese de inadequação da via eleita.

De acordo com o artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido no prazo de 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou Órgão.

Ainda que o valor dos subsídios, já com a majoração almejada, esteja dentro dos limites remuneratórios estabelecidos no texto constitucional, deve ser observada a limitação temporal prevista na LRF para que haja o aumento.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que julgou procedente o pedido formulado na ação popular proposta por João Alfredo Danieze.

Em suas razões recursais (f. 172-206), a recorrente alegou a preliminar de inadequação da ação popular, em razão de sua utilização como substituta de ação direta de inconstitucionalidade, com a consequente usurpação de competência do Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito, defendeu que a vedação prevista no artigo 21, parágrafo único, da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) não é aplicável porque a LDO (Lei nº 1.069/2016) definiu que os subsídios dos vereadores limitar-se-ão ao estabelecido na alínea “a” do inciso III do artigo 20 da LRF.

Asseverou que:

“(...) os limites que visam assegurar o equilíbrio das contas públicas, no caso dos subsídios dos Vereadores, encontram-se disciplinados no art. 29, incisos VI, bem como do art. 29-A da Constituição Federal, tratando-se o ato legislativo que fixa o subsídio, de ato vinculado que decorre da norma constitucional” (f. 187).

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença apelada, nos termos da fundamentação supra.

Em contraminuta (f. 210-220), o recorrido defendeu o desprovimento do apelo.

A PGJ ofertou parecer (f. 229-234), opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que julgou procedente o pedido formulado na ação popular proposta por João Alfredo Danieze.

Considerações iniciais

O autor ajuizou a presente ação popular afirmando que o Legislativo Municipal de Ribas do Rio Pardo, por meio da Resolução nº 005, de 22.12.2016, aprovou um reajuste de 6,98% nos subsídios dos vereadores, o que corresponderia a R\$ 6.252,82, e que tal reajuste fere o princípio da moralidade além de contrariar a regra inserta no artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), já que instituiu aumento de despesas com pessoal em ano eleitoral e dentro dos 180 dias que antecedem o término do mandato do prefeito. Assim, pediu a declaração de ilegalidade da Resolução nº 005/2016.

A liminar pretendida foi concedida (f. 24-27) e, após contestação (f. 36-57), foi proferida sentença de procedência assim lastreada (f. 158-163):

“(...

Pelo exposto e pelo que mais dos autos consta, resolvo o mérito da lide, na forma do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, para declarar nula a Resolução nº 005 de 22 de dezembro de 2016 editada pela Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo/MS.

Diante da sucumbência do réu, condeno-o ao pagamento das custas e honorários advocatícios que arbitro, por equidade, em R\$ 1.000,00, atento aos ditames dos art. 12 da Lei nº 4.717 de 29/06/1995 e art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, considerando o grau de zelo do procurador, o tempo e o lugar da prestação do serviço e a baixa complexidade da causa.

Entretanto, deixo de condená-lo ao pagamento das custas, eis que tal ente público integra o município e, portanto, se encontra albergado pela isenção referida no art. 24, inc. I, da Lei Estadual nº 3.779 de 11/11/2009.

(...)”.

Inconformada, a requerida interpôs o presente recurso defendendo, preliminarmente, a inadequação da ação popular, em razão de sua utilização como substituta de ação direta de inconstitucionalidade, com a consequente usurpação de competência do Tribunal de Justiça. Quanto ao mérito, alegou que: a vedação prevista no artigo 21, parágrafo único, da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) não é aplicável porque a LDO (Lei nº 1.069/2016); definiu que os subsídios dos vereadores limitar-se-ão ao estabelecido na alínea a do inciso III do artigo 20 da LRF;

“(...) os limites que visam assegurar o equilíbrio das contas públicas, no caso dos subsídios dos Vereadores, encontram-se disciplinados no art. 29, incisos VI, bem como do art. 29-A da Constituição Federal, tratando-se o ato legislativo que fixa o subsídio, de ato vinculado que decorre da norma constitucional” (f. 187).

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise das matérias devolvidas no recurso, iniciando pela preliminar.

Da preliminar

Da inadequação da via eleita

A recorrente sustentou que a via eleita pelo autor é inadequada, uma vez que a ação popular não pode ser utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade.

Embora a apelante sustente a inadequação da via eleita pela impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade, o STF admite a utilização da ação popular como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que, nessa ação coletiva, a controvérsia constitucional se apresente como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio, e não como objeto principal (pedido) da demanda.

Oportunamente, transcrevo precedente do Tribunal Superior:

“EMENTA – RECLAMAÇÃO – DECISÃO JUDICIAL QUE CONHECEU DE AÇÃO POPULAR, CUJO OBJETO ERA A ANULAÇÃO DE RESOLUÇÃO LEGISLATIVA PELA QUAL FORAM CRIADOS CARGOS NO ÂMBITO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AÇÃO QUE REPUTAVA INCONSTITUCIONAL TAL RESOLUÇÃO – POSSIBILIDADE DE EVENTUAL DESCONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL SER AFERIDA NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TENDO EM VISTA NÃO SE TRATAR A RESOLUÇÃO LEGISLATIVA IMPUGNADA PELA AÇÃO POPULAR DE ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO – RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (STF; Rel 664, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2002, DJ 21-06-2002 PP-00099 Ement Vol-02074-01 PP-00071) – destacado.

Além do mais, apesar de o autor ter alegado a inconstitucionalidade da Resolução nº 005/2016 à luz do princípio da moralidade, fato é que a sentença não realizou o “controle de constitucionalidade” mas apenas o “controle de legalidade”, já que reconheceu que referida norma violou a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – ADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA – LEI DE EFEITOS CONCRETOS QUE SE EQUIPARA A ATO ADMINISTRATIVO E, COMO TAL, PODE SER ATACADO POR AÇÃO POPULAR PARA CONTROLE DE LEGALIDADE – PROTEÇÃO DO ERÁRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA – PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 5.521/201, PERMITINDO-SE SEJA DADO INÍCIO AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO OU ADMINISTRATIVO DE DELEGAÇÃO OU CONCESSÃO DA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO DA MUNICIPALIDADE – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA

DE EVENTUAIS PREJUÍZOS FINANCEIROS, HAJA VISTA O NÃO RECEBIMENTO DE VERBA DO GOVERNO FEDERAL EM BENEFÍCIO DA POPULAÇÃO LOCAL QUE MAIS NECESSITA DO SERVIÇO – INADMISSIBILIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 5.521/2013 QUE SE APRESENTA COM INDÍCIOS DE ILEGALIDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO DE SUA APROVAÇÃO – INOBSERVÂNCIA DO ART. 55 DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, ART. 66, §§ 1º E 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DO ART. 11 DA LEI FEDERAL Nº 11.445/2004, ENTRE OUTROS - DECISÃO MANTIDA PARA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA NORMATIVA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (TJ-SP - AI: 20321813520148260000 SP 2032181-35.2014.8.26.0000, Relator: Luís Geraldo Lanfredi, Data de Julgamento: 12/05/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/05/2015) – destacado.

Logo, rejeito esta preliminar

Do mérito

Quanto ao mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se a Resolução nº 005, de 22.12.2016 editada pela Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo, tendo como objeto o aumento do subsídio dos vereadores, está eivada de ilegalidade que justifique a sua nulidade.

Compulsando os autos, verifica-se que a Resolução nº 005/2016 promoveu um reajuste no subsídio dos vereadores da Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo em 6,98%. Tal ato foi editado em 22.12.2016, com vigência a partir de 01.01.2017 (f. 09).

No entanto, de acordo com o artigo 21, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), é nulo de pleno direito o ato do qual resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou Órgão.

Assim estabelece o dispositivo em questão:

“Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”.

Ainda, elucidando o que seria “despesa com pessoal” a própria LRF explica que:

“Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência”.

Analisando os dispositivos legais, aliado aos princípios basilares da Administração Pública, não resta dúvida que a intenção do legislador foi a de obedecer ao princípio da anterioridade, com o fito de restringir ato de vereador em proveito próprio ou de aliado político, promovendo o aumento de despesa com pessoal e comprometendo o orçamento e o equilíbrio fiscal/financeiro do exercício subsequente.

A esse respeito, o professor Flávio da Cruz, ao interpretar a LC nº 101/2000, elucida que:

“De acordo com o parágrafo único, nos últimos 180 dias do último ano do mandato do titular do Poder ou órgão referido no art. 20, nenhum ato que aumente a despesa pessoal poderá ser expedido, sob pena de nulidade. O descumprimento dessa norma sujeita os responsáveis à penalização. Vale lembrar que, no caso do Poder Legislativo, o mandato pode ser de apenas 2 anos, e a regra que veta os atos de pessoal durante os últimos 180 dias do mandato vale também para estes casos. (...) Na ausência de qualquer especificação no texto de lei, por genérico, fica-se com a interpretação de que, neste período, qualquer ato que resulte aumento da despesa com pessoal deve ser evitado, sob o risco de nulidade” (Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada. 7. ed. Atlas S.A: São Paulo, 2011. p. 105) – destacado.

É evidente que a Resolução nº 005/2016 foi publicada com menos de 180 dias do término da legislatura, concedendo aumento aos vereadores e, conseqüentemente, provocando o aumento da despesa pessoal e ofendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO DE AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS – VOTAÇÃO DO ATO LEGISLATIVO PARA FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS DOIS DIAS ANTES DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS, COM EDIÇÃO EDIÇÃO APÓS AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS – OFENSA À REGRA DA ANTERIORIDADE E AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE – VULNERAÇÃO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – NULIDADE DE PLENO DIREITO DO ATO NORMATIVO QUE PREVÊ AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL NOS CENTO E OITENTA DIAS ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO DO TITULAR DO RESPECTIVO PODER – DESCABIMENTO DE ARGUIÇÃO DE RECEBIMENTO DE BOA-FÉ DE VERBA ALIMENTAR – RESSARCIMENTO DEVIDO – RECURSOS DE APELAÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. 1- Nos termos do art. 29, V e VI, da CR/88, do art. 45 da lei orgânica do município de Lima Duarte e do art. 19 do regimento interno da câmara municipal de Lima Duarte, os subsídios dos vereadores, prefeito e vice-prefeito do município serão fixados por lei de iniciativa da câmara municipal, em cada legislatura no prazo máximo de trinta dias antes da data prevista para a realização das eleições municipais. 2. Existência de infringência aos princípios da administração pública, especialmente a moralidade, a impessoalidade e a anterioridade, uma vez que a votação dos projetos de lei que deram origem às Leis 1.693/2012 e 1.694/2012, cujo objeto era a fixação dos subsídios dos agentes políticos do Município de Lima Duarte, não respeitou o prazo máximo de trinta dias antes da realização do escrutínio. 3. Segundo previsão do parágrafo único, do art. 21, da Lei Complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, é nulo, de pleno direito, o ato que resulta aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder. 4. Se o vereador recebeu subsídio a maior, devidamente apurado em regular processo administrativo, pelo Tribunal de Contas competente, ainda que o recebimento tenha sido de boa-fé, é patente o enriquecimento ilícito, pois o não ressarcimento afronta os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade administrativas. 5. O recebimento de subsídios a maior por agentes políticos decorre de lei aprovada por eles próprios, procedimento que, ao contrário do caso de servidores públicos, não pode justificar a irregularidade sob a alegação de boa-fé e de tratar-se de verba alimentar. 6. Recursos de apelação a que se nega provimento” (TJMG; APCV 1.0386.13.000771-2/004; Relª Desª Sandra Fonseca; Julg. 05/05/2015; DJEMG 15/05/2015) - destacado.

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECRETO LEGISLATIVO QUE FIXA SUBSÍDIO DOS VEREADORES – LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI VERBA INDENIZATÓRIA PARA O EXERCÍCIO PARLAMENTAR – FALTA DE COMPROVAÇÃO DA PUBLICIDADE DA NORMA MUNICIPAL INVOCADA – ART. 337, CPC – AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS – PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO I - A comprovação da publicidade da lei municipal, em diário que circule no município ou no átrio da prefeitura ou da câmara municipal, é medida que impõe àquele que interpõe mandado de segurança, a fim de

*demonstrar o fumus boni iuris, e estando ausente tal requisito, impossível o atendimento ao pleito. II - Não há exigência constitucional no que se refere à formalização do ato que fixa o subsídio dos vereadores, podendo ser aceitos todos os que se aplicam à espécie, desde que previstos na lei orgânica municipal ou no regimento interno da câmara municipal, a exemplo da lei ordinária, resolução, decreto legislativo. No entanto, não há como se aferir a existência de direito líquido e certo, posto que inexistente comprovação de que o Decreto Legislativo nº 028/2012 (f. 55-56) é hábil para formalizar reajuste e fixar o subsídio da vereança. III - **A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) em seu art. 21, dispõe ser nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão IV - agravo provido**” (TJ-MA - AI: 0402312013 MA 0009168-22.2013.8.10.0000, Relator: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Data de Julgamento: 13/03/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 18/03/2015) – destacado.*

Nem mesmo se diga que os agentes políticos não estariam sujeitos à vedação de aumento de subsídios na forma do artigo 21, da LRF. Também está matéria encontra-se pacificada nos Tribunais Superiores. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA A – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA Nº 284 DO STF – CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO – APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS – NULIDADE DA EXPEDIÇÃO DE ATO NORMATIVO QUE RESULTOU NO AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL NOS 180 DIAS ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO DO TITULAR DO RESPECTIVO PODER. 1. Não se pode conhecer do recurso pela alínea a do permissivo constitucional no que tange à sustentada falta de adequação da ação civil pública para veicular o pedido formulado na inicial. A ausência de indicação do dispositivo considerado violado atrai a aplicação analógica da Súmula nº 284 do STF. 2. Quanto ao apontado desrespeito ao art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/00, sob o aspecto (i) da aludida possibilidade de, com base no citado dispositivo, haver aumento de despesas com pessoal no período cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato, bem como (ii) do argumento de que, no presente caso, a fixação dos subsídios dos agentes políticos deu-se em harmonia com o orçamento e aquém dos limites impostos pela lei, a análise de tal questão importaria rever a premissa de fato fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado aos membros do Superior Tribunal de Justiça por sua Súmula nº 7. 3. No mais, note-se que a LC nº 101/00 é expressa ao vedar a mera expedição, nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, de ato que resulte o aumento de despesa com pessoal. 4. Nesse sentido, pouco importa se o resultado do ato somente virá na próxima gestão e, por isso mesmo, não procede o argumento de que o novo subsídio “só foi implantado no mandato subsequente, não no período vedado pela lei”. Em verdade, entender o contrário resultaria em deixar à míngua de eficácia o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois se deixaria de evitar os riscos e de corrigir os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas na próxima gestão. 5. E mais: **tampouco interessa se o ato importa em aumento de verba paga a título de subsídio de agente político, já que a lei de responsabilidade fiscal não distingue a espécie de alteração no erário público, basta que, com a edição do ato normativo, haja exasperação do gasto público com o pessoal ativo e inativo do ente público. Em outros termos, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em respeito ao artigo 163, incisos I, II, III e IV, e ao artigo 169 da Constituição Federal, visando uma gestão fiscal responsável, endereça-se indistintamente a todos os titulares de órgão ou poder, agentes políticos ou servidores públicos, conforme se infere do artigo 1º, § 1 e 2º da lei referida. 6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido” (STJ - REsp: 1170241 MS 2009/0239718-3, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 02/12/2010, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 14/12/2010) – destacado.**

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – AUMENTO DE SUBSÍDIOS DE PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – NULIDADE DE ATO QUE RESULTE EM AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL EXPEDIDO NOS 180 DIAS ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO – ATOS QUE CAUSARAM DANO AO ERÁRIO – PRAZO APLICÁVEL À AGENTES PÚBLICOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O caráter sancionador da Lei nº 8.429/92 destina-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11). Não há qualquer distinção entre a espécie de alteração no erário público, bastando que com a edição de ato normativo, haja exasperação do gasto público com o pessoal ativo ou inativo do ente público. Assim, o prazo previsto no parágrafo único do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal é aplicável tanto aos servidores públicos como aos agentes políticos, nos termos do artigo 1º da mesma lei” (TJ-MS 08005560420128120045 MS 0800556-04.2012.8.12.0045, Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Data de Julgamento: 29/11/2017, 4ª Câmara Cível) – destacado.

Também não merece acolhida a alegação de que o aumento dos subsídios dos vereadores estaria amparada no artigo 29, inciso VI, no artigo 29-A, da CF e no artigo 20, inciso III, alínea a, da LRF. Referidos dispositivos estabelecem que:

CF, “Art. 29. O município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da câmara municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

VI - o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas câmaras municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva lei orgânica e os seguintes limites máximos:

(...)

b) em municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos deputados estaduais;

(...)”.

CF, “Art. 29-A. O total da despesa do poder legislativo municipal, incluídos os subsídios dos vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

I - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes; (...)”.

LRF, “Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

(...)

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; (...)”.

Isto porque, ainda que o valor dos subsídios, já com o majoração almejada, esteja dentro dos limites remuneratórios estabelecidos no texto constitucional, deve ser observada a limitação temporal prevista na LRF para que haja o aumento.

Sendo assim, o desprovisionamento do recurso é medida que se impõe.

Conclusão

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, conheço do recurso de apelação manejado pela Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo, mas nego-lhe provimento. Sem honorários recursais.

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. Eduardo Machado Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

3ª Câmara Cível

Apelação nº 0002339-71.2009.8.12.0012 - Ivinhema

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL PÚBLICO SEM OBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS QUE JUSTIFIQUE O ATO CONTIDO NA ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO – PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO PARA OUTORGA DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DO IMÓVEL PELO PRAZO MÍNIMO DE PERMANÊNCIA DA EMPRESA EM CINCO ANOS – AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO PRÉVIA DE TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO PARA EMPRESA PARTICULAR E DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA COM A DESCRIÇÃO DO BEM – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA, ISONOMIA, TRANSPARÊNCIA – ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO.

Os documentos acostados aos autos comprovam a ocorrência de prévia licitação na modalidade de concorrência destinada à outorga de concessão de direito real de uso de imóvel público pelo prazo mínimo de permanência da empresa em 60 (sessenta) meses, não havendo licitação específica para transferência de propriedade do imóvel, como constou na escritura pública.

A ausência de: norma legislativa permissiva de doação com a previsão dos aspectos formais e especificação do bem público; dos critérios determinantes a fim de assegurar a isonomia e prévia licitação; da justificativa que embasam as razões pertinentes do interesse público primário, sem sombra de dúvidas, configuram violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e transparência. Comprovadas tais situações ocorridas, inarredável reconhecer-se que os apelantes infringiram o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Como bem constou na sentença:

“(...) Registre-se que comete ato de improbidade administrativa o agente público que pratica ato contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes. A Lei de Improbidade Administrativa classifica os atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11, dispondo neste último os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. É o caso destes autos, pois a doação levada a cabo foi realizada em notável violação aos princípios da legalidade, moralidade, isonomia e impessoalidade. O ato do agente público (e do particular, seu partícipe) que ofenda os princípios que norteiam a Administração Pública, sintetizados no dever de lealdade no trato da coisa pública, são aqueles realizados com má-fé e dolo, ou seja, vontade livre e manifesta do agente em fraudar este postulado, tornando particular a coisa pública, independente da fruição de vantagem econômica ou dano ao erário. Daí, porque, de pouca juridicidade a ideia de que a falta de efetivo prejuízo aos cofres pela violação do dever de lealdade convalidaria o ato inquinado de ímprobo, como vêm reafirmando os Tribunais. (...) O que se espera da Administração, por seus prepostos e dos particulares que com eles lidam é que atuem nos estritos limites da legalidade e da impessoalidade, o que não ocorreu na hipótese dos autos.”

Para configurar ato de improbidade administrativa não é necessária a existência da intenção de lesar ou ainda a existência do dano ao erário, mas tão somente a existência de ilicitude administrativa ou algum ato de imoralidade, ou até mesmo de incompetência administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Pantanal Agroindústria e Transporte Ltda ME e Ivan Kuhnen e Ivan Kuhnen contra a sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa n. 0002339-71.2009.8.12.0012, que julgou parcialmente procedentes os pedidos ministeriais, para: declarar a nulidade da transferência imobiliária realizada pelo Município de Ivinhema em favor da empresa Pantanal Agroindústria Ltda, efetivada pela escritura pública de doação datada de 15.3.2003, lavrada perante o Cartório do 1º Ofício de Notas da Comarca de Ivinhema, com a consequente restituição do imóvel ao patrimônio público municipal; condenar nos moldes do artigo 12, III, da Lei nº 8.429/1992: 1) Néri Kuhnen, Prefeito de Ivinhema à época da doação, ao pagamento de multa civil no valor do dano, devidamente corrigido até a data do pagamento, decretando, ainda, a suspensão de seus direitos políticos por três anos; 2) Ivan Kuhnen, sobrinho e proprietário da empresa Pantanal Agroindústria Ltda, ao pagamento de multa civil no valor do dano, devidamente corrigido até a data do pagamento, além da suspensão de seus direitos políticos por três anos; 3) Pantanal Agroindústria Ltda ao pagamento de multa civil no valor do dano, corrigido até a data do pagamento, proibindo-a de contratar direta ou indiretamente, bem como receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, com o Poder Público ou por meio de Pessoa Jurídica da qual faça parte, pelo prazo de três anos.

Os recorrentes alegam, em síntese, que:

A inexistência de justificativa para a condenação, ao argumento de que foi considerado regular o procedimento licitatório, a ponto de ser julgada improcedente a presente Ação com relação a todos os Membros da Comissão de Licitação e também com relação ao Procurador Jurídico do Município que manifestou-se favorável à sua homologação, e, também, por não haver impedimento e nem proibição legal para a participação de empresa cujo sócio tenha relação de parentesco com o Prefeito Municipal;

Sempre tiveram pleno conhecimento de que se tratava de uma Concorrência Pública para concessão real de uso a título gratuito de um imóvel pertencente ao Município de Ivinhema/MS, e para se resguardarem do valor a ser investido na montagem de toda a infraestrutura no imóvel, estipularam na proposta que fosse estabelecido um prazo mínimo de 05 (cinco) anos de permanência no imóvel;

O desconhecimento e a ausência de responsabilidade pelo fato de ter sido lavrada Escritura Pública de Doação com Encargos, uma vez que sempre entenderam tratar-se de uma concessão real de uso a título gratuito, até mesmo porque, o próprio texto da Escritura Pública, quando trata dos encargos assumidos, fala em posse definitiva, e não em transferência de domínio.

Pedem o provimento do recurso para julgar improcedente a ação.

O apelado apresentou as contrarrazões (f. 1.135-1.148).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Pantanal Agroindústria e Transporte Ltda ME e Ivan Kuhnen contra a sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa n. 0002339-71.2009.8.12.0012, que julgou parcialmente procedentes os pedidos ministeriais, para: declarar a nulidade da transferência imobiliária realizada pelo Município de Ivinhema em favor da empresa Pantanal Agroindústria Ltda, efetivada pela escritura pública de doação datada de 15.3.2003, lavrada perante o Cartório do 1º Ofício de Notas da Comarca de Ivinhema, com a consequente restituição do imóvel ao patrimônio público municipal; condenar nos moldes do artigo 12, III, da Lei nº 8.429/1992: 1) Néri Kuhnen, Prefeito Municipal de Ivinhema à época da doação, ao pagamento de multa civil no valor do dano, devidamente corrigido até a data do pagamento, decretando, ainda, a suspensão de seus direitos políticos por três anos; 2) Ivan Kuhnen, sobrinho e proprietário da empresa Pantanal Agroindústria Ltda, ao pagamento de multa civil no valor do dano, devidamente corrigido até a data do pagamento, além da suspensão de seus direitos políticos por três anos; 3) Pantanal Agroindústria Ltda ao pagamento de multa civil no valor do dano, corrigido até a data do pagamento, proibindo-a de contratar direta ou indiretamente, bem como receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, com o Poder Público ou por meio de Pessoa Jurídica da qual faça parte, pelo prazo de três anos.

Os recorrentes alegam, em síntese, que:

A inexistência de justificativa para a condenação, ao argumento de que foi considerado regular o procedimento licitatório, a ponto de ser julgada improcedente a presente Ação com relação a todos os Membros da Comissão de Licitação e também com relação ao Procurador Jurídico do Município que manifestou-se favorável à sua homologação e também por não haver impedimento e nem proibição legal para a participação de empresa cujo sócio tenha relação de parentesco com o Prefeito Municipal;

Sempre tiveram pleno conhecimento de que se tratava de uma Concorrência Pública para concessão real de uso a título gratuito de um imóvel pertencente ao Município de Ivinhema/MS, e para se resguardarem do valor a ser investido na montagem de toda a infraestrutura no imóvel, estipularam na proposta que fosse estabelecido um prazo mínimo de 05 (cinco) anos de permanência no imóvel;

O desconhecimento e a ausência de responsabilidade pelo fato de ter sido lavrada Escritura Pública de Doação com encargos, uma vez que sempre entenderam tratar-se de uma concessão real de uso a título gratuito, até mesmo porque, o próprio texto da Escritura Pública, quando trata dos encargos assumidos, fala em posse definitiva, e não em transferência de domínio.

Pedem o provimento do recurso para julgar improcedente a ação.

O apelado apresentou as contrarrazões (f. 1.135-1.148).

Passo à análise do pleito recursal.

O cerne da controvérsia reside na prática de ato de improbidade administrativa em que o Magistrado declarou a nulidade da transferência imobiliária realizada pelo Município de Ivinhema-MS em favor da empresa Pantanal Agroindústria Ltda, com a restituição do bem ao patrimônio público municipal e condenação dos apelantes ao pagamento de multa civil no valor do dano, além de determinar a suspensão por três anos dos direitos políticos de Néri Kuhnen e Ivan Kuhnen, bem como a proibição da empresa de contratar direta ou indiretamente, ou receber benefícios ou incentivos fiscais junto ao Poder Público ou por meio de pessoa jurídica da qual faça parte, pelo prazo de três anos.

Alegam os apelantes que sempre tiveram pleno conhecimento de que se tratava de uma concorrência pública para concessão real de uso a título gratuito de uma área de 7, 257 ha, pertencente ao Município de

Ivinhema/MS e para se resguardarem do valor a ser investido na montagem de toda a infraestrutura no imóvel, estipularam na proposta que fosse estabelecido um prazo mínimo de 05 (cinco) anos de permanência no bem.

Nessa senda o objeto desse recurso tem como aferir se a conduta dos recorrentes descrita na inicial enquadra-se nas hipóteses previstas na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Conforme se auferiu dos autos, o Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa, imputando aos requeridos a prática de ato descrito no art. 10, *caput*, incisos I, III, VIII ou art. 11, *caput* c/c art. 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992.

A Constituição Federal, como cediço, estabelece em seu artigo 37, *caput*, que a atuação da administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, deve se pautar de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. São os princípios indispensáveis do Direito Administrativo, dotados de carga normativa e de incidência imperativa no ordenamento jurídico.

Nos termos do parágrafo 4º do referido dispositivo constitucional, os atos de improbidade administrativa “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Diante das regras constitucionais foi editada a Lei nº 8.429, de 02/06/1992, como instrumento de defesa do patrimônio público e da moralidade e eficiência no desempenho da gestão nos recursos públicos.

É preciso distinguir na referida espécie normativa quais os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Vejamos nos artigos 9º, 10 e 11 que estipulam três modalidades de práticas ímprobas: as que configuram enriquecimento ilícito; as que geram prejuízo ao erário; e, também, as que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Inserindo o tema na órbita do Direito Administrativo e Constitucional, Daniel Amorim Assumpção Neves¹ escolia sobre o conceito de improbidade administrativa como:

“(...) Diverge a doutrina a respeito da definição da (im)probidade administrativa. Alguns autores sustentam que a probidade é um subprincípio da moralidade administrativa. Outros defendem que a moralidade é princípio constitucional e que a improbidade resulta da violação deste princípio. Entendemos que, no Direito positivo, a improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade administrativa é mais amplo que aquele mencionado no léxico. A imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira. Vale dizer: nem todo ato de improbidade significa violação ao princípio da moralidade. Além dos atos que acarretam enriquecimento ilícito e lesão ao erário, a improbidade administrativa, no Direito pátrio, engloba toda e qualquer violação aos princípios que regem a Administração Pública, conforme dispõe o art. 11 da Lei 8.429/1992. (...) Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.”

Nos termos do artigo 10, *caput*, incisos I, III, VIII, da Lei nº 8.429/1992, constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades previstas na Lei e, notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; (...), III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa** - Direito Material e Processual. 2. ed. Ed. Método, p. 16-17

à espécie; (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente.

Constitui, ainda, ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11, *caput*, o comportamento que atenta contra os princípios da administração pública, externado em qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Nesse norte, conforme fora apurado no Procedimento de Investigação Preliminar nº 001/1ºPJI/2007, instaurado pelo Ministério Público Estadual, a Prefeitura Municipal de Ivinhema, por meio da licitação, na modalidade “Concorrência nº 001/2002”, doou à empresa Pantanal Agroindústria Ltda, o imóvel rural constituídos pelos lotes nº 2B, 3, 16 e 17-A, da quadra 09 da Gleba Vitória (Sítios de Recreios) do Município de Ivinhema com área de 7,257 ha (3,0 alqueires paulistas).

No caso, os documentos juntados nos autos não deixam dúvida quanto ao ato de doação do imóvel sem autorização legislativa específica de transferência de propriedade e domínio pelo então Prefeito (Néri Kuhnen) na época (entre agosto de 2002 a dezembro de 2004) à empresa de propriedade do sobrinho (Ivan Kuhnen).

Embora os apelantes afirmam que sempre entenderam que o ato se tratava de concessão real de uso a título gratuito (f. 1124), não há como acatar tal tese, levando-se em conta a escritura pública de doação com encargos (f. 115-116), sem obedecer aos requisitos legais constantes na Lei nº 8.666/93, que prevê a possibilidade de doação de imóvel público desde que haja autorização legislativa, com a realização de procedimento licitatório prévio e justificação do interesse público a fundamentar a doação.

Em que pese tenha constatado na escritura pública mencionada que a doação foi procedida com base na Lei Municipal nº 470/93, de 23.09.93, tal norma se restringe à autorização para aquisição de área de terras, bem como a doação, revenda ou locação da mesma de forma genérica, sem examinar a conveniência e oportunidade do Poder Público em fazer cada doação e procedimento avaliativo do imóvel.

Como se vislumbra dos documentos de f. 100-105 ocorreu a prévia Licitação na Modalidade de Concorrência nº 001/2002, destinada à outorga de concessão de direito real de uso de imóvel público pelo prazo mínimo de permanência da empresa em 60 (sessenta) meses, não havendo licitação específica para transferência de propriedade e domínio do imóvel.

Conforme ressaltou o julgador singular:

“(...) O art. 17 da Lei nº 8.666/93, ao disciplinar a doação de imóvel público, exige autorização legislativa específica, determinada e precisa, bem como prévia avaliação e licitação sob a forma de concorrência.

Nenhum desses requisitos foram observados.

A Lei Municipal n. 470/93 não estabeleceu os aspectos formais para que a doação se efetive, como a especificação do bem público objeto da doação e critérios para se determinar o donatário e assegurar a isonomia. Por outro lado, a competência outorgada ao Prefeito Municipal de forma genérica, constitui ofensa ao princípio da separação dos poderes. A delegação legislativa genérica viola a competência parlamentar que detém o poder de examinar a conveniência e oportunidade de cada doação, mesmo na hipótese de desafetação.

Essa função parlamentar é essencial, porque a Câmara deve dispor, em cada caso, quais os motivos e quais as razões existentes do interesse público primário e isonômico.

A participação da Casa Legislativa é uma exigência legal, sendo imprescindível lei específica para cada imóvel público a ser doado, com sua descrição e seus limites geográficos. A autorização genérica outorgada ao Executivo confere-lhe direito de dispor da coisa pública segundo sua vontade, o que não é permitido. A doação deve atender ao interesse público, mesmo no caso de bens públicos desafetados do uso público.

E no caso dos autos, o prefeito promoveu doação de imóvel público a seu talante, movido por critério puramente subjetivo, em clara vulneração aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que estão preconizados no art. 37, da Constituição Federal.

Tanto é que a licitação realizada destinou-se à outorga de concessão de direito real de uso de imóvel público, ou seja, não houve licitação específica para doação com encargo, mas o prefeito municipal acabou por doar o imóvel à empresa de seu sobrinho, Pantanal Agroindústria Ltda.

Tal conclusão é tida pela prova documental, bem como pelo depoimento do prefeito municipal da época, Neri Kuhnen, veja:

Foi prefeito no período de 1.9.2002 até 31.12.2004. A empresa pediu a área para ampliação na indústria, sendo que o projeto já tramitava desde 2001, época da gestão de José Antonio. Assim, requereu a feitura de licitação com a finalidade de ceder a área, já que não tinha uso para o imóvel. Tramitava uma lei na câmara dos vereadores, mas acredita que não chegou a ser aprovada. A empresa PANTANAL é de seu sobrinho. O setor encarregado das licitações tinha autonomia para dizer sobre impedimentos e regularidades. Na época, o objeto era apenas a cessão de uso do bem. A empresa requereu a cessão pelo tempo mínimo de cinco anos. Não sabe se no edital constou se seria por tempo determinado ou indeterminado. Era Dr. Marcelos que prestava serviço jurídico ao Município, mas também havia Dra. Ana. Não se recorda se o procedimento foi acompanhado por Dr. Marcelos. A comissão de licitação era composta por Geraldo, Meire, Alessandra e Elenice. Não se lembra de qualquer deles ter questionado a legalidade da do procedimento (f. 1.091).

Imperioso, destarte, o reconhecimento da nulidade da doação levada a efeito, sem qualquer observância dos requisitos do art. 17 da Lei nº 8.666/93, bem como a prática de ato de improbidade administrativa cometido pelo réu Neri Kuhnen, na condição de gestor do patrimônio público do Município de Ivinhema, por Ivan Kuhnen e Pantanal Agroindústria Ltda, particulares que participaram do ato e dele se beneficiaram.

Registre-se que comete ato de improbidade administrativa o agente público que pratica ato contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes.

A Lei de Improbidade Administrativa classifica os atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11, dispondo neste último os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. É o caso destes autos, pois a doação levada a cabo foi realizada em notável violação aos princípios da legalidade, moralidade, isonomia e impessoalidade.

O ato do agente público (e do particular, seu partícipe) que ofenda os princípios que norteiam a Administração Pública, sintetizados no dever de lealdade no trato da coisa pública, são aqueles realizados com má-fé e dolo, ou seja, vontade livre e manifesta do agente em fraudar este postulado, tornando particular a coisa pública, independente da fruição de vantagem econômica ou danos ao erário.

Daí, porque, de pouca juridicidade a ideia de que a falta de efetivo prejuízo aos cofres pela violação do dever de lealdade convalidaria o ato inquinado de improbo, como vêm reafirmando os Tribunais. Também não importa o lucro trazido pela empresa ao Município, por meio do recolhimento de tributos e geração de emprego, como quer fazer crer a empresa Pantanal Agroindústria e Ivan Kuhnen.

O que se espera da Administração, por seus prepostos e dos particulares que com eles lidam é que atuem nos estritos limites da legalidade e da impessoalidade, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Há de ser ressaltado ainda que embora haja interesse do Município em prover o incentivo de instalação de unidade industrial como forma de ofertas de empregos à coletividade, com melhorias de qualidade de vida da população e desenvolvimento econômico urbano, inclusive, a instalação de novas empresas gera

aumento na arrecadação de tributos municipais e estaduais, há de considerar que a transferência de bem público só pode ser precedida por meio de autorização legislativa, devidamente justificado o interesse público em atendimentos aos pressupostos indispensáveis consoante os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, transparência, moralidade e impessoalidade.

Nesse contexto, extrai-se que os princípios constitucionais são preceitos primários superiores que expressam os valores da sociedade, normatizam o texto constitucional, dando ênfase e importância na elaboração, interpretação e aplicação das normas do ordenamento jurídico.

Como é cediço, a Administração Pública direta é regida pelos três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e nas esferas administrativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em que os órgãos estatais em sentido amplo são o conjunto de entidades incumbidas de realizar a atividade administrativa com o fim de satisfazer as necessidades coletivas, seguindo os fins pretendidos pelo Estado caracterizadores do regime jurídico administrativo.

Dentre dos atos administrativos permitidos ao ente público se encontra o ato de doação de bens móveis ou imóveis, desde que tal ato tenha motivo consistente nos pressupostos de direito para ensejar a prática, considerando a necessidade de formalidade como a obediência ao interesse público e aos princípios norteadores da administração pública.

Gizo que a alienação de bens públicos de forma onerosa ou gratuita (doação) está sujeita à obediência de critérios estabelecidos na Constituição e em lei, para o fim de se evitar a alienação indiscriminada e a dilapidação do patrimônio público com fins de satisfação de interesses particulares. Contudo, tais doações que podem ser com ou sem encargos, desde que permitidas por meio de lei autorizadora a fim de preservar o ente estatal de cautelas e restrições para evitar violações legais e constitucionais. Logo, o ente público pode receber e realizar doação instruída com procedimentos compatíveis, de acordo com as normas legais vigentes, obedecendo a legislação civil, de licitações e administrativas com competência da autoridade para aceitar, fazer a doação e firmar termo no caso de bens móveis e outorga de escritura pública no caso de imóveis.

Sobre o instituto da doação de bens públicos a lição de Marçal Justen Filho:

Ressalva-se a hipótese de doação de bem público, gravada com encargo. Assim, por exemplo, poderá ser do interesse estatal a construção de um certo edifício em determinada área. Poderá surgir como solução promover uma doação de imóvel com encargo para o donatário promover a edificação. Essa é uma hipótese em que a doação deverá ser antecedida de licitação, sob pena de infringência do princípio da isonomia. Em outras hipóteses, porém, o encargo assumirá relevância de outra natureza. A doação poderá ter em vista a situação do donatário ou sua atividade de interesse social. Nesse caso, não caberá a licitação. Assim, por exemplo, uma entidade assistencial poderá receber doação de bens gravada com determinados encargos. (...) O instrumento de doação deverá definir o encargo, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão para o patrimônio público do bem doado em caso de descumprimento. A regra aplica-se tanto aos casos de dispensa de licitação como aqueles em que a licitação ocorrer.”²

Outro não é entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. Embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal. Pode ocorrer que a legislação de determinada pessoa de direito público proíba a doação de bens públicos em qualquer hipótese. Se tal ocorrer, deve o administrador observar a vedação instituída para os bens daquela pessoa específica. São requisitos para a doação de bens imóveis públicos: (a) autorização legal; (b) avaliação prévia; e (c) interesse público justificado.³

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. Editora Dialética, 2002. p. 185.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. ver, ampl. e atual. Até 31- 12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1239.

A Lei de Licitação nº 8.666/93 estabelece no seu art. 17 a permissão de doações de bens públicos pela administração, desde que presentes a autorização legislativa, prévia avaliação, observância do interesse público, estabelecendo os encargos e as obrigações assumidas, o prazo para seu cumprimento e cláusula de reversão (§ 4º do art. 17):

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado;

Marçal Justen Filho ao comentar o art. 17 da Lei 8.666/1993, conceitua o termo alienação:

Alienação é expressão de acepção ampla. O termo é utilizado para abranger todas as modalidades de transferências voluntárias do domínio de um bem ou direito. No direito privado, os instrumentos jurídicos mais utilizados para transferência de domínio são a compra e venda e a doação. As alienações de bens públicos se operam através desses institutos de direito privado. [...] Significa que a alienação onerosa de bens públicos faz-se pela via de uma compra e venda; a gratuita, pela via de uma doação. Mas nenhuma cláusula ou regra peculiar a esses contratos privados será aplicável quando contrariar os princípios de direito público.⁴

Como o instituto da doação de bens públicos imóveis é regulada pelo art. 17 da Lei 8666/1993, as formalidades como o interesse público devidamente justificado, avaliação do imóvel, autorização legislativa, licitação na modalidade concorrência e doação modal (com encargos ou obrigações) e condicional resolutive (com cláusula de reversão) devem ser impreterivelmente observadas.

Extrai-se do contexto legal (art. 17 da Lei nº 8.666/93) que a permissão de alienação de bens públicos é precedida também de avaliação, o que não ocorreu na espécie.

O sempre atual Hely Lopes Meirelles anota com precisão a questão de administração dos bens públicos e sua transferência:

O Município administra seus bens segundo as regras do direito público e as normas administrativas que editar, aplicando-se-lhes supletivamente os preceitos do direito privado. Observe-se, desde logo, que a transferência de propriedade dos bens imóveis se opera normalmente segundo as disposições e instrumentos civis (escritura e registros imobiliários comuns), sendo os atos e procedimentos administrativos que a antecederem meras formalidades internas que não afetam a substância negocial do contrato civil realizado entre a Administração e o particular.⁵

Sobre o tema de doação o citado Mestre continua sua ensinança :

(...) Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, o doador, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, o donatário (CC, arts. 538 e ss.). É contrato civil, e não administrativo, fundado em liberalidade do doador, embora possa ser com encargos para o donatário. A doação só se aperfeiçoa com a aceitação do donatário, quer seja ela pura ou com encargo. O município pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente, o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse local e convenientes à comunidade. Essas doações podem ser com ou sem encargos, e em qualquer caso, dependem de lei autorizadora que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação (arts. 17, I, “b”, e II, “a”, da Lei 8.666, de 1.993).⁶

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. Editora Dialética, 2002. p. 167.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. Malheiros, 2.014. p. 318-319

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. Malheiros, 2.014. p. 335-336.

Logo, a ausência de: norma legislativa permissiva de doação com a previsão dos aspectos formais e especificação do bem público; dos critérios determinantes a fim de assegurar a isonomia e prévia licitação; da justificativa que embasam as razões pertinentes do interesse público primário, sem sombra de dúvidas, configuram violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e transparência configuram a prática de ato ímprobo.

Examinado com detença o carreado aos autos, conclui-se que os apelantes infringiram o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 como constou na sentença.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a questão:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – APLICABILIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/73 – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 A AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ – DOAÇÃO DE IMÓVEL PÚBLICO – PREFEITO – ENVIO DE PROJETO DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS COM INTUITO DE FAVORECER PESSOA JURÍDICA ADMINISTRADA POR FAMILIARES – APROVAÇÃO POSTERIOR PELA CÂMARA MUNICIPAL – IRRELEVÂNCIA NO CASO DOS AUTOS – DOLO – PRESENÇA – PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO – DANO AO ERÁRIO CONFIGURADO – ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL POR FALTA DE TIPCIDADE CRIMINAL – INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.

III - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei nº 8.429/92 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201/67, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis (art. 12, da LIA).

IV - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

V - O réu, então Prefeito do Município de Parambu/CE, foi condenado pelo cometimento de ato de improbidade administrativa consistente no envio de projeto de lei para doação de imóvel público à Fundação Educativa e Cultural José Onilson Lima (Rádio Novo Tempo FM), administrada por seus familiares.

VI - Esta Corte possui precedentes que, na verificação do cometimento de improbidade administrativa, afastam o dolo na hipótese de haver autorização legislativa prévia ao ato reputado ilícito. Todavia, no caso, a ação ilegítima imputada ao Recorrente ocorreu antes da edição de lei autorizativa, razão pela qual não há falar em ausência de dolo. O gestor público, consciente e deliberadamente, buscou favorecer fundação dirigida por seus familiares, com a doação de imóvel público cuja destinação estava afetada à construção de quadra poliesportiva, nos termos do respectivo registro.

VII - O princípio da impessoalidade veda, à Administração Pública e seus representantes, a concessão de tratamentos ofensivos à isonomia, como perseguições, preconceitos, favorecimentos e privilégios.

VIII - O princípio da moralidade administrativa exige do administrador público conduta pautada na boa-fé e na lealdade com os administrados.

IX - Na situação examinada, verifica-se a violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, porquanto o réu, ao tomar a iniciativa da doação de imóvel público para o funcionamento de rádio gerida por seus familiares, feriu o dever de isonomia na sua atuação, concedendo benefício patrimonial público por motivos particulares, e não agiu com boa-fé e lealdade com os administrados ao desconsiderar a afetação de interesse social que restringia a destinação do bem.

X - Constata-se, ainda, a ocorrência de indevido prejuízo ao erário como consequência do decréscimo patrimonial provocado e da ilicitude da doação efetuada, causada pelo vício de finalidade existente desde a iniciativa do projeto de lei. XI - O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, salvo se verificada absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Dessa forma, o arquivamento de inquérito policial motivado por atipicidade criminal da conduta não afasta a condenação por ato de improbidade administrativa.

XII - Recurso especial improvido. (REsp 1693167/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018)

Registro mais que a jurisprudência amplamente dominante se posiciona no sentido de que para a caracterização do ato de improbidade administrativa não há necessidade de comprovação de dolo ou mesmo de beneficiamento próprio do agente improbo, *in verbis*:

“Atualmente para haver a caracterização de ato de improbidade administrativa não é necessário a existência da intenção de lesar ou ainda a existência do dano ao erário, mas tão somente a existência de ilicitude administrativa ou algum ato de imoralidade, ou até mesmo de incompetência administrativa. 4- Sendo assim, impossível se negar, frente a todos os fatos comprovados no decorrer da instrução processual, que o recorrido desrespeitou frontalmente os princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e finalidade, os quais devem estar sempre presente nas ações da Administração Pública, devendo ser mantido na íntegra o *decisum do juízo a quo*. Recurso Conhecido e Improvido.” (TJES, Classe: Apelação Cível, 39080015504, Relator: Ronaldo Gonçalves de Sousa, Órgão julgador: Terceira Câmara Cível, Data de Julgamento: 05/10/2010, Data da Publicação no Diário: 26/10/2010).

Este também é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça que objetivamente entende que para a caracterização de ato de improbidade independe de existência de conduta dolosa, basta a caracterização do prejuízo à *res publica*.

A propósito:

“STJ – ADMINISTRATIVO – AÇÃO POPULAR – EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – DESCONSTITUTIVO E CONDENATÓRIO – PROVA DO PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO – NECESSIDADE. O pedido condenatório, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o erário, deverá fazer prova concreta da lesão. Como se sabe, o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado por ação ou omissão dolosa ou culposa. A condenação em perdas e danos não é mera decorrência lógica da anulação do contrato, mas se exige a prova do dano causado ao erário. Recurso especial improvido. (REsp 663.889/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 484).

Concluindo, comprovada a prática de ato de improbidade administrativa que importa lesão ao erário e ofensa aos princípios da Administração Pública, impõe-se a obrigação aos apelantes de responderem frente às sanções previstas na norma regente, o que escorreitamente se depreende da decisão combatida, que deve ser mantida em todos os seus termos.

Por todas essas considerações, nego provimento ao recurso.

Registro, por entender oportuno, que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de questionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC.

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. Eduardo Machado Rocha

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, 22 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 0002120-89.2008.8.12.0013 - Jardim

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE MOVIDA CONTRA A VIÚVA MEEIRA ANTES DA ABERTURA DO INVENTÁRIO DO *DE CUJUS* – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS HERDEIROS – MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – AÇÃO DE USUCAPIÃO AJUIZADA – DEFESA DA POSSE/ PROPRIEDADE E BENFEITORIAS VIA EMBARGOS DE TERCEIROS PELO ESPÓLIO – LEGITIMIDADE – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

Em caso de morte do possuidor, o direito transfere-se aos herdeiros ou sucessores: “*O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor*” (CC, art. 1207).” (...) *No direito sucessório vigora o princípio da saisine, pelo qual, desde o momento da morte, transfere-se a propriedade e posse dos bens da herança aos sucessores* (CC, art. 1.784). (Marcus Vinícius Rios Gonçalves, *Novo curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 291). *No momento do falecimento de cujus abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato* (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34, v. 6). (...).

Na ação de reintegração de posse ajuizada em face da viúva meeira, que eventualmente ocupava o imóvel, já que seu marido já se encontrava falecido, devem ser citados os herdeiros, quando ainda não houver inventário dos bens do *de cujus*.

Não sendo citados os herdeiros do *de cujus* e sendo aberto o inventário, o espólio é parte legítima para ajuizar embargos de terceiros, para o fim de proteger a posse ou propriedade dos herdeiros sobre o bem objeto do litígio, mormente quando não figuraram no polo passivo da ação possessória, nos moldes do art. 1046 do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto pelo espólio de Antônio João de Oliveira, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jardim, nos autos de embargos de terceiros, movidos em face do espólio de Enedino Alderete, que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa e condenou o embargante aos ônus da sucumbência e por litigância de má-fé.

Alega, em síntese, que:

Nestes embargos de terceiros busca a proteção possessória com base na usucapião constitucional e o reconhecimento do seu direito à retenção por benfeitorias. No entanto, o Julgador singular entendeu ser o espólio parte ilegítima para figurar no polo ativo destes embargos, motivo por que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito;

O entendimento do Julgador singular de que as partes que figuram no polo passivo da reintegração de posse e no polo ativo destes embargos de terceiros são as mesmas, porque a inventariante ocupa o polo passivo daquela ação possessória, está equivocado.

Aduz que a viúva detém apenas parte do bem relativa à sua meação, não tendo legitimidade para responder sobre a universalidade da herança, quando é acionada diretamente e não como inventariante, como ocorreu na ação de reintegração de posse, já que naquela ação ela não foi acionada como representante do espólio. Nos embargos de terceiros já atua nesta condição, como inventariante, defendendo a cota dos herdeiros sobre o bem tendo em vista a afetação patrimonial que decorrerá de eventual procedência daquela ação possessória.

Por isso, busca o espólio obter a proteção da posse do bem que possui, em razão da compra e venda, bem como para livrar-se do ônus de ação do qual não foi parte;

Na ação de reintegração de posse não houve discussão sobre a usucapião laborativa constitucional, como no caso, o que implica que não há a má-fé afirmada pelo Juízo de origem, até porque em nenhum momento houve a intenção de trazer fatos inverídicos, documentos forjados ou outros elementos que implicariam no reconhecimento da conduta maliciosa do apelante;

Nestes aponta-se uma nulidade, cuja matéria é de ordem pública, já que a ação de reintegração de posse parte de título nulo, tendo em vista as inúmeras nulidades existentes na ação rescisória, que tornou insubsistente a arrematação e venda do imóvel ao terceiro embargante, objeto da reintegração;

Por todas essas considerações, pede que: no âmbito do exame da matéria de natureza transrescisória, julgar a questão prejudicial de nulidade absoluta do acórdão proferido na ação rescisória, diante da falta de alcance da lide e do julgado a José Valério de Oliveira e de Antonio João de Oliveira (hoje espólio recorrente) e sua mulher Maria Lídia Zuiewskiy de Olvieria, titulares do domínio do bem antes do ajuizamento daquela ação; a reforma da sentença para reconhecer a legitimidade do espólio para os embargos de terceiros, seja afastada a condenação por litigância de má-fé, alternativamente a redução da multa respectiva, para 1%.

Em contrarrazões, os apelados afirmam que na ação promovida pelo apelante não há causa de pedir e nem pedido, já que busca, por meio dos embargos de terceiros, manter-se na posse do bem e ainda ver-se reparado pelas benfeitorias supostamente realizadas quando na verdade nunca deteve a posse do bem. Aduzem ainda que é ele parte ilegítima para o pedido de reparação e retenção por benfeitorias. Afirmam que o recorrente nunca foi possuidor do bem, já que a posse não se transmite por herança da forma entendida pelo recorrente, sendo que os herdeiros nunca moraram no imóvel, mas em Campo Grande. Rebatem ainda os demais argumentos dos apelantes e pedem o desprovimento do recurso.

O embargante junta decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça proferida em recurso especial interposto contra decisão proferida nos autos de ação de reintegração de posse, que afirma pode interferir no julgamento destes embargos de terceiro.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto pelo espólio de Antônio João de Oliveira, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jardim, nos autos de embargos de terceiros, movidos em face do espólio de Enedino Alderete, que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa e condenou a embargante aos ônus da sucumbência e por litigância de má-fé.

Alega, em síntese, que:

Nestes embargos de terceiros busca a proteção possessória com base na usucapião constitucional e o reconhecimento do seu direito à retenção por benfeitorias. No entanto, o Julgador singular entendeu ser o espólio parte ilegítima para figurar no polo ativo destes embargos, motivo por que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito;

O entendimento do Julgador singular de que as partes que figuram no polo passivo da reintegração de posse e no polo ativo destes embargos de terceiros são as mesmas, porque a inventariante ocupa o polo passivo daquela ação possessória, está equivocado.

Aduz que a viúva detém apenas parte do bem relativa à sua meação, não tendo legitimidade para responder sobre a universalidade da herança, quando é acionada diretamente e não como inventariante, como ocorreu na ação de reintegração de posse, já que naquela ação ela não foi acionada como representante do espólio. Nos embargos de terceiros já atua nesta condição, como inventariante, defendendo a cota dos herdeiros sobre o bem tendo em vista a afetação patrimonial que decorrerá de eventual procedência daquela ação possessória.

Por isso, busca o espólio obter a proteção da posse do bem que possui, em razão da compra e venda, bem como para livrar-se do ônus de ação do qual não foi parte;

Na ação de reintegração de posse não houve discussão sobre a usucapião laborativa constitucional, como no caso, o que implica que não há a má-fé afirmada pelo Juízo de origem, até porque em nenhum momento houve a intenção de trazer fatos inverídicos, documentos forjados ou outros elementos que implicariam no reconhecimento da conduta maliciosa do apelante;

Nestes aponta-se uma nulidade, cuja matéria é de ordem pública, já que a ação de reintegração de posse parte de título nulo, tendo em vista as inúmeras nulidades existentes na ação rescisória, que tornou insubsistente a arrematação e venda do imóvel ao terceiro embargante, objeto da reintegração;

Por todas essas considerações, pede que: no âmbito do exame da matéria de natureza transrescisória, julgar a questão prejudicial de nulidade absoluta do acórdão proferido na ação rescisória, diante da falta de alcance da lide e do julgado a José Valério de Oliveira e de Antonio João de Oliveira (hoje espólio recorrente) e sua mulher Maria Lídia Zuiewskiy de Oliveira, titulares do domínio do bem antes do ajuizamento daquela ação; a reforma da sentença para reconhecer a legitimidade do espólio para os embargos de terceiros, seja afastada a condenação por litigância de má-fé, alternativamente a redução da multa respectiva, para 1%.

Em contrarrazões, os apelados afirmam que na ação promovida pelo apelante não há causa de pedir e nem pedido, já que busca, por meio dos embargos de terceiros, manter-se na posse do bem e ainda ver-se reparado pelas benfeitorias supostamente realizadas quando na verdade nunca deteve a posse do bem. Aduzem ainda que é ele parte ilegítima para o pedido de reparação e retenção por benfeitorias. Afirmam que o recorrente nunca foi possuidor do bem, já que a posse não se transmite por herança da forma entendida pelo recorrente, sendo que os herdeiros nunca moraram no imóvel, mas em Campo Grande. Rebatem ainda os demais argumentos dos apelantes e pedem o desprovimento do recurso.

O embargante junta decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça proferida em recurso especial interposto contra decisão proferida nos autos de ação de reintegração de posse, que afirma pode interferir no julgamento destes embargos de terceiro.

De início consigno que o presente recurso será analisado sob as regras do CPC de 2015, tendo em vista que a decisão atacada foi proferida, quando já em vigor o referido código.

Ante tal, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso no efeito suspensivo.

Verifico que o recorrente juntou cópia do acórdão proferido no Recurso Especial, interposto contra decisão desta Corte, na ação de reintegração de posse movida pelo Espólio de Enedino Alderete em face de Maria Lidya Zuiewsky de Oliveira, que ele diz que interfere diretamente na solução desta lide.

Nesse passo, vejo que aquela Corte Superior entendeu que o acórdão atacado contém omissão, já que este Sodalício deixou de considerar as matérias postas, relativas à alegada presença dos requisitos da usucapião constitucional, a pretexto de impedir a reintegração de posse, e o suposto direito de retenção do imóvel, para efeito de indenização das benfeitorias realizadas no bem, questões que foram arguidas em dois subsequentes embargos de declaração e não tiveram o enfrentamento desta Corte Estadual.

Diante disso, deu provimento ao Recurso Especial, ao fim de determinar o retorno dos autos à origem, para que seja realizado o novo julgamento dos embargos de declaração, para enfrentamento das questões mencionadas. (f. 512-526).

Nesse contexto, vejo que as questões tratadas na decisão do Superior Tribunal de Justiça afetam apenas as partes envolvidas na ação de reintegração de posse, uma vez que os embargos de declaração interpostos pela requerida, naqueles autos, deve ser novamente analisado por esta Corte, mas apenas quanto a questões específicas, relativas à “*alegada presença dos requisitos do usucapião constitucional, a pretexto de impedir a reintegração de posse, e o suposto direito de retenção do imóvel, para efeito de indenização das benfeitorias realizadas no bem*”.

Assim, como nesta ação o recorrente busca o reconhecimento da sua legitimidade para ajuizar estes embargos de terceiro, que foi afastada pelo Julgador singular - ação onde ele pretende obter proteção à suposta posse sobre o bem em discussão e sobre as benfeitorias realizadas nele - e não tendo o apelante integrado o polo passivo da reintegração de posse, como ele mesmo menciona, vejo que a decisão citada não interfere na solução deste recurso, motivo por que não será considerada

Nesse contexto, observo que a questão central neste recurso é verificar se o apelante é parte legítima ou não para propor estes embargos de terceiro.

Para melhor compreensão desta lide, faço um breve retrospecto dos fatos relevantes, que culminaram no ajuizamento desta ação.

Conforme consta dos autos, Antonio João de Oliveira, *de cujus*, e sua esposa Maria Lidya Zuiewsky de Oliveira adquiriram no ano de 1981 a posse e a propriedade da Chácara n. 39, denominado Cachoeirinha, no Município de Jardim MS, onde teriam realizado benfeitorias.

O negócio da compra e venda, no entanto, foi declarado nulo, por meio de ação rescisória promovida pelo recorrido em face de terceira pessoa que vendeu o bem ao *de cujus* e sua esposa Maria Lidya. Para reaver a posse do imóvel em questão, cujo domínio retornou ao recorrido, ele ingressou com ação de reintegração de posse somente contra Maria Lidya, já que seu esposo já havia falecido.

A ação foi julgada improcedente, mas foi reformada em grau de recurso, por este Tribunal de Justiça, sendo que aguardava recurso pendente de julgamento no STJ, recebido com efeito suspensivo, cuja decisão se encontra encartada nestes autos, conforme citado alhures.

Ponto que, como o imóvel estava sendo ocupado, em tese, pela esposa do *de cujus*, Maria Lidya, a ação possessória foi ajuizada somente em seus desfavor.

Em razão disso, o espólio ajuizou os presentes embargos de terceiros, buscando a manutenção da sua posse no imóvel em discussão, até o julgamento da Ação de Usucapião nº 013.08.001229-1, movida pelo espólio em face dos recorridos, ou até a efetiva indenização das benfeitorias.

O Julgador singular rejeitou liminarmente os embargos de terceiro, indeferindo a petição inicial, por entender que o recorrente é parte ilegítima para compor o polo ativo da presente ação, uma vez que também teria figurado como parte na ação de reintegração de posse, ainda que naquela figure no polo passivo apenas a requerida Maria Lidya Zuiewsky de Oliveira e nesta o espólio representado por ela, tratando-se pois das mesmas partes. Condenou ainda o recorrente por litigância de má-fé.

Ressaltou o magistrado monocrático que o recorrente na verdade se utiliza de outra via processual para atingir ou modificar o resultado da ação de usucapião e a consequente reintegração de posse onde figura como parte passiva.

Em que pesem os fundamentos lançados pelo magistrado *a quo*, é possível a pretensão do apelante de defender sua posse pela via dos embargos de terceiro, com fundamento na ação de reintegração de posse.

É o que dispõe o artigo 1.046 do CPC/73, norma que vigorava no momento do ajuizamento da ação:

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer que sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1.º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.”

No caso, quando foi ajuizada a ação de reintegração de posse ainda não existia inventário de Antonio João de Oliveira, sendo que a ação foi movida somente contra a viúva meeira.

É certo afirmar que enquanto não formalizado o inventário dos bens deixados pelo *de cujus*, há de ser citada para a ação possessória a viúva meeira, que continua na posse e na administração dos bens, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, que apreciou hipótese de casamento com regime de separação de bens, e com mais razão aplicável ao caso dos autos, em que se trataria de regime de comunhão universal: *“O cônjuge supérstite de casamento, no regime de separação de bens, não é necessariamente o administrador provisório da herança, salvo se, de fato, estiver na posse da massa hereditária, hipótese em que representará o espólio, ativa e passivamente, até o compromisso do inventariante”* (REsp nº 4386/MA, 3ª Turma, rel. o em Min. Cláudio Santos, DJ 29/10/1990)

Sobre o tema a doutrina se pronuncia nos seguintes termos:

“Em caso de morte do possuidor, o direito transfere-se aos herdeiros ou sucessores: ‘O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor’ (CC, art. 1207). (...) No direito sucessório vigora o princípio da saisine, pelo qual, desde o momento da morte, transfere-se a propriedade e posse dos bens da herança aos sucessores (CC, art. 1.784).” (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 291, v. 2).

“No momento do falecimento do de cujus abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34, v. 6).

Assim, em relação ao princípio acima exposto, vê-se que, com o falecimento do de cujus foi aberta a sucessão, transmitindo-se, desde logo, a posse e propriedade dos bens do falecido aos herdeiros legítimos, que se sub-rogaram no que diz respeito à posse da herança (art. 1206 do Código Civil).

Ponto, portanto, que os herdeiros têm posse derivada (que pressupõe a existência de posse anterior) e transmitida mortis causa, imediatamente quando do falecimento de Antonio João de Oliveira, em razão do princípio da *saisine*.

Com efeito, saliento que, “*aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”, em virtude do princípio do *saisine*, a teor do disposto no artigo 1.784, do Código Civil.

Nesse contexto, assevero que “*o direito hereditário é forma de aquisição da propriedade imóvel (direito de Saisine). Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se incontinenti aos herdeiros, podendo qualquer um dos coerdeiros reclamar bem, integrante do acervo hereditário, de terceiro que indevidamente o possua.*” (REsp 1117018/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 14/6/2017).

Ainda, destaco que, por força do citado princípio, a transferência da posse do de cujus aos herdeiros ocorre *ope legis*, ou seja, independentemente de seu exercício fático.

Tais esclarecimentos são necessários para se concluir que no caso, quando foi ajuizada a ação de reintegração de posse em face da viúva meeira, não existindo inventário aberto, cabia a citação de todos os herdeiros, para que pudessem exercer seu direito de defender a suposta posse que afirmam deter.

Como não lhes foi oportunizada o exercício desse direito, cabe a eles, com a abertura do inventário e nomeação da inventariante e antes da partilha, por meio do espólio, ajuizar os embargos de terceiros, para defender a sua posse.

Nesse Sentido:

“CIVIL E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73 – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73 QUE NÃO SE VERIFICA – MORTE DO AUTOR DA HERANÇA – PRINCÍPIO DA SAISINE – AQUISIÇÃO EX LEGE – PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO PELO HERDEIRO – SUCESSÃO QUE NÃO CRIA DIREITOS E OBRIGAÇÕES – BENS TRANSFERIDOS AOS HERDEIROS DA MESMA FORMA COMO SE ENCONTRAVAM COM O DE CUJUS – ATO EFETIVO DE POSSE NUNCA EXERCIDO PELA FAMÍLIA LO PUMO – CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO – REEXAME. IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7 DO STJ – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

*1-Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC/73 quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados. 3. Em virtude do princípio da *saisine*, os herdeiros são investidos na posse e administração dos bens do autor da herança. Assim, o exercício fático da posse não é requisito essencial para que o herdeiro tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que sua transmissão se dá *ope legis*. Precedente. 4. Contudo, tal sucessão não tem o condão de criar direitos e obrigações, uma vez que ela se efetiva em mera sub-rogação, isso quer dizer, os bens são transferidos aos herdeiros da mesma forma como se encontravam com o de cujus, ou seja, com todas as suas qualidades e vícios. 5. Se o autor da herança jamais exerceu posse sobre a área questionada, como afirmado pelas instâncias ordinárias, o que não pode mais*

ser questionado (Súmula nº 7 do STJ), se torna inviável a herdeira pretender defender a posse que seu pai jamais teve.6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1547788/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 26/05/2017)(negritos nossos)

“RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇAS RELATIVAS À CORREÇÃO MONETÁRIA (EXPURGOS INFLACIONÁRIOS), DECORRENTE DO DENOMINADO PLANO VERÃO, EM RELAÇÃO À CADERNETA DE POUPANÇA Nº 00000068-1, DE TITULARIDADE DO PAI DOS AUTORES – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – DELIBERAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL – LEGITIMIDADE ATIVA DE TODOS OS HERDEIROS PARA, EM CONJUNTO, BUSCAR EM JUÍZO O CRÉDITO, ORIUNDO DE REAJUSTE A MENOR NA CONTA DE CADERNETA DE POUPANÇA DE GENITOR FALECIDO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO PARA CASSAR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO.

(...) 3. Não se trata de sucessão processual, mas de ajuizamento de demanda pelos próprios herdeiros e sucessores do falecido. Ante o princípio da saisine (artigo 1784 do Código Civil, correspondente ao artigo 1.572 do Código Civil de 1916), com a morte da titular do direito, houve a transmissão, imediata e automática, da posse e domínio dos bens e dos direitos aos herdeiros, independentemente de inventário ou partilha.(...) (REsp 1355479/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 20/05/2015).

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PROVA DO DOMÍNIO – TITULAR FALECIDO – AÇÃO PROPOSTA POR HERDEIRO – LEGITIMIDADE ATIVA – DIREITO HEREDITÁRIO – FORMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE – UNIVERSALIDADE – DIREITO À REIVINDICAÇÃO EM FACE DE TERCEIRO – DESNECESSIDADE DE PARTILHA PRÉVIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A ação reivindicatória, de natureza real e fundada no direito de sequela, é a ação própria à disposição do titular do domínio para requerer a restituição da coisa de quem injustamente a possui ou detenha (CC/1916, art. 524; CC/2002, art. 1.228). Portanto, só o proprietário pode reivindicar.

2. O direito hereditário é forma de aquisição da propriedade imóvel (direito de Saisine). Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se incontinenti aos herdeiros, podendo qualquer um dos coerdeiros reclamar bem, integrante do acervo hereditário, de terceiro que indevidamente o possui (CC/1916, arts. 530, IV,)3. Recurso especial provido. (REsp 1117018/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 14/06/2017).

Assim, mesmo que a decisão proferida na ação de reintegração de posse tivesse transitado em julgado, é possível a defesa da posse mediante embargos de terceiro pelo espólio, ainda mais quando o embargante não tenha participado de referido processo.

Não obstante, a circunstância de ser a herança indivisível até a partilha, a verdade é que a viúva meeira e os herdeiros têm os seus direitos expressos em frações ideais no conjunto dos bens do monte, antes de serem eles partilhados, podendo a parte ideal da meeira ou dos herdeiros ser defendida em embargos de terceiro.

No caso, como dito, o Julgador singular entendeu que em razão da ação de reintegração de posse ter sido ajuizada em face de Maria Lidya, esposa do de cujus, que também é representante do espólio nestes autos, este seria parte ilegítima para os embargos de terceiro, por já ser parte naquela ação possessória, movida em face da inventariante.

Entretanto, independentemente da questão relativa à existência ou não de posse dos herdeiros do *de cuius* ou de eventual direito deles sobre as benfeitorias, o fato é que como se trata de ação possessória movida em face da viúva meeira, que naquele momento ainda não representava o espólio, já que não havia inventário, podem eles neste momento, após a abertura do inventário e não tendo integrado o polo passivo da ação possessória, ajuizar os presentes embargos de terceiros, para proteção da alegada posse e supostas benfeitorias realizadas no bem.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CUMPRIDO EXTRAÍDO DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – ANTERIOR AÇÃO DE USUCAPIÃO AJUIZADA. DEFESA DA POSSE/PROPRIEDADE – VIA EMBARGOS – POSSIBILIDADE. É possível o ajuizamento de embargos de terceiro para defesa da posse ou propriedade com fundamento em ação de usucapião ajuizada antes do cumprimento do mandado de reintegração de posse extraído de execução hipotecária, nos termos do art. 1.046 do CPC. Acolhido o apelo para desconstituir a sentença proferida e determinar o regular processamento dos embargos de terceiro. Precedentes desta Corte. Deram provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70068043876, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 07/04/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Não caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido a defesa da posse em embargos de terceiro calcada em exceção de usucapião. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70057144719, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 05/06/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO. PRELIMINARES – AFASTAMENTO. Não há carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, a defesa da posse em embargos de terceiro por exceção de usucapião. Os limites subjetivos da coisa julgada são definidos pelo art. 472 do CPC que estabelece a autoridade da coisa julgada tão-somente entre as partes às quais é dada a sentença. Agravo improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70019152495, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 12/06/2007)

É fato que a defesa à posse e à propriedade não pode ser presumida e deve ser devidamente apurada em ação própria seja mediante embargos de terceiro, seja através de ação de usucapião ou mesmo interdito proibitório.

Sendo assim, cabível a defesa da posse ou da propriedade em embargos de terceiro, visto que se julgada procedente a ação de usucapião ou os embargos de terceiro, prejudicado ficará o processo expropriatório.

Noutro passo, improcedentes as ações permanece hígida a ordem de reintegração de posse e, consequentemente, a decisão que determinou a expedição do mandado reintegratório.

Portanto, possível neste caso o ajuizamento de embargos de terceiro pelo espólio, para defesa da posse ou propriedade, nos termos do art. 1.046 do CPC.

O entendimento importa em julgar prejudicada a análise das demais razões recursais, por corolário, visto que sequer apreciados pelo juízo monocrático.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para o fim de desconstituir a sentença proferida para determinar o processamento dos embargos de terceiro, restando prejudicada a análise das demais teses recursais, pois não apreciadas pelo juízo *a quo*.

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. Eduardo Machado Rocha

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, 19 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1401459-81.2019.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PERDAS E DANOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL – SUPOSTA VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA PELA EX SÓCIA – TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA – AUSÊNCIA DO REQUISITO LEGAL DA PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO PELA RECORRENTE – NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO – MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O simples fato de a ex-sócia da agravante se estabelecer no mesmo ramo de negócios desta não é indicativo de concorrência desleal, anotando-se que não há no caso concreto qualquer norma contratual ou legal que impeça ou restrinja a livre concorrência.

Além disso, não havendo comprovação inequívoca, nesta fase processual, de que a agravada esteja, de fato, praticando os alegados atos lesivos à leal concorrência das partes, seja pela captação ilícita de clientela ou pela utilização de informações sigilosas da agravante, obtidas quando do término do vínculo societário entre as partes, não há como conceder a tutela provisória, ao fim de restringir a atividade comercial da ex-sócia, sem que antes se possibilite o contraditório e ampla defesa.

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, 19 de março de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Olga Maria Pasqualotto, contra decisão preferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de ação de obrigação de não fazer com perdas e danos e indenização por danos morais, com pedido de tutela de urgência, movida em face de Maíra Coraci Marques da Cunha Arantes, que indeferiu o pedido de tutela antecipada de urgência.

Alega, em síntese, que diversamente do que considerou o Julgador singular, restou demonstrada a probabilidade do direito invocado, uma vez que nos atos de dissolução da sociedade há cláusula proibitiva de não concorrência, e foi juntado aos autos o termo de constituição de nova sociedade, onde Marcela e Paula, sócias da empresa MMP Comércio de Vestuário e Acessórios Ltda tinham ciência da condição impeditiva da agravada, motivo por que a excluíram do contrato social da empresa.

A proximidade da recorrida, com as sócias da empresa mencionada está evidente nos documentos colacionados aos autos, restando indubitável a prática do delito de concorrência desleal.

O risco de dano ou ao resultado útil do processo se mostra no fato de que a agravante não pode ser compelida a tolerar a concorrência desleal de sua ex-sócia até decisão da lide, já que a cada dia que passa os danos são maiores, considerando a captação de clientes.

Assim, pede a concessão da tutela antecipada recursal, a fim de que seja determinada a suspensão das atividades da empresa MMP Comércio de Vestuários e Acessórios Ltda, até o trânsito em julgado do processo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, as agravadas rebatem os argumentos das agravantes e pedem o desprovisionamento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Olga Maria Pasqualotto, contra decisão preferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de ação de obrigação de não fazer com perdas e danos e indenização por danos morais, com pedido de tutela de urgência, movida em face de Maíra Coraci Marques da Cunha Arantes, que indeferiu o pedido de tutela antecipada de urgência.

Alega, em síntese, que diversamente do que considerou o Julgador singular, restou demonstrada a probabilidade do direito invocado, uma vez que nos atos de dissolução da sociedade há cláusula proibitiva de não concorrência, e foi juntado aos autos o termo de constituição de nova sociedade, onde Marcela e Paula, sócias da empresa MMP Comércio de Vestuário e Acessórios Ltda tinham ciência da condição impeditiva da agravada, motivo por que a excluíram do contrato social da empresa.

A proximidade da recorrida, com as sócias da empresa mencionada está evidente nos documentos colacionados aos autos, restando indubitável a prática do delito de concorrência desleal.

O risco de dano ou ao resultado útil do processo se mostra no fato de que a agravante não pode ser compelida a tolerar a concorrência desleal de sua ex-sócia até decisão da lide, já que a cada dia que passa os danos são maiores, considerando a captação de clientes.

Assim, pede a concessão da tutela antecipada recursal, a fim de que seja determinada a suspensão das atividades da empresa MMP Comércio de Vestuários e Acessórios Ltda, até o trânsito em julgado do processo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, as agravadas rebatem os argumentos das agravantes e pedem o desprovisionamento do recurso.

Nesse contexto, observo que a recorrente busca a concessão da tutela provisória de urgência, porque, segundo alega, sua ex-sócia Maíra Coraci Marques da Cunha Arantes, juntamente com outras pessoas, teriam constituído uma empresa voltada para o mesmo ramo comercial da autora, mesmo tendo assinado termo de dissolução, onde consta cláusula de não concorrência.

Aduz que tal fato tem lhe ocasionado prejuízos financeiros e extrapatrimoniais, uma vez que além de lhe impor uma concorrência desleal, já que a requerida, quando sócia da empresa, tinha acesso a segredos comerciais, também está desviando seus cliente, em evidente demonstração de má-fé.

Afirma que o risco de dano consiste no fato de que ela não pode ser obrigada a tolerar a conduta ilícita praticada pela requerida, tendo que aguardar até o deslinde do feito, quando seus prejuízos serão ainda maiores e irreparáveis.

Ante tal, conforme a recorrente, existem evidências suficientes para a concessão da tutela provisória, porque embora não conste o nome da recorrida no contrato de constituição da empresa MMP Comércio de Vestuário e Acessórios Ltda, tal sociedade existe, já que a requerida é prima de uma das sócias, nas iniciais MMP estaria incluída a inicial dela e também pela proximidade no relacionamento entre tais pessoas, que pode ser constatado pelas fotos colocadas em redes sociais.

Em que pesem tais considerações, vejo que os elementos indicados pela recorrente, nessa fase de cognição sumária são frágeis para o reconhecimento da probabilidade do direito invocado, conforme considerou o Julgador singular.

Há que se pontuar que o simples fato de o agravante se estabelecer no mesmo ramo de negócios de sua ex-sócia a ora agravada, não é indicativo de concorrência desleal, anotando-se que não há no caso concreto qualquer norma contratual ou legal que impeça ou restrinja a livre concorrência.

Além disso, não há comprovação inequívoca, nesta fase processual, de que a agravada esteja, de fato, praticando os alegados atos lesivos à leal concorrência das partes, seja pela captação ilícita de clientela ou pela utilização de informações sigilosas da agravante, obtidas quando do término do vínculo societário entre as partes.

Por outro lado, a alegação de que antigos clientes deixaram de negociar com a agravante para contratar os serviços do agravada, que constituiu nova empresa para atuação no mesmo segmento, não é suficiente para que se observe prática comercial predatória, posto que é praxe entre as empresas atuantes no mercado o oferecimento de uma proposta mais vantajosa que a de sua concorrente.

As tutelas antecipadas constituem exceção e devem ser apreciadas com cautela dentro de um sistema que privilegia o princípio do contraditório e a cognição exauriente. Ausente a probabilidade do direito invocado pela agravante, não deve ser concedida, *a priori*, a tutela provisória de urgência, a fim de que seja restringido o exercício de atividade comercial pela agravada.

Ante tal, 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. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Órgão Especial

Mandado de Segurança nº 1408710-87.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Designado Des. João Maria Lós

EMENTA – PRECATÓRIO – DOENÇA GRAVE – ADIANTAMENTO DE VALORES – COLISÃO DE PRINCÍPIOS – PAGAMENTO INTEGRAL – NECESSIDADE DEMONSTRADA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A jurisprudência pátria admite, em casos excepcionais, o adiantamento de valores em execução contra a Fazenda Pública, mitigando o princípio do precatório. A excepcionalidade está ligada, normalmente, com a existência de doença grave e necessidade de custeio do tratamento mediante o emprego de valores exigidos na execução.

Ordinariamente, tem-se liberado valores até o limite de cinco vezes do que seria permitido pagar mediante requisição de pequeno valor.

O fundamento da mitigação do princípio do precatório é a concordância prática com outros princípios tensionados nos casos concretos - dignidade da pessoa humana, efetividade da jurisdição -, cujo equilíbrio é obtido pelo emprego do postulado da proporcionalidade. Preserva-se, com isso, o núcleo fundamental dos princípios em jogo.

No caso dos autos, a parte impetrante não pode aguardar o interregno necessário ao recebimento do valor integral mediante precatório, senão com o comprometimento de sua saúde e de sua própria vida.

Segurança concedia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Des. João Maria Lós, após o voto do desempate do Presidente. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Ausente, justificadamente, a Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Paulo Cesar Mansano impetra mandado de segurança contra suposto ato coator praticado por Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul.

O recorrente, em síntese, alega que:

É credor do Estado de Mato Grosso do Sul da quantia de aproximadamente R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), cujo crédito decorre nos Autos do Precatório de Requisição de Pagamento nº 1601147-63.2015.8.12.0000, consoante a certidão expedida por este Egrégio Tribunal de Justiça;

Encontra-se acometido de doença grave (câncer no rim) e aposentado teve que se valer de inúmeros empréstimos junto a Instituições Financeiras, em maior proporção, para o tratamento de sua saúde, razão pela qual pleiteou o levantamento do crédito integral;

Teve deferido o pedido de pagamento preferencial observado o limite constitucional de valor, contudo sobre o pedido de levantamento da quantia integral do valor do precatório nada foi mencionado, assim opôs Embargos de Declaração que foram rejeitados, sob a alegação de que é impossível o recebimento do total do crédito em detrimento dos demais credores;

O ato coator está representado pela decisão proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente nos Autos nº 1601147-63.2015.8.12.0000/50001, que indeferiu o pedido de levantamento integral da quantia, sob a alegação de que é impossível o recebimento do total do seu crédito em detrimento dos demais credores, devendo guardar a fila orçamentária para o recebimento do integral remanescente.

Requer, desta feita, a concessão de a liminar para que seja determinada a imediata liberação da totalidade do crédito devidamente atualizado, como de direito e, ao final, a concessão definitiva da segurança declarando o direito ao levantamento do seu crédito e atender as suas prementes necessidades (f. 01-10).

A decisão da f. 258-263 indeferiu o pedido liminar.

As informações foram prestadas às 269-277 e 280-284, tendo a Procuradoria-Geral do Estado apontado preliminar de inadequação da via processual eleita e ausência de direito líquido e certo.

O autor manifestou-se às f. 324-328 acerca das informações prestadas.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento da preliminar e denegação da ordem (f. 336-345).

VOTO (EM 19/12/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Paulo Cesar Mansano contra suposto ato coator praticado por Vice- Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme relatado, o autor sustenta ser credor do Estado de Mato Grosso do Sul da quantia de aproximadamente R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), cujo crédito decorre nos Autos do Precatório de Requisição de Pagamento nº 1601147-63.2015.8.12.0000, consoante a certidão expedida da f. 91-93, e por se encontrar acometido de doença grave (câncer no rim) e aposentado teve que se valer de inúmeros empréstimos junto a Instituições Financeiras, em maior proporção, para o tratamento de sua saúde, razão pela qual pleiteou o levantamento do crédito integral.

Em atenção ao pedido de pagamento preferencial observado o limite constitucional de valor, este lhe restou deferido, contudo sobre o pedido de levantamento da quantia integral do valor do precatório nada foi mencionado, assim opôs Embargos de Declaração que foram rejeitados, sob a alegação de que é impossível o recebimento do total do crédito em detrimento dos demais credores. Compreende, portanto, que o suposto ato coator está representado pela decisão proferida pelo Vice-Presidente nos Autos nº 1601147-63.2015.8.12.0000/50001, que indeferiu o pedido de levantamento integral da quantia, sob a alegação de que é impossível o recebimento do total do seu crédito em detrimento dos demais credores, devendo guardar a fila orçamentária para o recebimento do integral remanescente.

Diante dessa decisão e considerando seu estado de saúde requer a imediata liberação do valor remanescente do crédito de precatório oriundo dos Autos de Precatório de Requisição de Pagamento nº 1601147- 63.2015.8.12.0000.

Em relação a preliminar de inadequação da via eleita, suscitada em sede de informações, tenho que a mesma se confunde com o mérito e com ele será apreciado.

Dito isso, denota-se que o impetrante em 31/05/2018 requereu o pagamento preferencial do seu crédito (f. 248-252) e a decisão de f. 253-255 no Processo nº 1601147-63.2015.8.12.0000/50000 demonstrando os requisitos objetivos, datado de 31/01/2018:

“1. Paulo Cesar Mansano afirma ser portador de doença grave – Neoplasia Maligna do rim e Nefropatia grave - CID C.64 – por isso requer o pagamento preferencial do seu crédito.

O art. 102, § 2º, da ADCT, dispõe que “ Na vigência do regime especial previsto no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as preferências relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência serão atendidas até o valor equivalente ao quintuplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, admitido o fracionamento para essa finalidade, e o restante será pago em ordem cronológica de apresentação do precatório.” (NR)

O Conselho Nacional de Justiça definiu que serão considerados portadores de doenças graves os beneficiários acometidos das moléstias relacionadas no artigo 13 da Res. 115/2010.

A preferência é um direito personalíssimo a ser exercido subjetivamente uma única vez em cada precatório de que for titular o beneficiário.

Para pagamento prioritário o beneficiário deve demonstrar que preenche as exigências daquela norma constitucional.

Consta do processo que o crédito é de natureza alimentar e o credor comprova ser portador de Neoplasia Maligna do rim e Nefropatia grave - CID C.64, conforme laudo médico de f. 8-10, preenchendo os requisitos objetivos.

Ante o exposto, defiro o pagamento preferencial ao requerente, observado o limite constitucional de valor. Anote-se expressamente esta autorização e o valor levantado.

2. Proceda-se à reserva do crédito, assegurando-se que os precatórios preferenciais precedentes a este estão com seus pagamentos garantidos.”

Esta ação mandamental, entretanto, aponta como ato coator a decisão da Vice-Presidência proferida no Recurso de Embargos Declaratórios nº 1601147-63.2015.8.12.0000/50001 que indeferiu a liberação do valor integral do precatório, em 03/04/2018 (f. 13-14):

“No caso, consta que o embargante já se beneficiou do pagamento preferencial neste precatório contra o Estado de Mato Grosso do Sul, efetuando o levantamento em 02.09.2016 (f. 139), correspondente a 1.545 Ufems à época do saque.

Portanto, tendo o embargante já se beneficiado neste precatório do pagamento preferencial fixado em lei, conforme o § 2º do art. 100 da Constituição Federal, impossível o recebimento do total do seu crédito em detrimento dos demais credores que também estão em fila orçamentária aguardando o recebimento de seu crédito.

Com efeito, o Estado de Mato Grosso do Sul encontra-se inserido no Regime Especial de Pagamento de Precatórios, em parcela mensal, na forma do art. 97, inciso I, do ADCT. Assim, os débitos pendentes com precatórios deverão ser integralmente pagos durante o período estabelecido para a sobrevida do Regime Especial, por meio de alocação de recursos ao Tribunal de Justiça, mediante observância obrigatória da alíquota mínima e dos prazos estabelecidos para o Regime Especial.

O presente precatório é o de n. 2063 na ordem cronológica, portanto ainda não sendo o momento de seu pagamento integral.

Entretanto, considerando a Emenda 99, de 14 de dezembro de 2017, que alterou o valor da superpreferência para o equivalente ao quádruplo fixado em lei para a ROPV (§ 2º do art. 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), deve ser deferido o pagamento dessa diferença ao embargante.

Assim, conheço e rejeito os embargos declaratórios.

Por outro lado, defiro ao embargante o pagamento do crédito preferencial remanescente, observado o atual limite constitucional do valor. Anote-se expressamente esta autorização e o valor levantado.

Após o pagamento dessa diferença, em relação ao crédito remanescente, aguarde-se a ordem cronológica de pagamento.”

Voltando-se para o pedido efetuado junto a Vice-Presidência, bem como repetido na peça inicial, observa-se que aquele restou embasado na Lei 12.008/09, art. 1.211-A, de que os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias; na Lei 9.784/99, que trata da Administração Pública Federal, destaque em seu art. 69-A, a prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, os procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessado pessoa portadora de neoplasia maligna (inciso IV); na Lei 7.713/88, que trata da legislação do imposto de renda; e, por derradeiro, na Portaria 629, de 13/08/2014, do TJMS, que prevê:

Art. 12. Os débitos de natureza alimentícia serão pagos com preferência sobre os demais, respeitando-se, dentro desta classe, a prioridade devida aos portadores de doença grave e aos que possuírem 60 (sessenta) anos ou mais de idade.

§ 1º São considerados débitos de natureza alimentícia aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 2º Portadores de doença grave são os beneficiários acometidos das moléstias listadas no inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713/1988, com a redação dada pela Lei nº 11.052, de 29 de dezembro de 2004, bem como as doenças assim consideradas com base na medicina especializada, comprovadas por laudo médico oficial, mesmo que tenham sido contraídas após o início do processo.

A Portaria ora mencionada, em seu art. 14, deixa claro que:

“O pagamento preferencial em razão de doença grave ou de idade será efetuado por credor e não importará em pagamento integral do precatório, se o seu valor for superior ao crédito preferencial. Parágrafo único. A preferência será limitada ao triplo do valor estipulado por lei editada no âmbito da entidade devedora para as requisições de pequeno valor, ou, na falta de lei, ao triplo dos valores definidos no § 12, incisos I e II, do artigo 97 do ADCT da Constituição Federal, não podendo ser inferior ao maior valor do benefício do regime geral de previdência social, permanecendo o saldo remanescente na posição original, segundo a ordem cronológica de apresentação.” (Destaque).

Ou seja, dúvida não há que a decisão da Vice-Presidência aplicou corretamente a norma, pois somente deferiu “o pagamento preferencial ao requerente, observado o limite constitucional de valor. Anote-se expressamente esta autorização e o valor levantado.” (f. 254) e que foi concretizado em 21/06/2018 (f. 255), inexistindo direito líquido e certo de recebimento do precatório integral, pelo contrário, tal pleito contrapõe o estabelecido em lei.

Nessa senda:

MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – PEDIDO DE INSERÇÃO NA FILA DE PAGAMENTO PRIORITÁRIO – IMPETRANTE ACOMETIDO POR DOENÇA GRAVE (CÂNCER) – POSSIBILIDADE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Conforme determina o § 2º, do art. 100, da Constituição Federal, é garantido o pagamento prioritário, nos limites e condições dispostos na própria Constituição Federal, de precatório cujo credor esteja acometido de doença grave (câncer), nos termos do art. 13, alínea “c”, da Resolução n. 115, de 29 de junho de 2010 do Conselho Nacional de Justiça. (TJMS. Mandado de Segurança n. 4007685-29.2013.8.12.0000, Campo Grande, Órgão Especial, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 12/03/2014, p: 22/04/2014) Destaque

Inclusive, observando a Emenda 99, de 14 de dezembro de 2017, que alterou o valor da superpreferência para o equivalente ao quádruplo fixado em lei para a ROPV (§ 2º do art. 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), deferiu-se o pagamento dessa diferença ao autor (f. 33).

No entanto, em que pesem as alegações do impetrante e as provas pré-constituídas nos autos, é preciso se ater que a liberação do valor do precatório dentro do limite permissivo já foi deferida, inexistindo o direito perseguindo de pagamento integral do precatório.

Diante do exposto, com o parecer, denego a segurança.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º Vogal)

Divirjo do e. Relator.

No caso dos autos, o Impetrante possui junto à Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul o Precatório nº 1601147-63.2015.8.12.0000 para recebimento de crédito do Estado de Mato Grosso do Sul, no valor originário de R\$ 177.425,82.

Não obstante o Impetrante tenha recebido o crédito preferencial previsto no art. 100, § 2º, da Constituição Federal, este foi limitado ao valor de cinco vezes o valor previsto para a requisição orçamentaria de pequeno valor, restando um crédito remanescente de R\$ 134.587,73, motivo pelo qual requer, com fundamento na gravidade da doença que lhe acomete, requer a concessão definitiva da segurança declarando o direito ao levantamento do seu crédito e atender as suas prementes necessidades.

Pois bem.

O art. 100 da Constituição Federal estabelece que:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Por sua vez, seu parágrafo 4º preconiza que:

“§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.”

O sistema de precatórios é visto como verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, por opção legislativa.

No entanto, a demora na efetiva satisfação do direito violado e, em consequência, no pagamento devido, poderá, em determinadas hipóteses, representar violação ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, a exemplo do caso em análise. Isso porque o crédito devido ao impetrante, neste processo, lhe é necessário de imediato, para custeio de tratamento de moléstia de natureza grave - neoplasia maligna e nefropatia grave câncer no rim, identificada às f. 15-17 e 58-60, e está prevista no rol de doenças graves da Resolução 115, de 29 de junho de 2010/CNJ - cuja terapia não pode, de modo algum, ser adiada.

Sabe-se que, da expedição do precatório, até o efetivo pagamento, transcorre um lapso de tempo razoável, o que, em última análise, reflete uma opção do legislador constituinte, com vistas à racionalização dos gastos com as contas públicas, bem como para se propiciar um maior controle e previsibilidade sobre esses gastos. Há, inclusive, como se vê pelo dispositivo acima transcrito (art. 100, § 4º, da CF), uma preocupação especial do legislador no sentido de evitar o fracionamento do valor da execução, a fim de impedir a burla ao sistema de precatórios.

Não há dúvidas, pois, quanto à regra em tese aplicável ao pagamento do valor exequendo, visto que seu montante não se submete à sistemática das Requisições de Pequeno Valor (RPVs), mas ao sistema mais moroso de precatórios.

Assim, em uma situação tal, o que propõe a jurisprudência é uma análise conjunta do ordenamento constitucional, considerando o sistema de precatórios como regra, porém não absoluta, passível de se adequar a situações excepcionais com as quais se depara o julgador.

Atento à realidade, venho admitindo - apenas em hipóteses excepcionais, frise-se - a preferência de pagamento do crédito integral quanto necessário para o custeio de tratamento de saúde.

Os precedentes nesse sentido, dizem respeito a casos devidamente justificados, em que a parte impetrante não pode aguardar o interregno necessário ao recebimento do valor integral mediante precatório, senão com o comprometimento de sua saúde e de sua própria vida.

A situação aqui em análise amolda-se perfeitamente a esse quadro.

O quadro de saúde do impetrante demanda cuidado intensivo e imediato, e, para custear o tratamento, ele precisa que o crédito devido nestes autos esteja, com urgência, à sua disposição.

Por isso, entendo que, no caso dos autos - em caráter excepcional, é possível atender ao pedido formulado pelo impetrante, a fim de receber integralmente o que lhe é devido. Assim, se permitirá que o autor usufrua de ao menos parte de seu crédito de forma mais célere.

Com efeito, há que se fazer uma ponderação entre os princípios/preceitos constitucionais e, havendo incompatibilidade entre eles, primar pela aplicação daquele que for mais compatível com a dignidade da pessoa humana, no caso concreto. Essa ponderação deve ser feita em consonância com a razoabilidade, que, na peculiar hipótese de que aqui se trata, impõe a conclusão do caráter não absoluto da norma que determina o regime de precatório.

Corroboro do entendimento do Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, no Processo nº 2002.04.01.042525-9/PR, ao afirmar que *“a regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional”*.

Há, aqui, o que se pode chamar de colisão de princípios constitucionais, a ser resolvida.

A Constituição estabelece um sistema aberto de princípios, admitindo a existência do fenômeno de tensão entre os princípios, como o denominou Canotilho (Direito Constitucional. 5. ed., Coimbra: Almedina, p. 195). Para o citado doutrinador, a pretensão de dar validade absoluta a alguns deles, com sacrifício de outros, originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente quebra da unidade axiológico-normativa da Constituição. Daí o reconhecimento de momentos de antagonismo entre princípios, e a ideia que os princípios não obedecem, em caso de antinomia, à lógica do “tudo ou nada”, mas, sim, podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso. (Idem, p. 196).

Para Eros Roberto Grau, isso significa que, “em cada caso, armam-se diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando” (**A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 116).

Em outras palavras, há casos em que o julgador, para a solução do conflito, precisa dar preponderância a um princípio em relação a outro. Aqui, há de um lado o interesse da Administração Pública, de que antes já se falou, no sistema de precatório, ao qual se submeteria, *in totum*, a execução em comento. De outro lado, há o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana a serem considerados, bem como a não razoabilidade em se exigir que o impetrante aguarde por anos na “fila” para receber o que necessita imediatamente, dada a sua atual condição de saúde.

Em hipóteses em tudo semelhantes à presente, o TRF da 4ª Região assim se pronunciou:

PREVIDENCIÁRIO – CONSTITUCIONAL – EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL QUE EM MUITO EXTRAPOLA O LIMITE DE 60 SALÁRIOS MÍNIMOS QUE AUTORIZA O PAGAMENTO POR REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR – AUTOR QUE, ACOMETIDO DE DOENÇA CRÔNICA GRAVE EM ESTÁGIO ACELERADO, PRECISA DE ACOMPANHAMENTO LABORATORIAL E DE USO DE MEDICAÇÃO – MITIGAÇÃO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NA SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS – ADIANTAMENTO DE PARTE DO VALOR ATRAVÉS DE RPV.

1. O interesse público por trás dos ditames constitucionais de pagamento judicial de dívidas públicas - consubstanciado no anseio em que o Estado tenha provisão de recursos e de que a afetação desmedida e imprevisível de montantes em virtude de comandos judiciais não lhe emperre as atividades - é justificativa suficiente a que o particular-credor espere para ver somas a que tem direito finalmente adimplidas pelo Estado somente quando escoado o lapso temporal necessário para tanto, não se cogitando de adiantamentos de valor por vias transversas ou pelos mais variados subterfúgios, como, por exemplo, o fracionamento do processo excutório com o repasse de verbas em parte mediante precatório e, em parte, através de RPV.

2. O caso dos autos, entretanto, reclama abrandamento dos ditames inerentes aos precatórios. Estando o demandante acometido de doença grave (leucemia mielóide crônica) em estágio acelerado, necessitando de controles laboratoriais periódicos e de uso de medicação, o que repercute na imperiosidade em que o paciente tenha à sua disposição o maior número possível, sendo o exequente credor de importância substancial perante o INSS, em relação à qual uma renúncia aos montantes que extrapolam a definição de pequeno valor; para que seja possível agilizar o adimplemento mediante RPV, é claramente irrazoável, e considerando-se que o valor a ser adiantado por RPV é incontroverso, que se trata de parte exígua do quantum debeatur e que o adimplemento da quantia a ser requisitada não afeta sobremodo o orçamento público, não há motivos, mormente se se levar em conta o princípio da proporcionalidade que deve nortear os pronunciamentos judiciais, para negar ao autor o pagamento adiantado de parte dos valores a que, sem sombra de dúvidas, faz jus.

3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do direito à saúde que, dada a excepcionalidade da situação, atuam de modo a mitigar a sistemática dos precatórios. (AG 2005.04.01.0138004/PR. Sexta Turma. Relator João Batista Pinto Silveira. DJU de 02/08/2006. p. 557)

PROCESSO CIVIL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – COLISÃO DE PRINCÍPIOS – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

- Embora de ordinário a tutela antecipada deva ocorrer em processo de conhecimento, não existe vedação legal à sua concessão no processo de execução.

- A regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional.

- Não sendo a regra do precatório absoluta, o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional e, porque não dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana, seriamente ameaçado no caso concreto. (...). (AG 200204010425259/PR. Quinta Turma, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz. DJU de 19/03/2003. p. 635)

Em resumo, o autor padece de doença grave, em fase avançada, necessitando de todas as verbas de que pode dispor para fazer frente às despesas de seu tratamento.

O pagamento via precatório é imperativo constitucional e atende à predominância do interesse público sobre o interesse particular. No caso do impetrante, contudo, o seu maior interesse, qual seja, a preservação de sua vida, há que prevalecer sobre qualquer interesse econômico, mesmo da Administração Pública.

Desse modo, a regra do precatório reclama um abrandamento no presente caso, pois não é absoluta, e o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, no caso concreto, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Note-se que a medida ora deferida não desconhece o sistema de precatório e nem lhe nega aplicabilidade. Trata-se, apenas, em caráter excepciona dada a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e efetividade da jurisdição.

Diante do exposto, divirjo do e. Relator e concedo a segurança a fim de garantir ao impetrante a imediata liberação da totalidade do crédito, devidamente atualizado.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (7º Vogal)

Acompanho o voto do 4º Vogal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (8º Vogal)

Acompanho o voto do 4º Vogal.

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

Acompanho o voto do 4º Vogal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (10º Vogal)

Acompanho o voto do 4º Vogal.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (12º Vogal)

Acompanho o voto do 4º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do Des. João Maria Lós, após o voto do desempate do Presidente. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abs Duarte. Ausente, justificadamente, a Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. João Maria Lós, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 19 de dezembro de 2018.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1412517-18.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA EM FACE DE AÇÃO COLETIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PRELIMINAR AFASTADA – INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DEMANDA REPETITIVA – INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO COLEGIADO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – PRAZO PRESCRICIONAL NÃO ESCOADO – CONTRARIEDADE À COISA JULGADA NÃO VERIFICADA – IMUTABILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA – CORREÇÃO MONETÁRIA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação deve ser afastada, pois não é necessário que o julgador trate exaustivamente das matérias levadas aos autos pelas partes, bastando que ele justifique as razões que formam seu convencimento. Portanto, a fundamentação concisa não se confunde com a ausência de fundamentos, não se podendo falar em violação ao artigo 93, inciso IX, da CF, tampouco em enquadramento em qualquer das figuras do § 1º do art. 489 do CPC.

Não se vislumbra hipótese de instauração de incidente de demanda repetitiva, pois este órgão colegiado é incompetente para admitir a pretendida instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que o referido pedido deve ser dirigido ao Presidente deste Tribunal, nos termos do que dispõe o *caput* do artigo 977 do Novo Código de Processo Civil. Ademais, não se verifica hipótese de enquadramento no artigo 572 do RITJMS.

Nas relações jurídicas que versam pretensão de direito em face da Fazenda Pública, o artigo 1º do Decreto 20.910/32 instituiu o prazo prescricional de cinco anos, que se inicia a partir da data do ato ou do fato que deu origem ao dano discutido, logo, quando finda a liquidação, que é entendida como extensão da fase cognitiva. Precedentes.

Com efeito, não há falar em contrariedade à coisa julgada, pois o juízo *a quo* proferiu decisão em conformidade com o conteúdo constante da sentença coletiva, pois, em razão da ausência dos contratos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, utilizou parâmetros para os encargos financeiros cobrados indicados naquela demanda. Outrossim, com o trânsito em julgado da decisão, os litigantes ficam adstritos aos limites impostos pelo título executivo judicial.

Por fim, não prosperar a irresignação do agravante quanto à existência de empréstimos no ano de 2001, visto que os limites da decisão foram estabelecidos no dispositivo da sentença coletiva, que transitou em julgado, não cabendo mais discussão acerca do assunto.

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.

Conclui-se, assim, que os juros a serem aplicados nas condenações contra a Fazenda Pública devem ser mantidos em 6% ao ano até 01/2003. Após essa data, são de 12% ao ano até 29/06/2009. E, após, devem ser observados 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 após tal data.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da decisão que, nos autos da liquidação de sentença ajuizada por Francisco Wilken Barbosa, determinou à credora a apresentação de cálculos, consoante parâmetros indicados na sentença, no prazo de quinze dias.

Sustentou, inicialmente, a necessidade de ser declarada a nulidade da decisão por ausência de fundamentação, nos termos do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, destacando que o título judicial que embasa a Ação Coletiva não condiz com a pretensão deduzida pela agravante nos presentes autos.

Afirmou que a presente ação não possui o condão de suspender o prazo prescricional de cinco anos para a execução do julgado, encontrando-se prescrito o direito de executar eventual crédito a ser liquidado, nos termos da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça.

Salientou que o título judicial apresentado transitou em julgado, contudo, a citação do Estado de Mato Grosso do Sul apenas foi efetivada após o transcurso do prazo de cinco anos do trânsito em julgado da ação coletiva.

Alegou que os servidores não foram obrigados a contrair empréstimo, de forma que os mesmos devem comprovar a celebração do contrato e a data em que fora firmado, com o respectivo desembolso das despesas que se pretendem ver ressarcidas, sob pena de contrariedade à parte dispositiva da sentença.

Argumentou que o magistrado singular consentiu tacitamente com a alteração da causa de pedir da liquidação, sem requerimento do liquidante ou consentimento do ora agravante, por presunção acerca da responsabilidade do Estado, contrariando decisão deste Eg. Tribunal de Justiça que impõe demonstração do dano.

Defendeu que *“ao admitir a presunção do dano e determinar a aplicação dos critérios do contrato de 2000 para os demais contratos, a decisão está claramente modificando a parte dispositiva da sentença, o que é ilegal, eis que admissão da liquidação por presunção, contraria frontalmente o § 4º do art. 509 do NCPC”* (f. 24).

Aduziu que no ano de 2001 não houve tratativa acerca de empréstimos com o Banco do Brasil S/A e demais instituições financeiras, para viabilização do recebimento dos salários em atraso, sendo que tal assertiva não foi enfrentada pela parte liquidante, restando, pois, incontroversa.

Asseverou a ilegalidade da inversão do ônus da prova, eis que a decisão agravada estendeu ao processo de liquidação o entendimento proferido na ação coletiva originária, de ser do Estado o dever de juntar os documentos inerentes aos contratos de empréstimo realizados.

Ato contínuo, pontuou que o reembolso dos eventuais empréstimos disponibilizados para os servidores estaduais somente poderá ser realizado após a prova da efetivação da operação bancária e da data do desembolso, entretanto, o Estado não detém acesso a tal documentação, mas sim o Banco do Brasil S/A.

Insurgiu-se, ainda, quanto à fixação dos critérios de correção monetária e juros de mora com a vigente orientação do Supremo Tribunal Federal, destacando a necessidade de adoção da taxa referencial como índice de correção monetária e a apuração dos juros de mora em 6% ao ano a contar do desembolso.

No desfecho, pugnou pela instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, diante do número exorbitante de demandas ajuizadas pelos servidores estaduais, enquadrando-se o caso no art. 976 do Código de Processo Civil.

O agravo de instrumento foi admitido com atribuição de efetivo suspensivo, e, após, houve a intimação da agravada para apresentar resposta ao recurso, que manifestou-se pelo seu desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

A autora ingressou com liquidação da sentença proferida nos autos de Ação Coletiva movida pela Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso do Sul – FETEMS, que visava a tutela de direitos individuais homogêneos dos servidores estaduais ativos e inativos do grupo magistério.

A decisão agravada determinou ao credor a apresentação de cálculos, no prazo de quinze dias, com base nos parâmetros indicados em seu conteúdo, para, posteriormente, ser proferida a decisão liquidando a sentença.

Da nulidade da decisão por ausência de fundamentação:

O agravante alega, inicialmente, a necessidade de ser declarada a nulidade da decisão por ausência de fundamentação, nos termos do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, destacando que o título judicial que embasa a ação coletiva não condiz com a pretensão deduzida pela agravante nos presentes autos.

Sem razão, entretanto.

A ausência de motivação consiste no fato de o juiz, ao proferir a decisão, não apontar as razões que ensejaram o seu convencimento. Em tais casos, é permitida a declaração da nulidade, a fim de viabilizar a defesa das partes no processo, o que não seria possível sem a devida fundamentação do entendimento pelo julgador.

Compulsando os autos, observa-se que o autor ingressou com a presente liquidação visando obter a restituição dos custos das operações bancárias, logo, a pretensão deduzida na ação condiz com o título judicial que embasa a Ação Coletiva, não merecendo prosperar a resignação do agravante.

Outrossim, extrai-se da decisão agravada que o magistrado *a quo* fundamentou as questões levantadas, especialmente aquelas relacionadas à inversão do ônus da prova, decidindo ser incabível a rediscussão acerca da matéria, por restar acobertada pelo manto da coisa julgada, conforme se observa, a seguir:

“(...) Ocorre que, toda essa discussão a respeito de quem é esse ônus da prova, já foi devidamente decidida na sentença proferida nos autos principais que, por sua vez, transitou em julgado na data de 27/05/2011 (f. 122), não cabendo mais rediscussão do assunto, vez que o mesmo restou acobertado pelo manto da coisa julgada. (...) Como visto, com a inversão do ônus da prova, caberia ao Estado/liquidado fazer a prova de suas alegações. Essa afirmação, repete, não cabe maiores discussões, vez que já foi decidida por sentença transitada em julgado. Acrescento, de passagem, que se o Estado alega ter pago os encargos dos empréstimos, certamente tem registros contábeis dessa situação. A prova, portanto, pode ser trabalhosa pelo elevado número de credores, mas é possível e viável.”

Nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal proferiu seu entendimento sobre o assunto, nestes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – OFENSA AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A fundamentação concisa atende à exigência do artigo 93, IX, da Constituição Federal, não implicando a invalidação da decisão que a utiliza. [...] Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 310272 AgR. Segunda Turma. Relator Ministro Mauricio Corrêa. DJ. 28.6.2002)

Desta forma, a preliminar aventada não merece prosperar, porquanto a mera irresignação do agravante com os fundamentos da decisão hostilizada não detém o condão de acarretar a sua nulidade.

Da instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas:

O agravante pleiteia a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, diante do número exorbitante de demandas ajuizadas pelos servidores estaduais, enquadrando-se o caso no art. 976 do Código de Processo Civil.

Entretanto, não se vislumbra hipótese da instauração de referida medida processual, pois este órgão colegiado é incompetente para admitir a pretendida instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que o referido pedido deve ser dirigido ao Presidente deste Tribunal, nos termos do que dispõe o *caput* do artigo 977 do Novo Código de Processo Civil.

Ademais, não se verifica hipótese de enquadramento no artigo 572 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, razão pela qual deve ser rejeitado o pedido realizado pela agravante.

Da legitimidade ativa:

Inicialmente cabe destacar que, por tratar-se de matéria de ordem pública, a questão atinente à legitimidade independe de expresso pedido da parte, sendo permitido ao julgador suscitar a preliminar de ofício caso entenda cabível.

Impõe-se fazer uma distinção entre o instituto da substituição processual (legitimação extraordinária) e o da representação processual, pois, apesar da aparente semelhança, as duas hipóteses não se confundem, visto que possuem exigências próprias para a verificação da regularidade da legitimação processual.

Os institutos estão intrinsecamente ligados pela legitimidade *ad causam*, condição da ação, como bem discorrem Cintra, Grinover e Dinarmarco:

“Ainda como desdobramento da ideia da utilidade do provimento jurisdicional pedido, temos a regra que o Código de Processo Civil enuncia expressamente no art. 6º: ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’. Assim, em princípio, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).

Os casos excepcionais, previstos na parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, caracterizam a chamada legitimidade extraordinária ou substituição processual. Há certas situações em que o direito permite a uma pessoa o ingresso em juízo, em nome próprio (e, portanto, não como mero representante, pois este age em nome do representado, na defesa de direito alheio).” (g.n.)¹

Depreende-se a distinção básica existente entre ambos os institutos, uma vez que na representação processual (legitimação ordinária) o representante age em nome do representado, na defesa de direito alheio, ao passo que na substituição processual (legitimação extraordinária), age em nome próprio pleiteando direito alheio. Quanto ao assunto, pertinente a lição do ilustre doutrinador Hugro Nigro Mazzilli:

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2007. p. 276.

“A legitimação extraordinária, por meio da substituição processual, é, pois, inconfundível com a representação. Na representação processual, alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio (como é o caso do procurador ou mandatário); já na substituição processual, alguém, que não é procurador ou mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio.”²

Seguindo esta concepção, considerando que a Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso do Sul (FETEMS) consubstancia-se uma entidade associativa, duas normas constitucionais estabelecem sua atuação em juízo, uma como representante (art. 5º, XXI, CF) e outra como substituta (art. 5º, V, alíneas ‘a’ e ‘b’ da Lei nº 7.347/85 e art. 82, IV, da Lei nº 8.070/90).

O artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, dispõe que *“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”*, logo, aplicável tal artigo tão somente quando a entidade estaria a agir em representação processual.

De outro lado, o artigo 5º, LXX, alínea ‘b’ da Carta Magna, preconiza a permissão para a atuação na defesa dos interesses dos associados advém da própria norma a evidenciar que, neste caso, estará a exercer a legitimação extraordinária, em nome próprio, para a defesa dos interesses de seus membros, sem necessidade de autorização individual.

Deste modo, a verificação de cada hipótese depende, pois, da natureza jurídica da pretensão aviada em Juízo, se coletiva ou individual.

Na ação coletiva que ensejou a presente liquidação de sentença, a Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso do Sul (FETEMS) pleiteou a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento da quantia despendida pelos servidores do grupo magistério, a título de custos operacionais dos empréstimos (taxas do próprio contrato, juros, IOF), que foram descontados dos valores repassados aos servidores.

A sentença proferida no processo de conhecimento identificou como titulares do direito perseguido na ação todos os servidores estaduais ativos e inativos do grupo do magistério nos anos de 2000 a 2003, não havendo quaisquer discussões acerca da legitimidade da federação ou dos representados.

Por oportuno, importa transcrever o que restou consignado no dispositivo de referida decisão:

*“Isso posto, julgo totalmente procedente o pedido inicial formulado pela Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso Do Sul – FETEMS/MS face do Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de condená-lo à restituição dos custos das operações bancárias, consistentes nas taxas de contratos, IOF e juros contratuais, incidentes nos empréstimos realizados pelos **servidores estaduais ativos e inativos do grupo magistério** nos anos de 2000 a 2003, com a finalidade de recebimento de salários atrasados e gratificações natalinas.*

Sobre a condenação incidirão juros moratórios no importe de 6% ao ano, contados a partir do evento danoso e remuneratórios no importe de 12% ao ano. Tudo corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir do desembolso.

Inexistentes os requisitos previstos no artigo 47 do Código de Processo Civil, determino a exclusão do Banco do Brasil S.A. por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, observados os requisitos do art. 20, § 3º, “a” a “c” e § 4º, do Código de Processo Civil.

Julgo o presente feito com apreciação de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.” (g.n.)

² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

A despeito do precedente do Supremo Tribunal Federal (RE nº 573.232/SC), julgado no âmbito de repercussão geral, que assentou a necessidade de autorização expressa dos filiados para a associação patrocinar os interesses dos seus próprios membros, hipótese em que atua como representante processual da categoria (art. 5º, XXI, CF), têm-se que o mesmo é inaplicável, pois, no caso, a Federação agiu na condição de substituta processual (legitimada extraordinária), pois visa tutela jurisdicional para proteção de direitos concernentes à coletividade, considerada difusamente (art. 5º, V, 'a' e 'b' da Lei nº 7.347.85 e art. 82, IV, da Lei 8.078/90).

Conclui-se, assim, pela prescindibilidade de autorização expressa dos beneficiados por meio de declarações individuais ou de deliberação em assembleia geral, eis que não se estará atuando na defesa, bem como pela desnecessidade do exequente demonstrar que integrou lista necessária à execução.

Neste sentido, este Egrégio Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de julgar caso semelhante, a exemplo do seguinte julgado:

“APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA – ILEGITIMIDADE ATIVA – PRECEDENTE DO STF QUE NÃO SE APLICA AO CASO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO QUANTO À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA RELATIVAMENTE AOS DESTINATÁRIOS – COISA JULGADA – SENTENÇA TORNADA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO. O precedente do Supremo Tribunal Federal, RE n. 573.232, que limita o alcance subjetivo da decisão coletiva, ao legitimar apenas os associados que tiverem dado, na data do ajuizamento da ação, autorização para postular em seu nome e que constassem da lista de beneficiários, não se aplica à hipótese em que a própria sentença, formadora do título judicial, indica os beneficiados do direito ali reconhecido, ainda quando não há, na fase de conhecimento, nenhuma insurgência acerca da legitimidade ou da necessidade de autorização expressa ou da apresentação de lista dos associados pela parte adversa, operando-se sobre tal questão a coisa julgada.” (AC 0801981-14.2016.8.12.0017. TJMS. 3ª Câmara Cível. Relator Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. J. 28/03/2017)

Outrossim, com o trânsito em julgado da decisão, os litigantes ficam vinculados aos limites impostos pelo título executivo judicial e, por corolário, nas fases subsequentes, não podem buscar o que não está assegurado na condenação, afigurando-se impertinente a rediscussão e modificação do que restou esposado na sentença, ante a eficácia preclusiva da coisa julgada material.

O processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, reportando-se ao pensamento do mestre Liebman, ensina que, para a doutrina majoritária, a coisa julgada é uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis e acrescenta:

“Para essa parcela doutrinária, após o trânsito em julgado da sentença – ou acórdão – de mérito, os efeitos projetados no plano prático por essa decisão não mais poderão ser discutidos em outra demanda, ou mesmo pelo legislador; o que seria suficiente para concluir que tais efeitos não poderão ser modificados, estando protegidos pelo ‘manto’ da coisa julgada material” (apud Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 493).

Diante de tais considerações, face a prescindibilidade de autorização expressa dos filiados para legitimar a atuação em juízo da associação na qualidade de legítima extraordinária (art. 5º, V, alíneas 'a' e 'b' da Lei 7.347/85 e art. 82, IV, da Lei 8.078/90), desnecessária a demonstração do apelante ter integrado lista necessária à execução, razão pela qual se reconhece a legitimidade do exequente para figurar no polo ativo do cumprimento de sentença.

Do instituto da prescrição:

O agravante alega que a pretensão do autor encontra-se prescrita, uma vez que o título judicial apresentado transitou em julgado, contudo, a citação do Estado de Mato Grosso do Sul apenas foi efetivada após o transcurso do prazo de cinco anos do trânsito em julgado da ação coletiva.

É cediço que o instituto da prescrição visa garantir segurança às relações jurídicas, retirando do interessado, em razão de sua inércia, a faculdade de exercer o seu direito de ação após transcurso de determinado prazo legal. Neste prisma, o doutrinador Silvio da Salvo Venosa assim leciona:

“Se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social. O devedor, passado muito tempo da constituição de seu débito, nunca saberia se o credor poderia, a qualquer momento, voltar-se contra ele. O decurso de tempo, em lapso maior ou menor, deve colocar uma pedra sobre a relação jurídica cujo direito não foi exercido. É com fundamento na paz social, na tranquilidade da ordem jurídica que devemos buscar o fundamento do fenômeno da prescrição e da decadência” (Direito Civil: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2005. p. 593).

Com efeito, nas relações jurídicas que versam pretensão de direito em face da Fazenda Pública, o artigo 1º do Decreto 20.910/32 instituiu o prazo prescricional de cinco anos, o qual deve ser obedecido em atenção ao princípio da especialidade. Nesta linha de raciocínio, impende destacar o disposto em referido artigo:

“Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

Infere-se, portanto, que o prazo prescricional se inicia a partir da data do ato ou do fato que deu origem ao dano discutido.

Sob o ponto de vista jurídico e fático, o prazo quinquenal apenas pode se iniciar quando o cidadão puder exercer, de fato, sua pretensão de cobrança da dívida da Fazenda Pública, o que ocorreu com o trânsito em julgado da sentença.

Cumprе consignar que, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o lapso prescricional para a execução da sentença contra a Fazenda Pública só tem início quando finda a liquidação, que é fase do processo de conhecimento, conforme se vê dos seguintes julgados:

“PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – INCIDENTE DE LIQUIDAÇÃO – PRESCRIÇÃO. 1. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, nos termos da Súmula 150/STF. 2. Sentença que condenou a Fazenda Nacional a repetir indébito transitada em julgada, mas só executada depois de cinco anos. 3. Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível se iniciar a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido. 4. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação. 5. Hipótese em que se afasta a prescrição quinquenal. 6. Recurso especial provido” (REsp 543559-DF. Segunda Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgamento 14.12.2004) (grifo nosso).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – [...] (II) ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA DE SENTENÇA NÃO CARACTERIZADA – CONDENAÇÃO ILÍQUIDA, NESTE CASO – NECESSIDADE DE ACERTAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR – PRECEDENTES DO STJ – [...] AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É tese jurídica assentada entre os doutrinadores processualistas contemporâneos, e confirmada pelas lições da jurisprudência dos Tribunais, que a liquidação de decisão judicial (ilíquida) se integra na fase cognitiva do processo, entendendo-se que este (o processo) somente se encerra quando se dá o acertamento do valor da obrigação que a sua decisão impôs à parte sucumbente. Precedentes: AgRg no Ag 1.418.380/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.2.2012; AgRg

no REsp. 1.212.018/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.9.2011 e REsp. 1.103.716/PR Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 14.6.2010. 2. A Corte de origem afirmou, categoricamente, que não houve a mínima inércia dos exequentes, mas, sim, que a parte recorrente procurou, ao máximo, protelar o andamento do feito, uma vez que, comprovadamente, lançou mão de todos os expedientes possíveis com o intuito de impedir aos recorridos que tivessem as informações necessárias para o fim da liquidação e início da execução; ademais, não se pode descartar que o Estado do Rio de Janeiro, sucumbente, deveria ter cumprido a decisão condenatória de ofício ou, pelo menos, providenciado a sua liquidação. Dessa forma, a alteração de tais fundamentos, como se sabe, esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de provas não enseja Recurso Especial. [...] 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 664.993/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 31/03/2016)

Importa colacionar recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – BRASIL TELECOM – CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO – INEXISTÊNCIA. 1. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos (art. 95 do CDC) será, em regra, genérica, dependendo, assim, de superveniente liquidação, não apenas para simples apuração do quantum debeatur, mas também para aferição da titularidade do crédito (art. 97, CDC). Precedentes. 2. A sentença proferida nos autos da ação coletiva 96.0025111-8/MS determinou que, no prazo de noventa dias contados da intimação da sentença, a companhia telefônica procedesse à retribuição acionária dos valores pagos pelos consumidores que aderiram ao Programa Comunitário de Telefonia. Transcorrido o prazo estabelecido na sentença e não cumprida a obrigação de fazer, nasce para o consumidor a pretensão de promover o cumprimento forçado da sentença coletiva, mediante a liquidação do julgado, e começa a correr o prazo prescricional quinquenal. 3. Verificado que o pedido de cumprimento de sentença foi apresentado após o prazo prescricional quinquenal, a Corte local extinguiu o feito reconhecendo o implemento da prescrição executória, o que se coaduna com o entendimento do STJ. 4. Sendo o título ilíquido, o prazo prescricional para a propositura da demanda executiva inicia-se somente após a liquidação da sentença, momento em que não mais se discute a sua certeza e liquidez. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 283558/MS, STJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 22/05/2014) (g.n.)

Assim, não há falar em escoamento do prazo prescricional, devendo prosseguir a liquidação e a subsequente execução da sentença.

Da contrariedade à coisa julgada:

O agravante argumenta que o julgador consentiu tacitamente com a alteração da causa de pedir da liquidação, sem requerimento do liquidante ou consentimento do ora agravante, por presunção acerca da responsabilidade do Estado, contrariando decisão deste Eg. Tribunal de Justiça que impõe demonstração do dano.

Defende que “ao admitir a presunção do dano e determinar a aplicação dos critérios do contrato de 2000 para os demais contratos, a decisão está claramente modificando a parte dispositiva da sentença, o que é ilegal, eis que admissão da liquidação por presunção, contraria frontalmente o § 4º do art. 509 do NCPC” (f. 24-25).

Pois bem.

As ações coletivas possuem próprio microsistema com regras particulares e, ao tutelarem indiretamente direitos individuais homogêneos, viabilizam uma prestação jurisdicional de maior efetividade a toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

Assim, cabe ao particular, diante desta sentença genérica, proceder, posteriormente, à sua execução ou liquidação (art. 97, CDC), a qual se diferencia da execução comum, em razão de demandar ampla cognição para a individualização do direito do consumidor liquidante.

Com efeito, em se tratando de sentenças condenatórias genéricas, faz-se necessário proceder à sua execução individualmente.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o juízo *a quo* proferiu decisão em conformidade com o conteúdo constante da sentença coletiva, pois, em razão da ausência dos contratos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, utilizou parâmetros para os encargos financeiros cobrados indicados naquela demanda.

A sentença consignou que os servidores ativos e inativos do grupo magistério do Estado de Mato Grosso do Sul necessitaram contrair os empréstimos para receberem as remunerações atrasadas e gratificações natalinas referentes aos anos de 2000 a 2003. Cabe salientar que a decisão não adentrou o mérito da prova do dano, mas tão somente determinou a elaboração de novos cálculos com base nos parâmetros indicados, para, então, decidir a liquidação de sentença.

Destarte, a discussão e a fixação de critérios para estabelecer o montante do crédito devido aos servidores públicos estaduais beneficiados pela sentença coletiva, neste momento processual, não importa violação à coisa julgada.

Da inversão do ônus da prova:

O recorrente assevera a ilegalidade da inversão do ônus da prova, eis que a decisão agravada estendeu ao processo de liquidação o entendimento proferido na ação coletiva originária, de ser do Estado o dever de juntar os documentos inerentes aos contratos de empréstimo realizados.

Entretanto, como já mencionado, em relação à inversão do ônus da prova, a sentença decidiu ser incabível a rediscussão acerca da matéria, por restar acobertada pelo manto da coisa julgada, como se vê:

“(...) Ocorre que, toda essa discussão a respeito de quem é esse ônus da prova, já foi devidamente decidida na sentença proferida nos autos principais que, por sua vez, transitou em julgado na data de 27/05/2011 (f. 122), não cabendo mais rediscussão do assunto, vez que o mesmo restou acobertado pelo manto da coisa julgada. (...) Como visto, com a inversão do ônus da prova, caberia ao Estado/liquidado fazer a prova de suas alegações. Essa afirmação, repete, não cabe maiores discussões, vez que já decidida por sentença transitada em julgado. Acrescento, de passagem, que se o Estado alega ter pago os encargos dos empréstimos, certamente tem registros contábeis dessa situação. A prova, portanto, pode ser trabalhosa pelo elevado número de credores, mas é possível e viável.”

Com efeito, dispõe o artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. A coisa julgada material possui a qualidade de ser imutável, não só quanto à possibilidade de interposição de outros recursos judiciais, mas também em relação aos atos executivos e legislativos (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República). Trata-se de proteção legal à segurança jurídica e à paz social.

Desse modo, forçoso concluir que o comando judicial ora executado transitou em julgado, afigurando-se impertinente a rediscussão e modificação do que restou esposado na sentença, ante a eficácia preclusiva da coisa julgada material.

Da inexistência de empréstimos em 2001:

O Estado alega que no ano de 2001 não houve tratativa acerca de empréstimos com o Banco do Brasil S/A e demais instituições financeiras, para viabilização do recebimento dos salários em atraso, sendo que tal assertiva não foi enfrentada pela parte liquidante, restando, pois, incontroversa.

Quanto à existência de empréstimos, a sentença coletiva restou assim redigida:

“(...) julgo totalmente procedente o pedido inicial formulado pela Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso do Sul - FETEMS/MS face do Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de condená-lo à restituição dos custos das operações bancárias, consistentes nas taxas de contratos, IOF e juros contratuais, incidentes nos empréstimos realizados pelos servidores estaduais ativos e inativos do grupo magistério nos anos de 2000 a 2003, com a finalidade de recebimento de salários atrasados e gratificações natalinas.”

Desta forma, não prospera a pretensão do agravante, visto que os limites da decisão foram estabelecidos no dispositivo da sentença coletiva, que transitou em julgado, não cabendo mais discussão acerca da existência de empréstimos no ano de 2001, ou da possibilidade de alteração de demais fatos.

O processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, reportando-se ao pensamento do mestre Liebman, ensina que, para a doutrina majoritária, a coisa julgada é uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis. E acrescenta:

“Para essa parcela doutrinária, após o trânsito em julgado da sentença – ou acórdão – de mérito, os efeitos projetados no plano prático por essa decisão não mais poderão ser discutidos em outra demanda, ou mesmo pelo legislador; o que seria suficiente para concluir que tais efeitos não poderão ser modificados, estando protegidos pelo ‘manto’ da coisa julgada material” (Manual de Direito Processual Civil: Volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 493).

Partindo desses ensinamentos, dессome-se que, na situação em apreço, ultrapassada a fase de conhecimento, já na fase de liquidação da sentença, a confecção dos cálculos para se aferir o montante do crédito do agravado deve ficar adstrita ao parâmetro indicado no título executivo judicial, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada, expressa no já citado artigo 508 do Código de Processo Civil de 2015.

Com o trânsito em julgado da decisão (formação da coisa julgada), os litigantes ficam vinculados aos limites impostos pelo título executivo judicial e, por corolário, nas fases subsequentes – de liquidação e de cumprimento de sentença –, não podem buscar o que não está assegurado na condenação.

Da correção monetária e dos juros de mora:

O agravante insurge-se quanto à fixação dos critérios de correção monetária e juros de mora com a vigente orientação do STF, destacando a necessidade de adoção da Taxa Referencial como índice de correção monetária e a apuração dos juros de mora em 6% ao ano a contar do desembolso.

De outro lado, a Ação de Cobrança (001.05.104161-9) determinou que *“sobre a condenação incidirão juros moratórios no importe de 6% ao ano, contados a partir do evento danoso e remuneratórios no importe de 12% ao ano. Tudo corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir do desembolso.”*

Posteriormente, no julgamento do Recurso Especial nº 1.385.236/MS, o Relator Ministro Teori Albino Zavascki determinou a incidência dos juros moratórios a contar da citação, em observância à jurisprudência.

Já a decisão ora agravada, proferida em sede de liquidação de sentença, assim se pronunciou quanto aos critérios de juros:

“ (...) Também deverá atualizar os valores pelo IGPM e acrescê-los dos juros moratórios 0,5% até a entrada e vigor do Código Civil de 2002 e de 1% a partir de então.”

O Código Civil de 2002 alterou a previsão legal sobre juros, mas ao invés de fixar a taxa de juros determinou que fosse aplicada a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

Por sua vez, prevê o artigo 161, § 1º, do CTN:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Logo, a partir de 01/2003 a taxa de juros fixada para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é de 1% ao mês, ou seja, 12% ao ano. Dessa forma, correta a decisão proferida na liquidação de sentença que determinou a atualização dos valores pelo IGPM acrescidos dos juros moratórios 0,5% até a entrada e vigor do Código Civil de 2002 e de 1% a partir de então.

De outro modo, em razão da entrada em vigor da Lei nº 11.960 em 30 de junho de 2009, que deu nova redação ao art. 1º-F, da Lei nº 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.

Logo, a partir de 29/06/2009, em qualquer condenação imposta à Fazenda Pública, aplicavam-se os ditames da Lei nº 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, mas a partir de sua vigência.

No período anterior, tais acessórios seguem os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 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.

Entretanto, 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, senão vejamos:

“(…) 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.”

Neste sentido, veja-se o posicionamento deste Eg. Tribunal de Justiça:

“REEXAME NECESSÁRIO – MILITAR – INDENIZAÇÃO DE RETRIBUIÇÃO – EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE “AUXILIAR ADMINISTRATIVO” – ATO DE DESIGNAÇÃO REALIZADO PELO COMANDO DA POLÍCIA – DECRETO ESTADUAL Nº 12.560/08 – EXCESSO DO PODER REGULAMENTAR – REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 127/2008 – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – STF – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 – RECURSO PROVIDO EM PARTE. (...). Conforme decisão do STF, que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, 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 somente depois dessa data. Nos termos do artigo 82, § 4º, II, do NCPC, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, somente ocorrerá quando liquidado o julgado.” (RN 0842384-44.2014.8.12.0001. TJMS. 2ª Câmara Cível. Relator Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. J. 28/09/2016)

Diante de tais considerações, com a publicação da referida ata de julgamento no Diário de Justiça de 19/03/2015. DJE nº 67, divulgado em 09/04/2015 – e diante do efeito vinculativo da 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 depois dessa data.

Todavia, as alterações legislativas devem observar o princípio *tempus regit actum*, que proíbe a aplicação retroativa da nova lei.

Conclui-se, assim, que os juros a serem aplicados nas condenações contra a Fazenda Pública são de 6% ao ano até 01/2003. Após essa data, são de 12% ao ano até 29/06/2009. E, após, devem ser observados 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 após tal data.

Dispositivo:

Pelo exposto, dou parcial provimento ao Agravo de Instrumento, somente para fazer incidir nos cálculos a serem apresentados a modulação dos efeitos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, referente aos juros de mora e a correção monetária em face da Fazenda Pública, nos termos deste voto.

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. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0820066-96.2016.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO DE MARCA – ABSTENÇÃO DE USO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — MULTA PELO NÃO COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA – NÃO FIXADA EM RAZÃO DO ACOLHIMENTO DA JUSTIFICATIVA DA PARTE – ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA TERRITORIALIDADE E ESPECIALIDADE ALÉM DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DE REGISTRO – REGIÕES DE ATUAÇÃO DISTINTAS NÃO HAVENDO RISCO DE CONFUSÃO PELOS CONSUMIDORES E NÃO HAVENDO USURPAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

O uso exclusivo pelo titular da marca registrada nos termos da Lei nº 9.279/96 não é absoluto.

Multa por não comparecimento em audiência. Não comparecimento justificado.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada no sentido de que em caso de colisão do uso de marca e nome empresarial deve se observar os princípios da territorialidade e especialidade, além do princípio da anterioridade de registro.

Não se vislumbra de má-fé, aproveitamento parasital ou deslealdade concorrencial, tampouco confusão pelos consumidores pela empresa que utiliza o nome empresarial por muitos anos antes do registro da marca e em área geográfica extensivamente distante onde atua a empresa titular do registro.

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 do relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de Apelação interposta por toalheiros MS Ltda - ME em face da sentença de f. 102-107 que, nos autos da ação de obrigação de não fazer com perdas e danos por uso indevido de marca com pedido de tutela provisória de urgência que promove em face de Lav Star Lavanderia, julgou improcedente os pedidos da autora, por entender que, em que pese haver o registro da marca “Star” pela requerente nos termos da Lei nº 9.279/96, não revela violação de seu uso pela requerida, em razão de existir outras empresas com o mesmo nome em diversos locais no país, não havendo no caso usurpação e proveito econômico da marca, assim como não se caracterizando originalidade no nome. Ainda, condenou a autora nas custas processuais e nos honorários advocatícios, em 10% do valor atualizado da causa.

Em recurso de apelação (f. 110-118), a apelante primeiro alega que a ré não compareceu à audiência de conciliação.

Discorre que a marca não é de pouca originalidade. Ao contrário, houve todo um estudo para que se chegasse ao nome escolhido.

Aduz que atua em outras regiões do país, o que faz presumir a importância de manter sua marca.

Assevera que as empresas mencionadas pela sentença não foram encontradas pelos sites de busca do *Google*, de modo que, provavelmente não existem, apenas a requerida, utilizando-se do mesmo nome da autora.

Ressalta o fato do reconhecimento do seu registro de uso exclusivo da marca, da atuação em atividades idênticas entre as empresas e da sua proteção contra o uso abusivo em extensão nacional.

Ainda, reforça o dever de indenização pelo uso irregular da marca, e dano moral no importe de R\$ 10.000,00.

Em contrarrazões (f. 188-190), a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de Apelação interposta por Toalheiros MS Ltda - ME em face da sentença de f. 102-107 que, nos autos da ação de obrigação de não fazer com perdas e danos por uso indevido de marca com pedido de tutela provisória de urgência que promove em face de Lav Star Lavanderia, julgou improcedente os pedidos da autora, por entender que, em que pese haver o registro da marca “Star” pela requerente nos termos da Lei nº 9.279/96, não revela violação de seu uso pela requerida, em razão de existir outras empresas com o mesmo nome em diversos locais no país, não havendo no caso usurpação e proveito econômico da marca, assim como não se caracterizando originalidade no nome. Ainda, condenou a autora nas custas processuais e nos honorários advocatícios, em 10% do valor atualizado da causa.

Em recurso de apelação (f. 110-118), a apelante primeiro alega que a ré não compareceu à audiência de conciliação.

Discorre que a marca não é de pouca originalidade. Ao contrário, houve todo um estudo para que se chegasse ao nome escolhido.

Aduz que atua em outras regiões do país, o que faz presumir a importância de manter sua marca.

Assevera que as empresas mencionadas pela sentença não foram encontradas pelos sites de busca do *Google*, de modo que, provavelmente não existem, apenas a requerida, utilizando-se do mesmo nome da autora.

Ressalta o fato do reconhecimento do seu registro de uso exclusivo da marca, da atuação em atividades idênticas entre as empresas e da sua proteção contra o uso abusivo em extensão nacional.

Ainda, reforça o dever de indenização pelo uso irregular da marca, e dano moral no importe de R\$ 10.000,00.

Em contrarrazões (f. 188-190), a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório. Passo ao voto.

Multa pelo não comparecimento em audiência:

Em relação à audiência de conciliação, necessário, inicialmente, analisar o disposto no art. 334, do CPC/2015.

Confira-se:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...)

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir..”

A propósito, Teresa Arruda Alvim Wambier e outros lecionam:

“[...] Compreende-se a drasticidade da consequência da ausência das partes a esta audiência, pois o contexto atual é de priorização e incentivo a atos autocompositivos, postura esta, do legislador, que deve ser levada a sério pelas partes e seus procuradores. Vejam-se, também todos os gastos públicos necessários à realização do ato e à mobilização da estrutura Judiciária. [...]” (WAMBIER, Tereza Arrua Alvim, et. al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 631).

Na hipótese, a requerida deixou de comparecer à audiência de conciliação, apesar de devidamente intimada para tanto.

Entretanto, conforme se infere dos autos, a parte não compareceu à audiência de conciliação, mas o justificou que, por ser empresa de pequeno porte, optante pelo simples, sem condições de arcar com as despesas e custos para o comparecimento em audiência em outro Estado, não poderia fazê-lo. Tudo antes da realização do ato.

Pois bem. Tem-se que uma vez válida a intimação das partes para comparecimento à audiência prevista no artigo 334, do Código de Processo Civil, “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado” (§ 8º do art. 334 do CPC).

Porém, a justificativa apresentada pela representa da requerida mostrou-se plausível, diante a impossibilidade financeira de arcar com as custas da viagem para comparecimento no ato.

Por tais razões é que deixo de aplicar a multa pleiteada pela parte autora em seu recurso de apelação.

Com isso, mantém-se afastada a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, notadamente observados os critérios definidos no art. 334, do CPC/2015.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO C/DANOS MORAIS – MULTA ARBITRADA PELO NÃO COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO – DESINTERESSE QUE DEVE SER

MANIFESTADO POR AMBAS AS PARTES – ART. 334, CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO. Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça o não comparecimento injustificado em audiência de conciliação ou mediação, pois, embora manifestado na inicial o desinteresse na composição, o requerido, por outro lado, compareceu a audiência, razão pela qual incide-se a multa prevista § 8º, do art. 334, do CPC/2015”. (Apelação - Nº 0803921-59.2016.8.12.0002 - Dourados Relator – Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa).

Apenas a título de esclarecimento, insta lembrar que foram acolhidas as razões da parte quanto à justificativa que a impediram de comparecer à audiência.

Mérito:

Trata-se de apelação cível interposta nos autos da ação judicial para abstenção do uso da marca cumulada com indenização por danos morais, contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos da autora, por entender que não houve violação de seu uso pela requerida, em razão de não se tratar de marca incomum, bem como, de que existem outras empresas com nomes semelhantes em outros locais do país.

Pois bem, após detida análise, entendo não merecer provimento o presente recurso.

Conforme explicitado nos autos, a apelante detém o registro da marca, concedido pelo INPI no dia 08/05/2007, e tem direito à proteção de seu uso pela Lei nº 9.279/96. Ainda que seja resguardada a proteção do uso da marca por aquele que efetuou primeiro o registro, o princípio da anterioridade do registro não é o único que deve ser levado em conta para a solução de eventual colisão entre nome empresarial e marcas, como bem ressalta a sentença ora recorrida.

O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que “*em eventual colidência entre marca e signos distintivos sujeitos a outras modalidades de proteção - como o nome empresarial e o título de estabelecimento - não é possível restringir-se à análise do critério da anterioridade, mas deve também se levar em consideração os princípios da territorialidade e da especialidade, como corolário da necessidade de se evitar erro, dúvida ou confusão entre os usuários*” (Recurso Especial nº 1.232.658/SP (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 25/10/2012).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu em outras ocasiões:

DIREITO MARCÁRIO E CIVIL – PRETENSÃO CONDENATÓRIA PARA ABSTENÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE EXPRESSÃO A QUALQUER TÍTULO – 1. NOME EMPRESARIAL – UTILIZAÇÃO SIMULTÂNEA DE NOME CIVIL IDÊNTICO NA COMPOSIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE HOMONÍMIA – POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA – 2. CONFRONTO ENTRE MARCA REGISTRADA E NOME EMPRESARIAL – UTILIZAÇÃO DE NOME CIVIL COMO MARCA. DIREITO DE PERSONALIDADE LATENTE – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E LIMITADA – NOME EMPRESARIAL EMPREGADO EM SEGMENTO DISTINTO. POSSIBILIDADE – 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO – (...) 3. No confronto entre marca registrada e nome empresarial, a incidência do princípio da anterioridade deve ser temperada pela incidência conjunta dos princípios da anterioridade e territorialidade. Precedentes. (REsp 1432522/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018).

DIREITO EMPRESARIAL – RECURSO ESPECIAL – COLIDÊNCIA ENTRE MARCAS – DIREITO DE EXCLUSIVA – LIMITAÇÕES – EXISTÊNCIA DE DUPLO REGISTRO – IMPUGNAÇÃO – AUSÊNCIA – TÍTULO DE ESTABELECIMENTO – DIREITO DE PRECEDÊNCIA – INAPLICABILIDADE – NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET – PRINCÍPIO “FIRST COME, FIRST SERVED” – INCIDÊNCIA. (...) 2. O direito de precedência, assegurado no art. 129, § 1º, da Lei nº 9.729/96, confere ao utente de marca, de boa-fé, o direito de reivindicar para si marca similar apresentada a registro por terceiro, situação que não se amolda a dos autos. 3. O direito de exclusiva, conferido ao titular de marca registrada sofre limitações, impondo-se a harmonização do princípio da anterioridade, da especialidade e da territorialidade. (REsp 1238041/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 17/04/2015).

DIREITO EMPRESARIAL – AÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO EM QUE SE PRETENDE A ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA, TROCA DE NOME EMPRESARIAL E PERDAS E DANOS – COLIDÊNCIA ENTRE NOME EMPRESARIAL E MARCA – PRESCRIÇÃO – ANTERIORIDADE DO REGISTRO – PERDAS E DANOS – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Conforme recente jurisprudência da Terceira Turma deste Tribunal, havendo colidência entre marca e nome comercial, a questão não deve analisada apenas sob a ótica da anterioridade do registro, mas também pelos princípios da territorialidade e da especialidade. (...) (REsp 1357912/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 10/04/2014).

Assim, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, resta evidente que o direito de exclusividade de uso do titular da marca registrada sofre limitações, frente aos princípios da anterioridade, territorialidade e especialidade.

No caso em apreço, sucumbe primeiramente a pretensão autoral frente ao princípio da territorialidade, porque restou comprovado que a área geográfica da atuação entre as empresas não se confundem, pela grande distância entre a cidade de Campo Grande/MS, onde atua a apelante, e a do Rio de Janeiro/RJ, a cidade de local onde a atividade empresarial é exercida pela apelada.

Desta forma, o intuito da proteção da marca, que é o de “*tutelar contra a usurpação e proveito econômico indevido, assim como evitar que o público consumidor seja confundido (RESP 1707881/RS, Rel. Min. Nancy Andrigui, 29/11/2017)*”, não está sendo maculado pelo exercício da atividade da apelada.

A apelante vem desenvolvendo sua atividade, sob o mesmo nome empresarial, “Lav Star Lavanderia Industrial” na área de Campo Grande MS e região desde 2007, enquanto a apelada também possui registro semelhante, “Lav Star Lavanderia Ltda”.

Embora exista semelhança nos nomes dos registros, não é possível identificar nos autos a existência de má-fé, aproveitamento parasitário ou deslealdade concorrencial por parte da apelada ao utilizar o nome empresarial, assim como não se vislumbra risco de confusão ou associação dos consumidores pela extensa distância geográfica entre as áreas de atuações das empresas ora envolvidas. Isso, ainda que se considere que a apelante preste alguns serviços em outras áreas, conforme alegue em seu recurso de apelação.

Ante o exposto, com essas considerações, conheço do recurso interposto pelo apelante e nego-lhe provimento, de modo a manter todos os termos da sentença impugnada.

Nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da causa.

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. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

5ª Câmara Cível

Remessa Necessária nº 0840468-72.2014.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, *CAPUT* E §§ 1º E 2º, DA LEI MUNICIPAL DE Nº 5.166/2012 – RECONHECIDA – INTERVENÇÃO POR ENTE MUNICIPAL NA FORMA DE COBRANÇA DOS ESTACIONAMENTOS PRIVADOS – DESCABIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete à reexame, por este Tribunal, a sentença de f. 391-396, a qual concedeu a segurança à J Karmo Júnior - Eireli - Me - Max Estacar II, e determinou que as autoridades coatoras se abstivessem de exigir as regras de fracionamento de cobrança de horas não utilizadas, contidas no art. 2º § 2º da Lei Municipal 5.166/2012, bem como determinou que se abstivessem de impor sanção ao impetrante para o caso de descumprimento da vedação imposta pela referida norma.

Não houve interposição de recurso voluntário.

A Procuradoria Geral de Justiça, às f. 417-425 opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso obrigatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete à reexame, por este Tribunal, a sentença de f. 391-396, a qual concedeu a segurança à J Karmo Júnior - Eireli - Me - Max Estacar II, e determinou que as autoridades coatoras se abstivessem de exigir as regras de fracionamento de cobrança de horas não utilizadas, contidas no art. 2º § 2º da Lei Municipal 5.166/2012, bem como determinou que se abstivessem de impor sanção ao impetrante para o caso de descumprimento da vedação imposta pela referida norma.

Pois bem.

O Mandado de Segurança, segundo prescreve a Carta Magna, em seu artigo 5º, é o remédio judicial apto a promover a proteção de direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade perpetrada ou abuso de poder for agente público ou agente de pessoa jurídico durante o exercício de suas atribuições legais.

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:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Igualmente, o art. 1.º da Lei nº 12.016/09, dispõe o seguinte:

Art. 1º 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.

De acordo com a definição de Hely Lopes Meirelles:

“Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei n.1.533/51, art. 1º).”

Em síntese, pode-se dizer que direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, sem necessitar de qualquer comprovação posterior, e sem que haja controvérsia factual.

Dito isso, depreende-se dos autos que a empresa impetrante ajuizou o presente mandado de segurança visando afastar a exigência contida no contidas no art. 2º § 2º da Lei Municipal nº 5.166/2012 que veda aos estacionamentos particulares que exploram o ramo de estacionamento de veículos fazerem a cobrança de um número mínimo de horas, como condição para entrada no estacionamento, veja-se:

“Art. 1º. Os estacionamentos particulares que exploram o ramo de estacionamento de veículos no Município de Campo Grande-MS, ficam obrigados a observar as disposições aqui estabelecidas.

Parágrafo único. Os estacionamentos dos shoppings centers, universidades, supermercados e aeroportos do Município de Campo Grande-MS deverão atender ao disposto no caput deste artigo e aos demais.

Art. 2º. É vedada a cobrança mínima de horas não utilizadas, como condições de entrada nos estacionamentos.

§ 1º. O disposto neste artigo não se aplica aos consumidores que optem por serviços de pernoite, diária ou mensalista. “

Nessa seara, acertadamente apontou o juiz sentenciante que, “a referida norma está em vigência e prevê, para o caso de descumprimento, a imposição de sanção pecuniária (art. 6º), bem como que a impetrante já foi notificada pelo PROCON, com fundamento no referido dispositivo legal. As reiteradas reclamações de consumidores comprovam o eminente risco de sofrer sanção, que é aplicada em dobro no caso reincidência.

Assim, não há falar de mandado de segurança contra lei em tese. Portanto a interposição do presente mandado também não fere a Súmula 266 do STF.

In casu, o teor art. 2º § 2º da Lei nº 5.166/2012 (acima transcrito) permite concluir que a matéria por ele abordada, qual seja, imposição de cobrança fracionada pela permanência de veículos em estacionamentos privados, por tratar de direito civil comercial, é de competência legislativa federal, isto pois os artigos 22, I; 25, § 1º; e, 30, I e II, todos da Constituição Federal preceituam que:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

Também é importante destacar que, nos termos do art. 24, VIII, da CF/88, a competência para legislar sobre direito do consumidor é concorrente entre a União e o Estado, não abarcando os Municípios, vejamos:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”

Ademais, oportuno consignar que a competência legislativa dos Municípios é limitada à assuntos de interesse local, conforme dispõe o art. 30, I¹, da CF/88, que não autoriza o ente municipal legislar sobre matéria que não lhe foi conferida na repartição de competência entre os entes da federação.

Neste sentido:

“(..). 2. 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. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios. 3. Recurso provido”. (RE 313060, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00538 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130).

Portanto, tendo em vista que a legislação municipal regulamenta a forma de exploração econômica de propriedade privada, o que é matéria de direito civil, é necessário reconhecer que esta incorre em inconstitucionalidade formal, isto pois dispõe sobre matéria que não é da competência do Município, e logo submete o impetrante ao risco iminente de sofrer sanções ilegais, fato que fere seu direito líquido e certo à livre iniciativa privada e concorrência,

¹ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local.

não sendo admitido ao Município interferir em tais temas, conforme insculpido nos artigos 1º, *caput* e inciso IV2, bem como art. 5º, inciso XXII3 e art. 170, incisos II e IV4, todos da CF.

Em caso análogo o STF decidiu:

COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – DIREITO CIVIL – ESTACIONAMENTO – SHOPPING CENTER – HIPERMERCADOS – GRATUIDADE – LEI Nº 4.541/2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – PRECEDENTES. Invade competência legislativa da União, prevista no artigo 22, inciso I, da Carta da República, norma estadual que veda a cobrança por serviço de estacionamento em locais privados. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.472/DF, relator ministro Ilmar Galvão, nº 2.448/DF, relator ministro Sydney Sanches, e nº 1.623/RJ, relator ministro Joaquim Barbosa. (STF - AI 730856 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, Acórdão Eletrônico DJe-110 DIVULG 06-06-2014 PUBLIC 09-06-2014)

Sobre caso idêntico este sodalício já decidiu:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR CONCEDIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – REQUISITOS DEMONSTRADOS – SUSPENSÃO DA LEI MUNICIPAL N. 5.166/2012 QUE IMPÕE REGRAS DE FRACIONAMENTO DE ESTABELECIMENTOS PARTICULARES – DIREITO DE PROPRIEDADE – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – ART. 22, I, DA CF – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU – RECURSO DESPROVIDO. (...). Considerando que a Lei Municipal n. 5.166/2012 intervém no domínio da propriedade privada (art. 170, CF, art. 1.228, CC), e impõe regras de fracionamento dos estabelecimentos objeto da norma, cominando penalidades em caso de descumprimento, cuja matéria legislativa é de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22, I, da CF, merece ser mantida a decisão agravada que concedeu a liminar e determinou a suspensão da aplicação do § 2º do art. 2º da referida Lei Municipal, até o julgamento do presente mandado, por constatar, em sede de cognição sumária, fortes indícios de inconstitucionalidade. (TJMS, AI de n. 1401135-33.2015.8.12.0000, Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/03/2015; Data de registro: 24/03/2015).

Assim, é procedente o pedido inicial, sendo necessário conceder a segurança pleiteada pelo requerente, impossibilitando a intervenção do ente público municipal na forma de cobrança do estacionamento em propriedade privada, bem como para que se declare incidentalmente a inconstitucionalidade formal e material do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Municipal de n. 5.166/2012.

Conclusão

Diante do exposto, com o parecer ministerial, conheço da remessa necessária e, nego-lhe provimento.

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

3 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:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

4 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

(...)

IV - livre concorrência;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2018.

4ª Seção Cível

Mandado de Segurança nº 1408933-40.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – BENEFICIÁRIOS EX-CÔNJUGE E FILHOS – PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DA EX-ESPOSA – VALOR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CORRESPONDERÁ AO DOS ALIMENTOS – PENSÃO VITALÍCIA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 51, § 2º, VIII, ‘B’, 5 – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – COM O PARECER – SEGURANÇA DENEGADA – A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado (Súmula n. 340/STJ). Nos termos do art. 46, § 2º, da Lei n. 3.150/05, o cônjuge divorciado que recebia pensão alimentícia, continuará recebendo o mesmo valor a título de pensão por morte. Por ser a impetrante ex-esposa, com pensão alimentícia fixada judicialmente, e possuir 41 anos, tem direito a receber a pensão pelo período de 20 anos, nos termos do art. 51, § 2º, VIII, “b”, 5.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Cynthia Viviane Torraca Augusto, André Ricardo Miguel e Chistian Augusto Miguel impetram Mandado de Segurança com pedido liminar contra ato praticado por Secretário de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor-Presidente da Agência Previdência Social - AGEPREV e Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no rateio de forma desigual entre os beneficiários de pensão por morte.

Informam que são ex-esposa e filhos de Wilson Ricardo Miguel, Coronel do Bombeiro Militar, e que fazem jus ao benefício em questão, uma vez que eram pensionistas por acordo judicial antes do falecimento do segurado.

Relatam que após o óbito do *de cujos* tiveram o benefício de pensão alimentícia cessado, e que com o pedido administrativo de pensão por morte, o qual foi concedido.

Contudo, advertem que ao conceder o benefício, estabeleceu-se o pagamento de forma distinta do estabelecimento na Lei 3.150/2005, que prescreve a distribuição em partes iguais entre os beneficiários à pensão, e prazo para o término do benefício.

Defende que a pensão é devida aos impetrantes filhos do *de cujos* até que complete a idade estabelecida em lei e a impetrante ex-cônjuge de forma vitalícia, conforme estabelecido no art. 217, II da Lei 8.112/90, bem como art. 7, da Medida Provisória 2.215-10/2001.

Pede a concessão de liminar para ajustar o pagamento da pensão por morte conforme determinação legal. Ao final, a concessão da segurança, para que os impetrantes continuem percebendo o rateio do benefício em partes iguais.

Às f. 104-107 o pedido liminar foi indeferido.

O Estado de Mato Grosso do Sul e Ageprev apresentou informações e defesa às f. 120-138.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pela denegação da segurança às f. 142-149.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Cynthia Viviane Torraca Augusto, André Ricardo Miguel e Chistian Augusto Miguel contra ato praticado por Secretário de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor-Presidente da Agência Previdência Social - AGEPREV e Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no rateio de forma desigual entre os beneficiários de benefício de pensão por morte.

Informaram que são beneficiários de pensão por morte em razão do falecimento de Wilson Ricardo Miguel, segurado aposentado do Corpo de Bombeiro Militar, em 10/12/2017, na condição de ex-cônjuge e filhos, respectivamente.

Afirmam, entretanto, que o benefício não está sendo rateado entre os dependentes em partes iguais, em desacordo ao previsto nas Leis 3.150/2005 e 8.112/90, bem como que o benefício deve ser pago à impetrante Cynthia de forma vitalícia, conforme disposto na Lei 3.765/1960, no Estatuto da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul e no Estatuto dos Militares, que não preveem prazo de extinção.

O Mandado de Segurança, segundo prescreve a Carta Magna, em seu artigo 5º, é o remédio judicial apto a promover a proteção de direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade perpetrada ou abuso de poder for agente público ou agente de pessoa jurídica durante o exercício de suas atribuições legais.

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:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Igualmente, o art. 1.º da Lei n.º 12.016/09, dispõe o seguinte:

Art. 1º 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.

De acordo com a definição de Hely Lopes Meirelles:

“Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou

habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei n.1.533/51, art. 1º).”

Em síntese, pode-se dizer que direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, sem necessitar de qualquer comprovação posterior, e sem que haja controvérsia factual.

Analisando os autos, entendo que a ordem deve ser denegada.

Inicialmente, ressalto que, conforme restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em regime de recursos repetitivos, “a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado” (Resp 1369832/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 12/06/2013, DJe 07/08/2013).

Assim, tendo em vista que o ex-cônjuge/genitor dos impetrantes faleceu em 10/12/2017, devem ser aplicadas as normas existentes ao tempo do seu óbito; o que, no caso vertente, seriam as regras impostas pela Lei Estadual de n. 3.150, de 22 de dezembro de 2005, alterada pela Lei 4.963/2016.

A Lei 3.150/2005, que disciplina o Regime Previdenciário do Estado de Mato Grosso do Sul, quanto à pensão por morte dispõe o seguinte:

Art. 13. São beneficiários do MSPREV, na condição de dependente do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro, a pessoa do mesmo sexo que mantém união homoafetiva pública e duradoura com o segurado(a) e o filho(a) não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

II - o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

Art. 46. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior, que importe exclusão ou inclusão de dependente, só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou da habilitação. (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

(...)

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, que recebia pensão alimentícia, continuará recebendo o mesmo valor, a título de pensão por morte, salvo quando esses alimentos forem superiores às cotas dos demais dependentes, hipótese em que receberá cota igual a destes. (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

Art. 51. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais, ressalvado o disposto no § 2º do art. 46 desta Lei. (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele dependente cujo direito à pensão cessar. (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará: (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

I - pela morte do pensionista; (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

VIII - para o cônjuge ou companheiro e o cônjuge divorciado ou separado com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente: (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

a) se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado, cessará em 4 (quatro) meses; (acrescentada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

b) se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável, cessará nos períodos especificados nos itens abaixo, de acordo com a idade do beneficiário na data do óbito do segurado, devendo o beneficiário contar: (acrescentada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

1. com menos de 21 (vinte e um) anos de idade, em 3 (três) anos; (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

2. entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade, em 6 (seis) anos; (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

3. entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade, em 10 (dez) anos; (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

4. entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade, em 15 (quinze) anos; (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

5. entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade, em 20 (vinte) anos; (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

6. com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade, é vitalício. (acrescentado pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)

Assim, pela simples leitura dos artigos acima citados, denota-se a inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes a receberem o benefício previdenciário conforme requerido na inicial.

Veja que, nos termos da sentença de divórcio, fixou estabelecido que a impetrante Cynthia receberia pensão alimentícia equivalente a 8% sobre seus proventos líquidos (fls. 38).

O artigo 46, §2º, transcrito alhures, determina que o cônjuge divorciado que recebia pensão alimentícia, continuará recebendo o mesmo valor a título de pensão por morte.

Também sem respaldo legal a pretensão de recebimento da pensão por morte de forma vitalícia pela impetrante Cynthia. O artigo 51, inciso VIII, alínea b, 5, da legislação citada, estabelece o período de 20 anos para percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente.

Ressalto não ser o caso de aplicação da Lei 3.765/1960, como pretendem os impetrantes, uma vez que a legislação refere-se aos militares das Forças Armadas em âmbito federal.

Assim, no presente caso, inexistente prova do direito líquido e certo almejado pelos impetrantes, tampouco prática de ato ilegal pelas autoridades coatoras.

Por fim, dou por devidamente prequestionados todos os dispositivos constitucionais, legais e infralegais suscitados pelas partes no curso do processo, a fim de evitar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança e extingo o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/15. Condeneo o impetrante ao pagamento das custas, contudo, a cobrança fica suspensa, haja vista que lhe foi deferida a justiça gratuita. Sem honorários advocatícios porquanto estes não são cabíveis na espécie (artigo 25 da Lei n. 12.016/09, Súmula n. 512 do STF e da Súmula n. 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 com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1414037-13.2018.8.12.0000 - Corumbá

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE INVESTIU SERVIDORES EM CARGO DE AUDITOR FISCAL – PEDIDO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PELA DIFERENÇA SALARIAL – INCONSTITUCIONALIDADE E DANO AO ERÁRIO NÃO SE SUBMETEM À REGRAS DE PRESCRIÇÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O STJ já firmou posicionamento de que: “nas hipóteses em que o Ministério Público busca, em juízo, providências cabíveis para proteger o princípio constitucional do concurso público, não incidem os institutos da prescrição e decadência, tendo em vista que o decurso do tempo não tem o condão de convalidar atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não foram previamente aprovadas em concurso público, sendo a situação flagrantemente inconstitucional”.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Berlindo Batista de Campos e outros interpõem agravo de instrumento contra decisão de 1º grau que rejeitou a preliminar de prescrição constante da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Aduzem os agravantes que o ato de enquadramento dos agravantes no cargo de Auditor Fiscal da Receita Municipal foi publicado no Diário Oficial de Corumbá em 26/07/2012, sendo que a presente demanda foi distribuída em 25/08/2017, ou seja, após o transcurso do prazo de 05 anos. Fundamentam que não há que se falar em situação “flagrantemente inconstitucional”, eis que a LC 148/2012 foi editada há mais de 06 anos e o autor/agravado não obteve sucesso ao buscar um provimento judicial que suspenda os efeitos da norma. Assim, pedem o acolhimento da prejudicial de prescrição.

Contraminuta às fls. 21/28.

Parecer da PGJ às fls. 34/39.

VOTO (EM 19/02/2019)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Berlindo Batista de Campos e outros interpõem agravo de instrumento contra decisão de 1º grau que rejeitou a preliminar de prescrição constante da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Conforme já relatado, os agravantes fundamentam que o ato de enquadramento dos mesmos no cargo de Auditor Fiscal da Receita Municipal foi publicado no Diário Oficial de Corumbá em 26/07/2012, sendo que a presente demanda foi distribuída em 25/08/2017, ou seja, após o transcurso do prazo de 05 anos, devendo ser acolhida a prejudicial de prescrição.

Segundo narra o Ministério Público Estadual, em sua inicial, agravantes Berlindo Batista de Campos, Carlos Alberto Barrios Padilha, João Francisco Fontanillas de Oliveira Neto, José da Silva Rodrigues, Luiz Antônio Pinto de Arruda, Carmindo Lemes de Campos, Edson de Campos Figueiredo, Antonia Eva Rodrigues Pinto, Cleuler Cid Rodrigues Teixeira, Daniel Rojas Nogueira, Ednaldo Evangelista dos Santos, Elga Lopes Xavier, Gisleine Eliza Cardozo Aguilar, Livio Reginold, Silvio Eduardo Valdez Pinto e Vanildo Padilha ocupantes dos cargos de Auditor Fiscal da Receita Municipal e de Fiscal de Tributos Municipais, integrantes da carreira de Serviços de Fiscalização e Arrecadação Tributária, instituídos em Lei Complementar Municipal nº 89/2005, ascenderam à carreira de Auditoria Fiscal Tributária por força da Lei Complementar Municipal nº 148/2012 e Decreto nº 1.069, de 2 de julho de 2012.

O representante do *Parquet* fundamenta ainda que a legislação anterior dispunha como requisito de escolaridade para a investidura no cargo de Fiscal de Tributos Municipais da carreira de Serviços de Fiscalização e Arrecadação Tributária a conclusão do Ensino Médio, sendo que pra carreira de Auditor Fiscal exige-se nível superior, sendo, inclusive, a remuneração bem superior.

Por isso o ajuizamento da presente ação civil pública, sob o fundamento de que a Lei Complementar Municipal nº 148/2012 é inconstitucional, porque os agravantes conseguiram ocupar cargo que exigia para sua investidura formação acadêmica de nível superior.

Pois bem, ao analisar os autos o autor da demanda (Ministério Público Estadual) fundamenta a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 148/2012 - a qual deu origem e fundamento à ascensão funcional dos agravantes, de forma que, se de fato houver reconhecimento da inconstitucionalidade, tal vício é imprescritível, o que acontece também com o ressarcimento de danos causados ao erário.

Vejamos a jurisprudência pátria neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CARACTERIZADA. SERVIDORES PÚBLICOS. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL 6.697/1994 DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF NA ADI 1.241/RN. EFICÁCIA ERGA OMNESE EFEITO VINCULANTE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CAUSAMADURA. APLICAÇÃO DO ART. 1.013, § 3º, DO CPC/2015. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. REEXAME DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 7/STJ.

Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Marta Maria Lopes Freire e outros, após instauração e instrução de inquérito civil, onde se constatou a ilegalidade na efetivação dos demandados como servidores públicos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, uma vez que ingressaram no serviço público após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, por intermédio da Lei Estadual 6.697/1994.

O Tribunal a quo afastou a prescrição reconhecida na sentença recorrida, e passou ao exame do mérito da causa, nos termos do artigo 1.013, § 3º, do CPC/2015.

Deve ser rejeitada a alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015 na medida em que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu acórdão.

Quanto ao afastamento da prescrição, agiu acertadamente a Corte de origem, pois a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, nas hipóteses em que o Ministério Público busca, em juízo, providências cabíveis para proteger o princípio constitucional do concurso público, não incidem os institutos da prescrição e decadência, tendo em vista que o decurso do tempo não tem o condão de convalidar atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não foram previamente aprovadas em concurso público, sendo a situação flagrantemente inconstitucional.

Em relação à alegada violação ao art. 515, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.013, § 3º, do CPC/2015), consigna-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do STJ, cuja orientação segue no sentido de que, versando a questão controvertida apenas sobre matéria de direito, o magistrado poderá julgar de imediato a lide.

Salienta-se que a aplicação do instituto da causa madura não fica obstada, mesmo na hipótese em que tenha sido extinto o processo com julgamento de mérito, em face do reconhecimento da decadência ou da prescrição pelo juízo primevo.

Assim, afastada a decadência ou a prescrição pelo órgão julgante ad quem, estando o feito devidamente instruído e sendo a causa exclusivamente de direito, a princípio, não há impedimento para a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.013, § 3º, do CPC/2015).

Quanto à alegada ofensa ao princípio da não surpresa, o Tribunal a quo registrou: “Com efeito, não verifico a existência de ofensa ao princípio da não surpresa, pois o tema central discutido e debatido na Apelação (ausência de prescrição para questionar efetivações de servidores sem prévio concurso público) foi suscitado no Recurso do Ministério Público (ver fls. 494/495, 496/498), com pedido expresso (f. 503) e foi até mesmo alvo de destaque nas contrarrazões dos Apelados - vide fl. 513” (fl. 660, e-STJ).

Nesse contexto, eventual revisão da conclusão a que chegou a Corte local demanda reexame de matéria fática, inviável em Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido”. (Resp 1758078/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/09/2018, DJe 27/11/2018).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. ACESSO A CARGO PÚBLICO. CONCURSO. AUSÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Esta Corte tem o entendimento de que, nas hipóteses em que o Ministério Público busca, em juízo, providências cabíveis para proteger o princípio constitucional do concurso público, não incidem os institutos da prescrição e decadência, tendo em vista que o decurso do tempo não tem o condão de convalidar atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não foram previamente aprovadas em concurso público, sendo a situação flagrantemente inconstitucional. Precedentes.

Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte propôs Ação Civil Pública buscando a anulação do ato administrativo que determinou o enquadramento do ora agravante, sem concurso público, em cargo de provimento efetivo do Tribunal de Contas daquele Estado, devendo ser afastada a prescrição reconhecida na origem.

Agravo interno desprovido. (AgInt no Aresp 283.944/RN, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 03/08/2018)

Assim, sem mais delongas, havendo apenas o recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa e mantendo o afastamento da prejudicial de prescrição, não vejo motivos para alterar a decisão agravada.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento interposto por Berlindo Batista de Campos e outros, contudo, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

Conclusão de julgamento adiada para sessão de 19/03/2019 em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Sideni), após o Relator negar provimento ao recurso. O 2º Vogal aguarda.

VOTO (EM 19/03/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar seu conteúdo fático probatório. Após detida análise dos elementos constantes dos autos, cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo eminente Relator, em seu voto, no sentido de cancelar a decisão que rejeita arguição de prescrição

Tem aplicação, na espécie, a orientação sedimentada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a edição do Enunciado 43 da Súmula Vinculante:

“É inconstitucional toda 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.”

Não há falar em prescrição ou decadência, tendo em vista posição consolidada do STF, no sentido de que situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Nesse sentido:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. INVESTIDURA DERIVADA EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: INOBSERVÂNCIA DO INC. II E DO § 2º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. DECADÊNCIA DO PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REVER ATOS ILEGAIS. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CITAÇÃO POR EDITAL. ATENDIMENTO POR PARTE DOS INTERESSADOS. VALIDADE PARCIAL DO ATO. MANDADO DE SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Não se há cogitar de decadência do poder-dever de revisão pelo Conselho Nacional de Justiça dos atos de investidura dos Impetrantes, dependendo a estabilização das relações jurídicas fundadas em patente desrespeito à determinação expressa contida no inc. II e no § 2º do art. 37 da Constituição da República da existência de circunstâncias específicas e excepcionais, reveladoras da boa-fé dos envolvidos, o que não se verifica na espécie. Precedentes. 2. Não se há cogitar, na espécie vertente, de contrariedade ao devido processo legal, pois as normas legais e regimentais vigentes na data da prática questionada foram cumpridas, incluído o art. 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, declarado inconstitucional incidentalmente em processo de natureza subjetiva posteriormente julgado. 3. Mandado de segurança denegado.” (MS 27673, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, Acórdão eletrônico DJe-250 Divulg 11.12.2015. Public 14.12.2015)

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar o entendimento sufragado pelo eminente Relator e, com o parecer, negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (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. 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, 19 de março de 2019.

5ª Câmara Cível

Apelação nº 0810666-55.2016.8.12.0002 - Dourados

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – COBRANÇA DE IPTU FEITA PELO MUNICÍPIO – PRETENSÃO DA AUTORA CONFERIR CONTINUIDADE AO PAGAMENTO DE ITR – IMPOSSIBILIDADE – IMÓVEIS LOCALIZADOS EM ZONA URBANA, AOS QUAIS NÃO É CONFERIDA EXPLORAÇÃO EXTRATIVA VEGETAL, AGRÍCOLA, PECUÁRIA OU AGROINDUSTRIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 32, *CAPUT*, DO CTN, C/C O ART. 15 DO DECRETO-LEI Nº 57/1966 – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ANUAL PREVISTO NO ART. 150, INCISO III, ALÍNEA “B”, DA CF, INAPLICÁVEL AO CASO – INSTITUIÇÃO OU AUMENTO DE TRIBUTOS NÃO VERIFICADOS – ALEGAÇÃO DE QUE NOVOS LOTEAMENTOS GOZARIAM DE ISENÇÃO DE IPTU, CONFORME LEGISLAÇÃO LOCAL – MATÉRIA NÃO ABORDADA NO JUÍZO *A QUO* – INOVAÇÃO RECURSAL – APELO NÃO CONHECIDO NESTE PORMENOR – RECURSO CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Indicando a prova produzida que os imóveis, localizados na zona urbana do município, não se destinam à exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, é adequada a cobrança de IPTU, não havendo qualquer justificativa plausível para que o tributo incidente seja o ITR, conforme se infere do art. 32, *caput*, do CTN, c/c o art. 15 do Decreto-Lei nº 54/1966.

Descabe falar em aplicação do princípio da anterioridade anual ao caso concreto, previsto no art. 150, inciso III, alínea “b”, da CF, porquanto, ao dirigir a cobrança de IPTU à autora, referente aos imóveis de sua propriedade, o ente público réu não instituiu ou majorou tributo, mas sim realizou exação conforme a legislação aplicável ao caso, uma vez constatada a ausência de prática de atividade rural nos bens.

O recurso não comporta conhecimento na parte em que a autora pretende discutir suposta isenção de pagamento de IPTU em relação aos novos loteamentos, conforme incentivo supostamente conferido por legislação local, tendo em vista que a matéria não foi abordada junto ao juízo *a quo*, tratando-se, pois, de inovação recursal.

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, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Saad Lorensini e Cia Ltda apela da sentença (f. 213-215) proferida na ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ajuizada contra município de Dourados, que tramitou na 6ª Vara Cível da referida comarca.

Com a presente ação, busca a autora a declaração de inexigibilidade de IPTU sobre os seguintes imóveis, que indica como rurais, de sua propriedade: matrículas nº 80.204, nº 119.493, nº 119.494, nº 100.613, nº 93.960, nº 93.961, nº 93.957, nº 93.959, nº 93.958 e nº 80.204. Afirma que tais bens sempre tiveram destinação rural, com atividade de plantio e colheita de grãos, destacando que sempre foi contribuinte do ITR. Afirma ter sido surpreendida com cobrança de IPTU no importe aproximado de R\$ 133.450,00 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais).

A pretensão da autora foi julgada improcedente e ela condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Em suas razões (f. 219-233), alega a autora que os imóveis em questão sempre tiveram destinação rural, com atividade de plantio e colheita de grãos, motivo pelo qual foi costumeiramente contribuinte do imposto territorial rural (ITR).

Sustenta que apesar desta situação foi-lhe dirigida cobrança de IPTU, no importe aproximado de R\$ 133.450,00 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais), motivo pelo qual busca a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária e, conseqüentemente, inexigibilidade do IPTU.

Acredita que no caso concreto descabe falar em incidência de IPTU, pois quando da ocorrência do fato gerador (1º de janeiro de 2016), as áreas em comento tinham destinação rural, destacando que a vistoria constatando a existência de infraestrutura no local foi realizada em 04 de abril de 2017. Assim, a anterioridade anual para alteração da destinação dos imóveis não teria sido observada.

Pondera que ainda que se estivesse diante de hipótese de incidência de IPTU, ainda assim a cobrança dirigida à autora seria indevida, pois a própria legislação municipal garante, por meio de incentivo, a isenção de IPTU para novos loteamentos.

Argumenta que os imóveis têm destinação exclusivamente rural, prevalecendo o critério da destinação econômica sobre o da localização, o que implicaria dizer que pouco importa que os bens estejam situados na zona urbana.

Requer provimento do recurso, para que sua pretensão seja julgada procedente, com inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões às f. 241-251.

VOTO(06/12/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Saad Lorensini e Cia Ltda apela da sentença (f. 213-215) proferida na ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ajuizada contra o município de Dourados, que tramitou na 6ª Vara Cível da referida comarca.

Com a presente ação busca a autora a declaração de inexigibilidade de IPTU sobre os seguintes imóveis, que indica como rurais, de sua propriedade: Matrículas nº 80.204, nº 119.493, nº 119.494, nº 100.613, nº 93.960, nº 93.961, nº 93.957, nº 93.959, nº 93.958 e nº 80.204. Afirma que tais bens sempre tiveram destinação rural, com atividade de plantio e colheita de grãos, destacando que sempre foi contribuinte do ITR. Afirma ter sido surpreendida com cobrança de IPTU no importe aproximado de R\$ 133.450,00 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais).

Sua pretensão foi julgada improcedente e a vencida condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Em suas razões (f. 219-233) alega a autora que os imóveis em questão sempre tiveram destinação rural, com atividade de plantio e colheita de grãos, motivo pelo qual foi costumeiramente contribuinte do imposto territorial rural (ITR).

Sustenta que apesar desta situação foi-lhe dirigida cobrança de IPTU, no importe aproximado de R\$ 133.450,00 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais), motivo pelo qual busca a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária e, conseqüentemente, inexigibilidade do IPTU.

Acredita que no caso concreto descabe falar em incidência de IPTU, pois quando da ocorrência do fato gerador (01 de janeiro de 2016), as áreas em comento tinham destinação rural, destacando que a vistoria constatando a existência de infraestrutura no local foi realizada em 04 de abril de 2017. Assim, a anterioridade anual para alteração da destinação dos imóveis não teria sido observada.

Pondera que ainda que se estivesse diante de hipótese de incidência de IPTU, ainda assim a cobrança dirigida à autora seria indevida, pois a própria legislação municipal garante, por meio de incentivo, a isenção de IPTU para novos loteamentos.

Argumenta que os imóveis têm destinação exclusivamente rural, prevalecendo o critério da destinação econômica sobre o da localização, o que implicaria dizer que pouco importa que os bens estejam situados na zona urbana.

Requer provimento do recurso, para que a pretensão autoral seja julgada procedente, com inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões apresentadas às f. 241-251.

Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está preparado, conforme os documentos de f. 258-263.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

A discussão posta *sub judice* objetiva esclarecer se em relação aos imóveis de propriedade da autora deve incidir IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana) ou ITR (imposto territorial rural).

Veja-se, conforme a legislação aplicável, a definição de cada um dos seguintes tributos.

O art. 32, *caput*, do CTN, define o IPTU, dispondo que:

(...) O imposto, de competência dos municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do município.

O art. 15 do Decreto-Lei nº 57/1966 traz a ressalva de que:

(...) O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração

extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados.

Com base nestas disposições legais, é possível concluir que o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel localizado na zona urbana do município, com a ressalva de que quando o bem é destinado à exploração extrativa vegetal, agrícola pecuária ou agroindustrial, a incidência será de ITR.

Deste modo, a incidência de IPTU está atrelada à localização do imóvel; contudo, caso o bem tenha destinação rural, nos termos da definição legal, a incidência será do ITR, o que significa dizer que, neste caso, o critério destinação conferida ao imóvel prevalece sobre o critério geográfico.

O seguinte julgado do STJ corrobora esta compreensão, com destaque que tal entendimento foi firmado em recurso repetitivo representativo de controvérsia:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IPTU – AÇÃO ANULATÓRIA – ACÓRDÃO RECORRIDO – VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015 – INEXISTÊNCIA – IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA URBANA, CONFORME LEI MUNICIPAL – AUSÊNCIA DOS MELHORAMENTOS INDICADOS NO ART. 32, § 1º, DO CTN – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO STJ – DESTINAÇÃO DO IMÓVEL – ATIVIDADE RURAL – INEXISTÊNCIA – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) IV. Na forma da jurisprudência, “a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel estão sujeitos à incidência do IPTU ou do ITR, a depender da classificação do imóvel considerado, em urbano ou rural. Para essa finalidade, a Primeira Seção, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), decidiu que, “[a]o lado do critério espacial previsto no art. 32 do CTN, deve ser aferida a destinação do imóvel, nos termos do art. 15 do DL 57/1966” (REsp 1.112.646/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 28/8/2009)” (STJ, AgRg no AREsp 259.607/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 17/06/2013). (...) V. No caso, encontrando-se o imóvel em área urbana, e não de expansão, conforme a Lei 7.032/98, do Município de São José do Rio Preto, com mais razão a incidência do IPTU, considerando que sequer há notícia, nos autos, de desenvolvimento de qualquer atividade rural na propriedade, aliada à circunstância de que o tributo é devido, ainda que ausentes os melhoramentos indicados no art. 32, § 1º, do CTN. VI. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no AREsp 1197346/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 15/05/2018).

Tecidas estas considerações iniciais de natureza doutrinária e jurisprudencial, passa-se agora à análise das provas produzidas nos autos, como forma de identificar qual o tributo cabível à hipótese *sub judice*.

Conforme se infere dos documentos de f. 87-110, que instruíram a contestação, o Município de Dourados instaurou procedimento administrativo para vistoriar os imóveis de propriedade da autora, sendo solicitado parecer quanto ao uso e/ou atividade predominante desempenhada das referidas áreas. A conclusão, obtida através da vistoria *in loco* foi de que os imóveis encontram-se em fase de terraplanagem.

Não bastasse isso, através dos autos de constatação constantes de f. 177, 180, 183, 186, 189, 192, 195, 198 e 201, obtém-se a informação de que todos os imóveis em questão são destinados a loteamento urbano denominado Terra Dourada Residencial, havendo no local *stand* de vendas das unidades imobiliárias que nele serão construídas, já existindo abertura de ruas, com guias, definição de quadras e postes para a rede elétrica.

Deste modo, evidente que a alegação da autora no sentido de que os imóveis possuem destinação rural não se sustenta, motivo pelo qual o tributo que deve incidir sobre os bens descritos nos autos de sua propriedade é o IPTU, e não o ITR.

Inaplicável ao caso, ainda, o princípio da anterioridade anual, previsto no art. 150, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, tendo em vista que este veda ao ente público instituir ou aumentar tributo no mesmo exercício financeiro de publicação da respectiva lei. Explico.

Isto porque o ente público réu, ao dirigir à autora cobrança de IPTU, não criou ou aumentou tributo, mas tão somente realizou a cobrança deste imposto em virtude desta ser proprietária de imóveis situados na zona urbana do município de Dourados, nos quais, como visto, não ocorre a prática de atividades de caráter predominantemente rural.

Não se pode perder de vista um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o da boa-fé, sendo certo que não parece crível que a autora apelante pretenda se escusar ao pagamento de tributo com base na anterioridade anual, quando possui pleno conhecimento de que a incidência de ITR em relação a imóveis localizados na zona urbana está condicionada à destinação dos bens à exploração extrativa vegetal, agrícola pecuária ou agroindustrial.

Ainda que a autora insista em dizer que nos anos de 2016 e 2017 os imóveis em questão eram utilizados para plantio e colheita de grãos, certo é que não logrou êxito em comprovar o fato constitutivo do seu direito, o que lhe competia fazer, conforme a regra de distribuição do ônus da prova (art. 373, inciso I, do CPC).

O documento de f. 54, que instrui a petição inicial, que se trata de nota fiscal de compra de sementes pela autora, não tem o condão de demonstrar o desempenho de atividade agrícola nos imóveis em questão, não existindo qualquer indicativo de que tais insumos foram adquiridos visando o plantio nas áreas em questão.

Em verdade, dos autos de constatação acima mencionados extrai-se também a informação de que o oficial analista entrou em contato com alguns corretores, que lhe informaram que foram vendidas várias unidades daquele loteamento (f. 201), notícia esta que corrobora a ausência de destinação rural aos imóveis, ainda mais se levado em consideração que tal situação foi constatada em março de 2018, o que implica dizer que a destinação diversificada aos imóveis, bem como a venda das unidades, certamente tiveram início muito tempo antes da constatação.

Outro princípio jurídico do qual é possível lançar mão nesta oportunidade é aquele que diz que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, ou seja, não pode a autora, que não atualizou junto à municipalidade a destinação conferida aos imóveis de sua propriedade, pretender se escusar ao pagamento de IPTU, visando o pagamento do ITR, quando sabidamente não desempenhava atividade agrícola no local.

Por fim, no que se refere à alegação de que a cobrança do IPTU seria indevida, tendo em vista a existência de legislação municipal que garantiria, por meio de incentivo, a isenção de pagamento do referido tributo para novos loteamentos, trata-se esta de questão a ser discutida com o ente público réu o âmbito administrativo, não tendo sido sequer abordada junto ao juízo a quo, consistindo em inovação recursal, motivo pelo qual não será conhecida nesta oportunidade.

Posto isso, conheço em parte do recurso; na parte conhecida, nego-lhe provimento. Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 11, CPC.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 19/02/2019 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento. O 1º vogal aguarda.

VOTO (19/02/2019)

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

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Saad Lorensini e Cia Ltda interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária promovida em face do município de Dourados/MS. Sustenta a apelante a impossibilidade de cobrança do IPTU, em razão da área em questão

ter destinação rural. Alega que sempre fora contribuinte do ITR; que o fato gerador do IPTU em discussão ocorreu em 01/01/2016, contudo, a vistoria realizada pela prefeitura se deu em 04/04/2017, devendo ser respeitada a anterioridade anual. Destaca a existência de lei municipal a isentar o pagamento de ITBI e IPTU em loteamentos sociais e não sociais; que a prevalência do aspecto espacial-territorial (localização geográfica) na definição da incidência tributária somente é ilidida nas hipóteses em que o imóvel está situado na zona urbana do município - assim definida em lei - e sua utilização, comprovadamente, se dê na exploração das atividades extrativas, e que o ato administrativo de lançamento do IPTU não tem amparo legal, estando a invadir esfera da competência da União. Pugnou pelo provimento do recurso.

O ilustre relator conheceu em parte o recurso e na parte conhecida negou-lhe provimento.

De fato, no que se refere a alegação de que existiria lei municipal a isentar o pagamento de IPTU para loteamentos novos, aludida matéria não foi arguida em primeiro grau, de forma que seu questionamento em sede recursal constitui-se em inovação à lide, não devendo ser conhecida.

Com relação a anterioridade legal anual prevista no art. 150, III, b, da Constituição Federal, ao contrário do que tenta fazer crer a apelante, sua aplicação se dá quando houver instituição de lei ou aumento do tributo, o que, convenhamos, não é o caso em tela, pois a lei instituidora da cobrança do IPTU precede a cobrança impugnada.

Já no que se refere à destinação do imóvel para fins rurais, o conjunto probatório dos autos afasta tal assertiva. Na verdade, a vistoria realizada no local não deixa dúvida de que a área questionada está sendo destinada ao loteamento denominado “Terra Dourada”, havendo, inclusive, *stand* no local para vendas, conforme certificado pelo oficial de justiça (f. 200-201). Afora isso, a própria apelante chega a citar lei municipal que estaria a isentar o pagamento do tributo, como forma de incrementar os novos loteamentos.

Por outro lado, o recolhimento espontâneo do ITR não obsta a cobrança do IPTU devido à municipalidade. Daí que, comprovado o pagamento indevido daquele tributo federal, compete ao interessado requerer a repetição do indébito administrativa ou judicialmente, o que afasta a alegação de *bis in idem*.

Em relação à matéria confira os seguintes precedentes:

“AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL – ***IPTU*** – EXERCÍCIO DE 2015 – MUNICÍPIO DE MOGI GUAÇU – PROCEDÊNCIA DO PLEITO EM 1º INSTÂNCIA – RAZÕES DO APELO, ALEGANDO QUE A DESCARACTERIZAÇÃO DE IMÓVEL RURAL PARA IMÓVEL URBANO FOI PLEITO DO PRÓPRIO AUTOR – HOUVE O CANCELAMENTO DO CADASTRO NO INCRA – TAMBÉM FOI PROVIDENCIADA ELABORAÇÃO DA ART DE OBRA OU SERVIÇO COM RECIBO DE PAGAMENTO E LEVANTAMENTO PLANIMÉTRICO PARA FINS DE INSCRIÇÃO CADASTRAL – FATO GERADOR DO ITR DESTINAÇÃO RURAL DO IMÓVEL – CADASTRO NO INCRA CANCELADO – CADASTRO MUNICIPAL E FATO GERADOR DO IPTU VIGENTES – ***IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DO IPTU PELA MOROSIDADE EM TRANSFERIR O IMÓVEL DE ATIVIDADE RURAL PARA LOTEAMENTO – FALTA DE NORMA A GARANTIR ESSA ISENÇÃO*** – SUCUMBÊNCIA INVERTIDA – SENTENÇA REFORMADA – APELO MUNICIPAL PROVIDO.” (TJSP. 1002660-09.2015.8.26.0362. 15ª Câmara de Direito Público 19/04/2018 - Silva Russo) destaquei.

“***IPTU*** – ITR – DESTINAÇÃO AGRÍCOLA RECONHECIDA EM AÇÃO ANTERIOR – ***COMPROVAÇÃO DE ALTERAÇÃO NA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL – PROJETO DE LOTEAMENTO NA ÁREA*** – FASE DE APROVAÇÃO PELA PREFEITURA. 1. Legitimidade e interesse da autora no deslinde do feito, pois não obstante constar o imóvel no registro imobiliário em nome de terceiro, parte dele ainda está gravado em seu nome, como forma de garantia do pagamento do preço. 2. Interesse de agir que se confunde com o mérito e com ele será examinado 3. No caso dos autos, considerando o parcelamento do débito fiscal de IPTU pela atual proprietária registral, Construtora e Incorporadora Elite Ltda, resta evidenciado que ao imóvel não está mais sendo dada a mesma destinação que ensejou a incidência de ITR em provimento anterior, quando foi reconhecida à

autora a declaração de natureza rural ao imóvel, para os exercícios 2003, 2004 e 2005. Ao depois, **restou comprovado que no terreno será executado o Loteamento Residencial Reserva Dom Feliciano**, o qual está em processo de aprovação dos projetos pela municipalidade, **razão pela qual resta afastada a possibilidade de incidência do ITR, impondo-se a reforma da sentença com o julgamento de improcedência do pedido formulado na exordial.** APELAÇÃO... PROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70077089670, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 28/05/2018) destaquei.

Posto isto, acompanhando o ilustre Relator, conheço em parte do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, ficando os honorários advocatícios de sucumbência majorados para 15% sobre o valor da causa.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe 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, 19 de fevereiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0837778-70.2014.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DÉBITOS LOCATÍCIOS – PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL (ARTIGO 206, § 3º, I, CC) – PRESCRIÇÃO MANTIDA – TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL (ARTIGO 206, § 5º, I, CC) – PRESCRIÇÃO AFASTADA – CONSUMO DE ÁGUA – DÉBITO ANTERIOR À LOCAÇÃO – INEXIGIBILIDADE DO LOCATÁRIO POSTERIOR – DÍVIDA DE NATUREZA PESSOAL – EMBARGOS MONITÓRIOS ACOLHIDOS PARA DECLARAR A INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O artigo 206, § 3º, I, do Código Civil, dispõe que a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos prescreve em 3 (três) anos, contando-se o prazo a partir do vencimento de cada prestação.

O prazo prescricional do termo de confissão de dívidas é de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 206, § 5º, I, do Código Civil, iniciando-se a contagem do prazo a partir do vencimento da última parcela. Precedentes.

A jurisprudência é firme no sentido de que o débito relativo a consumo de água tem natureza pessoal e não *propter rem*, de modo que não pode ser imputado ao novo locatário, apenas ao antigo, que efetivamente se utilizou do serviço.

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, 26 de março de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Hedge Capital Serviços Especializados Ltda apela da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Campo Grande que, na ação monitória ajuizada contra Ramona Silva, acolheu as razões trazidas nos embargos apresentados para reconhecer a prescrição da pretensão da autora e extinguir o processo com resolução de mérito.

Em suas razões a apelante sustenta que ao instrumento particular de confissão de dívida não se aplica o artigo 206, § 3º, I, do Código Civil, mas o artigo 206, § 5º, I, desse mesmo diploma legal; ainda que a dívida tratada no instrumento particular fosse relativa a aluguéis, tal fato não teria o condão de alterar o prazo prescricional da dívida confessada em instrumento particular; o termo inicial do prazo prescricional deve ser considerado como sendo o da última parcela, ainda que exista cláusula prevendo o vencimento antecipado das demais; os depósitos judiciais realizados pelos apelados importam em renúncia tácita à prescrição dos alugueres

vencidos; e que, afastada a ocorrência da prescrição, deve a ação prosseguir para o recebimento integral da dívida constante do instrumento particular e os pagamentos realizados serem destinados ao pagamento dos alugueres, por serem mais onerosos (f. 248-259).

Sem contrarrazões (f. 278-282).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Hedge Capital Serviços Especializados Ltda apela da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Campo Grande que, na ação monitória ajuizada contra Ramona Silva, acolheu as razões trazidas nos embargos apresentados para reconhecer a prescrição da pretensão da autora e extinguir o processo com resolução de mérito.

Em suas razões a apelante sustenta que ao instrumento particular de confissão de dívida não se aplica o artigo 206, § 3º, I, do Código Civil, mas o artigo 206, § 5º, I, desse mesmo diploma legal; ainda que a dívida tratada no instrumento particular fosse relativa a aluguéis, tal fato não teria o condão de alterar o prazo prescricional da dívida confessada em instrumento particular; o termo inicial do prazo prescricional deve ser considerado como sendo o da última parcela, ainda que exista cláusula prevendo o vencimento antecipado das demais; os depósitos judiciais realizados pelos apelados importam em renúncia tácita à prescrição dos alugueres vencidos; e que, afastada a ocorrência da prescrição, deve a ação prosseguir para o recebimento integral da dívida constante do instrumento particular e os pagamentos realizados serem destinados ao pagamento dos alugueres, por serem mais onerosos (f. 248-259).

Contrarrazões às f. 266-276 e 278-282.

Passo ao voto propriamente dito.

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo e está preparado (f. 260-263).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Colhe-se dos autos que a apelante ajuizou ação monitória contra a apelada pretendendo constituir em executivo os títulos que instruíram a inicial – contrato de locação e instrumento particular de confissão de dívida – e, conseqüentemente, receber o valor dos créditos neles estampados.

O juízo singular, considerando que “(...) *independentemente da via eleita, deve-se observar o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, inciso I, do Código Civil (...)*” (f. 240), pois “(...) *o que prescreve é a pretensão ao recebimento do valor dos aluguéis, e não do meio processual utilizado para a percepção do crédito*” (f. 240), bem como que “*No caso em tela, vê-se que os débitos venceram-se de julho de 2009 até agosto de 2010, ao passo que a ação foi ajuizada 21 de novembro de 2014, ou seja, mais de 4 anos após o último aluguel, em tese, devido*” (f. 241), reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão da autora e julgou extinto o processo com resolução do mérito.

Pois bem. Relativamente à pretensão de recebimento dos valores dos aluguéis, de fato, está prescrita.

Com efeito, dispõe o artigo 206, § 3º, I, do Código Civil, que a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos prescreve em 3 (três) anos.

No mesmo sentido a jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO MONITÓRIA – COBRANÇA DE ALUGUÉIS E IPTU – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO TRIENAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – PRETENSÃO À REFORMA – DESCABIMENTO – AÇÃO LASTREADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL (ARTIGO 206, § 3º, I, DO CÓDIGO CIVIL) APLICÁVEL TANTO PARA A EXECUÇÃO QUANTO PARA AS AÇÕES E, NESTE CASO, EXPIRADO ANTES DO AJUIZAMENTO – RECURSO DESPROVIDO, SEM PREJUÍZO DA ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO PARA EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 487, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – (TJSP, 27ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 1005401-88.2017.8.26.0576, rel. Des. Mourão Neto, Julg. 23/11/2018; DJESP 28/11/2018; Pág. 2323)

No que toca ao início da contagem do prazo, dá-se com o vencimento de cada prestação¹.

Assim, considerando que o vencimento do último aluguel se deu no mês de agosto de 2010 e a ação foi ajuizada somente em 21/11/2014, prescrita está a pretensão de recebimento dos créditos locatícios.

Quanto ao prazo prescricional do termo de confissão de dívidas, é de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

Nesse sentido:

APELAÇÃO – EMBARGOS À MONITÓRIA JULGADOS IMPROCEDENTES – CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – PLEITO RECURSAL – PRELIMINARES ALIJADAS – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL – INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 355 E 370, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – O MAGISTRADO É O DESTINATÁRIO DA PROVA – APLICAÇÃO DA CAUSA MADURA – A AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO PRÉVIA NÃO É CAUSA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POSTO QUE A CITAÇÃO VÁLIDA SUPRE A AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR – CITAÇÃO DA RÉ OCORRIDA – PRESCRIÇÃO ALIJADA – CONFISSÃO DE DÍVIDA QUE CONFIGUROU NOVAÇÃO – PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL QUE NÃO SE CONSUMOU – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 85, § 11 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OBSERVADO O DISPOSTO NO ARTIGO 98, § 3º DO MESMO DIPLOMA PROCESSUAL – SENTENÇA MANTIDA – APELO IMPROVIDO. (TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cível n. 1001183-63.2018.8.26.0032, rel. Des. Ramon Mateo Júnior; Julg. 12/03/2019; DJESP 20/03/2019).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, GARANTIDO POR NOTA PROMISSÓRIA – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, AO FUNDAMENTO DE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – RECURSO DO BANCO EXEQUENTE – ALEGADA NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – TESE RECHAÇADA – CAUSA EXTINTIVA CUJA CARACTERIZAÇÃO DEPENDE TÃO SOMENTE DA INÉRCIA DA PARTE EXEQUENTE POR PERÍODO SUPERIOR AO LAPSO PRESCRICIONAL RELATIVO AO DIREITO MATERIAL RECLAMADO, OBSERVADO O PRAZO ANUO DE SUSPENSÃO DA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DO ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO DOS AUTOS, BEM COMO DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DO EXEQUENTE, POR MEIO DE SEU DEFENSOR, PARA QUE LHE SEJA OPORTUNIZADO O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO – ORIENTAÇÃO VAZADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (TEMA 1) – NOVO ENTENDIMENTO DA CÂMARA COM BASE NA DIRETRIZ REFERIDA – CASO CONCRETO – EXECUÇÃO DE INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA INADIMPLIDO DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRAZO PRESCRICIONAL DE 20 (VINTE) ANOS, NOS TERMOS DO ART – 177 DO ANTIGO DIPLOMA CIVIL, ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA NOVEL LEGISLAÇÃO, A

¹ TJRJ, 1ª Câmara Cível, Ap. Cível n. 0013275-81.2018.8.19.0001. Relª Desig. Desª Isabela Pessanha Chagas; Data de publicação: 20/12/2018.

PARTIR DE QUANDO PASSOU A SER DE 5 (CINCO) ANOS – TRANSCURSO DE MENOS DA METADE DO PRAZO VINTENÁRIO ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 – INCIDÊNCIA DO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS, INSCULPIDO NO ART. 206, § 5º, INC. I, DO CÓDIGO CIVIL – PROCESSO PARALISADO POR MAIS DE 15 (QUINZE) ANOS – LAPSO PRESCRICIONAL DECORRIDO – INTIMAÇÃO PRÉVIA DA CASA BANCÁRIA PARA SE MANIFESTAR ACERCA DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DEVIDAMENTE EFETIVADA – DUPLA INTIMAÇÃO PARA IMPULSIONAR O FEITO – DESNECESSIDADE – ALEGAÇÃO DE QUE O MARCO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO CORRESPONDE À DATA DE VIGÊNCIA DO CPC/2015, A TEOR DO QUE DISPÕE O SEU ART. 1.056. INSUBSISTÊNCIA – CAUSA EXTINTIVA CONSUMADA DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – OBSERVÂNCIA ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSOLIDADAS SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO REVOGADA – DICÇÃO DO ARTIGO 14 DA NOVA LEI ADJETIVA CIVIL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, 3ª Câmara de Direito Comercial, Ap. Cível nº 0001780-08.1998.8.24.0064, rel. Des. Túlio José Moura Pinheiro; DJSC 18/03/2019).

Insta ressaltar que, para análise do prazo prescricional referente ao termo de confissão de dívida, há de se desconsiderar a origem da dívida, observando-se tão somente referido título, já que sobre ele é que incidirá o tratamento judicial.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, veja-se:

EMENTA – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DÉBITO FUNDADO EM INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – INCIDÊNCIA DO ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – 2. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Contrato de confissão de dívida. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, as dívidas fundadas em instrumento público ou particular prescrevem em 5 (cinco) anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil de 2002. Precedentes. Aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo interno improvido. (STJ, 3ª Turma, AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 912.454, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Data do julgamento: 27/06/2017).

Porquanto pertinente, haja vista a similitude com o caso dos autos, transcrevo parte da fundamentação do voto proferido pelo ministro relator no processo acima indicado:

(...)

No entanto, o caso em comento possui uma nuance, explico. As partes, originalmente firmaram um contrato de aluguel, o qual, em razão da inadimplência do apelante ocasionou o distrato e a elaboração de termo de confissão de dívida a ser paga nos meses de agosto/2010, setembro/2010, outubro/2010 e novembro/2010, sendo apenas quitada a primeira parcela, conforme se avista no termo juntado à inicial da ação executiva (processo nº 201211000595).

*O julgador está adstrito aos limites da lide, os quais são deduzidos pelas partes, nos termos do art. 128 do CPC. No caso dos autos, pretende o apelado a execução do título representado pelo termo de confissão de dívida, sendo este o título que irá receber o tratamento judicial, não devendo ser analisada a origem da dívida, sob pena de violar os princípios da boa-fé e a proibição do *venirum contra factum proprium*.*

Nesse contexto, reverter a conclusão do tribunal local para acolher a pretensão recursal quanto à inaplicabilidade do termo de confissão de dívida firmado entre as partes demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável ante a natureza excepcional da via eleita, a teor do enunciado da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as dívidas fundadas em instrumento público ou particular prescrevem em 5 anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil, estando, portanto, o aresto recorrido em consonância com o entendimento exarado por esta Corte.

O termo inicial do prazo prescricional nesses casos deve ser considerado como sendo “(...) a data de vencimento da última parcela do acordo, que não é alterado pelo vencimento antecipado da dívida” (TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cível nº 1034197-15.2016.8.26.0224, rel. Des. Israel Góes dos Anjos; Julg. 26/02/2019; DJESP 08/03/2019).

Na mesma senda:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ – TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – INADIMPLENTO – ANTECIPAÇÃO DO VENCIMENTO – PRAZO PRESCRICIONAL – TERMO INICIAL – ÚLTIMA PRESTAÇÃO – DATA DO VENCIMENTO – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”. 2. “Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que, mesmo diante do vencimento antecipado da dívida, subsiste inalterado o termo inicial do prazo de prescrição - no caso, o dia do vencimento da última parcela. Precedentes.” (AgRg nos EDcl no AREsp 522.138/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 01/02/2016). 3. Agravo interno não provido. (STJ, 2ª Turma, AgInt nos EDcl no AREsp 1236270/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Data de julgamento: 07/06/2018, Data de publicação: 13/06/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – PRESCRIÇÃO INOCORRENTE – APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL, A CONTAR DO VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA – DERAM PROVIMENTO AO RECURSO – UNÂNIME. (TJRS, 16ª Câmara Cível, AI nº 342833-23.2018.8.21.7000, rel. Des. Ergio Roque Menine; Julg. 31/01/2019; DJERS 12/03/2019).

EXECUÇÃO – TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO – VENCIMENTO ANTECIPADO DAS PRESTAÇÕES – INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL QUE DÁ A PARTIR DA DATA DE VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA DEVIDA E NÃO PAGA – PRECEDENTES DO C. STJ – PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA – DETERMINAÇÃO DE PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – RECURSO PROVIDO. (TJSP, 11ª Câmara De Direito Privado, Ap. Cível n. 0005069-15.2012.8.26.0609, rel. Des. Renato Rangel Desinano; Julg. 19/02/2019; DJESP 22/02/2019).

Na espécie, o vencimento da última parcela do termo de confissão de dívidas se deu no mês de setembro de 2010.

Considerando o prazo prescricional de 5 (cinco) anos e o ajuizamento da presente ação na data de 21/11/2014, há de ser afastada a prescrição da pretensão da autora em relação aos valores referentes ao termo de confissão de dívidas.

Afastada a prescrição, passo à análise das demais teses apresentadas nos embargos monitórios, conforme autoriza o artigo 1.013, § 4º, do CPC².

Sustentam os réus embargantes ser nulo o termo de confissão de dívidas celebrado, pois o débito nele indicado, referente a consumo de água no imóvel, foi deixado pela locatária anterior e a sua quitação foi imposta pela autora para a concretização da locação.

A jurisprudência é firme no sentido de que o débito relativo a consumo de água tem natureza pessoal e não *propter rem*, de modo que não pode ser imputado ao novo locatário, apenas ao antigo, que efetivamente se utilizou do serviço. Colham-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

² Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

APELAÇÃO CÍVEL – SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO – AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO – Cobrança tarifas relativas à consumo anterior à posse do imóvel pelo autor, em razão de contrato de locação e por serviço não prestado, com a inclusão do nome do consumidor no cadastro restritivo ao crédito – Impossibilidade – Sentença de procedência que declarou a inexistência de dívidas em nome do autor, bem como reconheceu a compensação pelos danos morais e determinou a retirada do nome do autor do cadastro de inadimplentes – Serviço de fornecimento de água e esgoto sanitário – Obrigação pessoal – Entendimento do STJ – Cobrança que somente se mostra possível diante do efetivo consumidor, de forma que não pode ser imputado débito anterior ao novo locatário – Súmula nº 196 do TJRJ – Configurada falha na prestação do serviço – Apelante que não se desincumbiu de seu ônus, na forma do artigo 373, II do código de processo civil – Inscrição que se mostra indevida – Violação da boa fé objetiva e seus deveres anexos – Responsabilidade daquele que age em desacordo com probidade contratual – Dano moral in re ipsa, fixado em R\$ 10.000,00, que observa os limites de razoabilidade e proporcionalidade, a condição econômica do réu, a justa compensação pelo dano causado à parte autora, de forma a atender ao caráter punitivo-pedagógico – Recurso que se nega provimento. (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Ap. Cível n. 0413915-92.2013.8.19.0001, Relª Desª Inês da Trindade Chaves de Melo, DORJ 04/12/2018)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO – COBRANÇA REFERENTE A CONSUMO EM PERÍODO ANTERIOR À LOCAÇÃO DO IMÓVEL PELOS AUTORES – Inadmissibilidade – Prestação de serviços de fornecimento de água e esgoto não se enquadra entre as obrigações de caráter propter rem – Dívida de caráter pessoal – Precedentes do STJ – Débito que deve ser. Cobrado do anterior locatário que efetivamente usufruiu do serviço – Inexigibilidade do débito reconhecida – Recurso negado. (TJSP, 13ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 1008494-64.2017.8.26.0348, rel. Des. Francisco Giaquinto, Julg. 12/03/2019, DJESP 15/03/2019)

APELAÇÃO CÍVEL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE DESPEJO C/C RESCISÃO CONTRATUAL C/C COBRANÇA – DÉBITOS DE ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA – DÉBITOS DE NATUREZA PESSOAL – FATURAS EMITIDAS EM NOME DA RÉ, TITULAR DA RELAÇÃO CONTRATUAL COM AS CONCESSIONÁRIAS – ILEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA – ADITAMENTO DO PEDIDO – ANUÊNCIA DOS RÉUS NÃO VERIFICADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O pedido de condenação dos requeridos ao pagamento de débitos referentes ao consumo de água e energia elétrica não merece prosperar, uma vez que a primeira ré figura como destinatária das faturas emitidas pelas concessionárias. 2. Os débitos de água e de energia elétrica são de natureza pessoal, não se vinculando ao imóvel. Exsurge, assim, a ilegitimidade ativa do apelante, visto que as faturas são emitidas em nome da primeira ré, que é a titular das relações contratuais estabelecidas com as concessionárias. Consoante estabelece o art. 18 do CPC, ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. 3. Nos termos no art. 329, inciso II, do CPC, após a citação da parte ré e antes do despacho saneador, é possível que o autor adite ou altere os elementos objetos da demanda, desde que com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, o que não foi observado no caso em comento. 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (TJDF, 5ª Turma Cível, Ap. Cível 2016.01.1.111034-4, rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo, Julg. 06/02/2019, DJDFTE 14/02/2019).

Como se observa da inicial, a própria autora afirmou que “A ré firmou com a autora, em 16 de junho de 2009, Contrato de confissão e parcelamento de dívida, tendo por objeto o pagamento de dívida líquida e certa de R\$ 700,00 (setecentos reais) à Autora, sendo originário de débitos de conta de água referente ao imóvel objeto do contrato de locação em discussão” (f. 2).

Tendo o contrato de locação sido celebrado na data de 10/06/2009 e a vista da informação prestada pela autora, conclui-se que os débitos constantes do termo de confissão de dívida referem-se a consumo de água, anteriores à relação locatícia travada entre as partes. Logo, não podem ser imputados aos réus.

Posto isso, conheço do recurso interposto e dou-lhe parcial provimento para, reformando em parte a sentença proferida, afastar o reconhecimento da ocorrência de prescrição em relação à pretensão de recebimento dos valores estampados no termo de confissão de dívida celebrado pelas partes. Afastada a prescrição e analisando as demais teses de defesa apresentadas nos embargos monitórios, acolho-os para declarar a inexigibilidade do respectivo débito, porquanto relativo a consumo de água anterior à locação.

Mantenho a condenação da autora-apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ficando estes majorados, em razão do trabalho desenvolvido em grau recursal, nos termos do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, em R\$ 800,00 (oitocentos reais), totalizando R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos) reais.

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. 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. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0802614-81.2018.8.12.0008 - Corumbá

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – CRÍTICAS AO PREFEITO VEICULADAS EM POSTAGEM DO *FACEBOOK* – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – INFORMAÇÃO VEROSSÍMIL – AUSÊNCIA DE *ANIMUS INJURIANDI VEL DIFAMANDI* – DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PESSOA PÚBLICA – CRÍTICAS DIRIGIDA À GESTÃO E NÃO À PERSONALIDADE DO GESTOR – INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não há falar em ofensa à honra e à personalidade, quando o objeto das postagens feitas no *Facebook* são críticas direcionadas à forma com que é conduzida a administração pública -, e não críticas feitas à personalidade particular do prefeito.

Caso em que a função assumida pela parte, prefeito de município, torna-o mais suscetível de críticas por parte da população, que age como fiscal dos atos públicos e exerce a liberdade de expressão prevista no art. 5º, VI, da Constituição Federal.

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, 19 de março de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Marcelo Aguilar Iunes apela da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Corumbá, que julgou improcedente a ação de indenização por dano moral ajuizada por Augusto do Amaral, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

O apelante, em suas razões (f. 82-90), sustenta que as provas dos autos comprovam que o apelado utiliza de seu perfil na rede social *Facebook* para atentar contra sua honra, nome e imagem, postando ataques infundados, a exemplo das postagens noticiando que o apelante estaria fraudando licitações e cometendo crime de nepotismo.

Afirma que, ao contrário do entendimento adotado pela magistrada singular, as postagens extrapolam o limite da liberdade de expressão, adentrando na seara da responsabilidade civil por dano moral.

Requer provimento do recurso para que seja reformada a sentença, para condenar o apelado ao pagamento de indenização por dano moral.

Contrarrazões às f. 106-118.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Marcelo Aguilar Iunes apela da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Corumbá, que julgou improcedente a ação de indenização por dano moral ajuizada por Augusto do Amaral, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

O apelante, em suas razões (f. 82-90), sustenta que as provas dos autos comprovam que o apelado utiliza de seu perfil na rede social *Facebook* para atentar contra sua honra, nome e imagem, postando ataques infundados, a exemplo das postagens noticiando que o apelante estaria fraudando licitações e cometendo crime de nepotismo.

Afirma que, ao contrário do entendimento adotado pela magistrada singular, as postagens extrapolam o limite da liberdade de expressão, adentrando na seara da responsabilidade civil por dano moral.

Requer provimento do recurso para que seja reformada a sentença e o apelado condenado ao pagamento de indenização por dano moral.

Contrarrazões às f. 106-118.

Da admissibilidade recursal

O recurso é tempestivo está preparado (f. 91).

Desta forma, presente os requisitos de admissibilidade, recebo-o no efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Do dano moral

O apelante ajuizou ação de indenização por dano moral contra o apelado, sustentando, basicamente, que este mantém uma página na rede social *Facebook*, cuja finalidade é proferir ofensas e agressões verbais contra o apelante e seus familiares, em razão de ocupar o cargo de chefe do poder executivo municipal.

Por sua vez, o apelado sustenta que a finalidade de sua página na referida rede social é criticar a gestão do apelante e não a pessoa do apelante, utilizando-se para esse fim do seu direito à liberdade de expressão, elencado como garantia fundamental no artigo 5º da Constituição Federal.

A juíza singular julgou improcedente a pretensão do autor, com os seguintes fundamentos:

“Primeiramente, com o máximo respeito, o que se tem nas manifestações do réu são críticas – mordazes, é verdade – e conclusões precipitadas em relação à atividade do autor, além de denúncias, que inclusive foram encaminhadas ao Ministério Público Federal, consoante demonstram os documentos que acostam a contestação (f. 46-51). Mesmo que as críticas sejam irracionais e abusivas aos olhos do autor, elas merecem a integral proteção estatal, pois ‘(...) a realização da democracia pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, onde haja o livre confronto de ideias, o que só é possível mediante a garantia da liberdade de expressão’.

Objetivamente, não se tem nada nos autos que indique que a intenção do réu era simplesmente ofender ao autor. Pelo contrário: o que se extrai dos elementos probatórios é o intuito primeiro de criticar a forma como ele administra o município e, supostamente,

beneficia seus familiares. Acrescenta-se que o Estado não se pode arvorar em ser censor do estilo e da racionalidade da crítica de seus cidadãos.

(...)

Em casos como o dos presentes autos, é comum que ocorram excessos retóricos, como fez o réu. Todavia, a liberdade de expressão é um bem tão relevante que ao se permitir limitações em razão de ordem excepcional – como as de estilo, polidez, etc – causar-se-ia o que a tradição jurídica americana chama de chilling effect, ou seja, efeito silenciador (ou inibidor) da discussão, levando os cidadãos a se autocensurarem com o receio de que sejam mal interpretados e, por isso, sofram sanções legais.

(...)

Não estando comprovada a intenção ofensiva do réu, e havendo elementos que indiquem que pretendia apenas tecer críticas contundentes à Administração exercida pelo autor, bem como porque suas críticas resultaram em comunicação de suposto ato de improbidade perante o Ministério Público, não há que se falar em indenização. Saliente-se que eventual a inveracidade da informação repassada pelo réu não basta para que ele seja condenado, haja vista que os fatos estão sendo apurados pelo MPF”. (f. 76-78).

Pois bem. Vê-se que o caso posto em cheque envolve o confronto de dois direitos fundamentais, quais sejam: o direito à honra e à imagem, defendido pelo apelante; e o direito à liberdade de expressão, defendido pelo apelado.

A jurisprudência, bem como a doutrina, tem entendido que, nos casos que envolvam nítido confronto de direitos fundamentais, cabe ao julgador avaliar o caso concreto, e realizar, se é que possível, ponderação sobre qual direito deve prevalecer sobre o outro.

Anote-se que a decisão sobre qual direito fundamental prevalecerá não possui viés subjetivo, isto é, não decorre do simples entendimento adotado pelo juízo. É imprescindível que tal decisão possua relação intrínseca com os elementos objetivos dos autos. Em outras palavras, há um juízo de valoração, porém deverá ser proferido em total vinculação aos fatos/provas do caso concreto.

No caso versando, o apelante sustenta que o apelado atentou contra sua honra e imagem em razão das postagens de caráter degradante que este fazia no perfil do Facebook, denominado “buxexa amaral”, nas quais atribuíam-lhe o cometimento de crimes contra a ordem pública.

O direito à liberdade de expressão não é absoluto, não pode seu exercício ultrapassar a barreira fixada por outras garantias constitucionais, sob pena de legitimar as irresponsabilidades de afirmação.

Em análise das postagens, anexadas pelo apelante na petição inicial (f. 1-15), pode-se verificar que as críticas eram dirigidas à administração que o apelante exercia - e não diretamente a sua pessoa, tendo em vista que o objeto das queixas era o modo com o qual o apelante conduzia o município e direcionava as verbas públicas, principalmente.

Não há, dentre as postagens noticiadas, ataques pessoais contra a imagem e a honra do apelante, mas, tão somente, contra atos do prefeito do município, cargo ocupado pelo recorrente naquela época.

Aliás, o apelado juntou em contrarrazões ao recurso de apelação, matéria veiculada no sítio da imprensa “Capital do Pantanal”, em 11.11.2018, cujo teor diz respeito à instauração, pelo Ministério Público Estadual, de inquérito civil (nº 06.2018.00002664-9) para investigar a possível prática de crime de nepotismo pelo apelante, prefeito de Corumbá.

Ou seja, por mais que severas, as críticas expostas pelo apelado gozam de certa verossimilhança, atribuição conferida pelo fato do Parquet ter apurado os supostos delitos que estavam ocorrendo em detrimento da coletividade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não configuram ato ilícito as publicações que narrem fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, veja-se:

RECURSOS ESPECIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – 1. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – OBRA LITERÁRIA – FIGURA PÚBLICA – ABUSO DO DIREITO DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO – AFRONTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – EXISTÊNCIA – INFORMAÇÃO INVEROSSÍMIL – EXISTÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI. 2. QUANTUM INDENIZATÓRIO – MÉTODO BIFÁSICO – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. 3. DIREITO À RETRATAÇÃO – PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL – PUBLICAÇÃO DA DECISÃO CONDENATÓRIA – POSSIBILIDADE. 4. RECURSO ESPECIAL DOS RÉUS DESPROVIDO – RECURSO ESPECIAL DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Liberdade de expressa e de informação em contraponto à proteção aos direitos da personalidade. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, para situações de conflito entre tais direitos fundamentais, entre outros, os seguintes elementos de ponderação: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).

1.1. A princípio, não configura ato ilícito as publicações que narrem 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 a crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada.

1.2. Não obstante a liberdade de expressão seja prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, ela não é absoluta, devendo ser balizada pelos demais direitos e princípios constitucionais. (...) (STJ - REsp 1771866/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 12/02/2019, DJe 19/02/2019).

Como já mencionado, o cunho da postagem não foi ofender diretamente a personalidade do apelante, mas sim criticar a maneira com que este geria a municipalidade. Em outras palavras, o apelante somente foi alvo de críticas em razão do cargo que ocupava, prefeito do Município de Corumbá, não caracterizando, dessa maneira, ofensa direta à sua honra ou personalidade, excluindo-se assim a possibilidade de condenação do apelado em reparação moral.

Não há, na hipótese, a configuração do *animus injuriandi vel diffamandi* por parte do apelado, elemento subjetivo que caracteriza a vontade do ofensor em atentar contra a honra do ofendido, haja vista que as postagens possuem caráter meramente crítico.

Com efeito, as duras críticas contra a gestão são um fardo que todo administrador da máquina pública deve carregar. Elas decorrem do direito de fiscalização exercida de forma rigorosa por alguns contribuintes. Significa dizer que onde houver dinheiro público empregado, haverá fiscalização e, por corolário, críticas tenazes ao menor indício de irregularidade na utilização da dita verba.

Ademais, a assunção de cargos públicos, como prefeito municipal, torna o sujeito pessoa pública, cujos atos praticados terão enorme exposição à coletividade, mitigando-se, por consequência lógica, os direitos da personalidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar caso semelhante ao aqui retratado, assim ementou:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE – Inocorrência – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOSE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE É RESOLVIDA SEGUNDO O CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO DE VALORES – AUTOR QUE

É PESSOA PÚBLICA E ESTÁ MAIS SUJEITO A CRÍTICAS DO QUE O CIDADÃO COMUM – PROTEÇÃO À HONRA DA PESSOA PÚBLICA QUE SOFRE MITIGAÇÕES DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS – RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1019305-59.2016.8.26.0529; Rel. Des. Moacir Peres; 7ª Câmara de Direito Público; j: 13/12/2018; Data de Registro: 13/12/2018).

Diante de tais fundamentos, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Em razão do desprovimento do recurso e levando em consideração o trabalho adicional realizado em segundo grau, majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa (85, § 11, CPC).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0821838-31.2015.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – AUTOS DE LANÇAMENTO E DE IMPOSIÇÃO DE MULTA – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA QUE NÃO EXIME E NEM REPASSA A TERCEIROS O DEVER DE REGISTRO DA EMPRESA EM LIVROS FISCAIS – PRINCÍPIO GRAVITACIONAL DO DIREITO PRIVADO NÃO SE APLICA ÀS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A obrigação acessória decorre da legislação tributária e serve como instrumento de auxílio ao fisco ao seu dever de fiscalizar e arrecadar.

O regime de substituição tributária para o pagamento do ICMS (obrigação principal) não exime o dever daquele que realize operações e circulação de mercadorias ou de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ou que nelas intervenham, de manter a escrituração fiscal.

Sentença mantida.

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, 22 de janeiro de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Metropolis Com Varejista de GLP Ltda contra sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande que, nos autos de embargos à execução fiscal movida contra Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

No apelo de f. 231-6, o recorrente argumenta que por disposição de decreto estadual, a responsabilidade de recolhimento do ICMS e também das obrigações acessória deste tributo é atribuída a terceiro, especificamente à distribuidora das mercadorias.

Defende inexistir relação jurídica entre o substituído, no caso os apelantes, e o Estado, pois não há exigibilidade das obrigações acessórias, o que torna o título executivo nulo.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedido iniciais para anular os autos de infrações que culminaram nas CDA's objetos da execução fiscal.

Sem contrarrazões, como certificado à f. 240.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Metropolis Com Varejista de GLP Ltda e Valéria Regina Monteiro Nunes apelam contra sentença de improcedência proferida nos autos de embargos à execução fiscal movida contra Estado de Mato Grosso do Sul.

No apelo de f. 231-6, os recorrentes argumentam que, por disposição dos Decretos Estaduais nº 10.907/02 (art. 1.º, § 1.º, II) e nº 12.570/08, a responsabilidade de recolhimento e também das obrigações acessórias do ICMS é atribuída a terceiro, especificamente à distribuidora das mercadorias.

Defendem inexistir relação jurídica entre o substituído, no caso os apelantes, e o Estado, o que tornaria a obrigação acessória inexigível e, portanto, o título executivo seria nulo.

Pedem o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedido iniciais para anular os autos de infrações que culminaram nas CDA's objetos da execução fiscal.

A sentença, entretanto, deve ser integralmente mantida.

Os recorrentes partem do fundamento de que o regime de substituição tributária da obrigação principal, ou seja, do recolhimento do ICMS, igualmente abrangeria eventuais obrigações acessórias decorrentes dessa exação pelo princípio gravitacional de uma a outra, em interpretação realizada sobre o artigo 122, do CTN.

Não há fundamento jurídico e nem legal para tal entendimento e pretensão.

Como bem observado pela sentença ora recorrida, a obrigação acessória decorre da legislação tributária e serve como instrumento de auxílio ao fisco ao seu dever de fiscalizar e arrecadar.

Essa obrigação não é afastada nem repassada a terceiros a não ser que haja expressa previsão nesse sentido, pois, como dever instrumental que é, possui natureza autônoma, em especial quanto à manutenção de sua escrita fiscal.

No presente caso, o regime de substituição tributária, segundo a disposição dos Decretos Estaduais nº 10.907/02 (art. 1.º, § 1.º, II) e nº 12.570/08, bem assim do próprio Regulamento do ICMS, Decreto Estadual nº 9.203/98, não exime o dever daquele que realize *operações e circulação de mercadorias ou de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ou que nelas intervenham*, de manter a escrituração fiscal, contabilidade esta que é inerente a qualquer pessoa jurídica, ainda mais a quem pretende baixar suas atividades.

Essa disposição se coaduna ao Código Tributário Estadual, especificamente da previsão do artigo 81:

Art. 81. As pessoas que realizem operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ou nelas intervenham, independentemente de incidência, imunidade, não-incidência, isenção ou remissão do ICMS, ou da forma e do prazo de seu lançamento, escrituração e recolhimento, devem declarar, segundo o Regulamento: I - periodicamente, o valor de suas operações ou prestações, demonstrando a apuração do imposto; II - anualmente, o valor das entradas e saídas de mercadorias ou bens importados e o da prestação e o do recebimento de serviços.

Além disso, a jurisprudência das Cortes Superiores é pacífica ao manter essa posição:

No campo fiscal, o liame de dependência opera de modo distinto e peculiar. Não se dá entre certa obrigação principal e determinada obrigação acessória, ambas devidas especificamente por uma mesma pessoa quanto a um mesmo tributo. A dependência aqui pode estar relacionada a tributos distintos (aspecto objetivo), devidos pela mesma pessoa ou por pessoas diferentes (aspecto subjetivo). Noutras palavras: a imposição de certa obrigação

accessória pode justificar-se pela necessidade de aperfeiçoar a fiscalização do recolhimento de outros tributos, devidos até mesmo por outras pessoas.

*O que releva na essência da obrigação acessória é o propósito – autônomo – de “levar ao conhecimento da Administração (curadora do interesse público) informações que lhe permitam apurar o surgimento (no passado e no presente) de fatos jurídicos tributários, a ocorrência de eventos que tenham o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, além da extinção da obrigação tributária” (ZOCKUN, Maurício. **Regime jurídico da obrigação tributária**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 134).*

(...) Vê-se, assim, que o cumprimento da obrigação tributária acessória nada tem a ver com a existência, concomitante, de certa e determinada obrigação principal, ambas devidas pelo mesmo sujeito. O cumprimento de obrigações acessórias possui relevância externa e independente da relação articulada a partir do dever de pagar certo tributo. Projeta-se sobre outras relações jurídico-tributárias, travadas ou não entre os mesmos sujeitos em torno de exações também idênticas ou não entre os mesmos sujeitos em torno de exações também idênticas ou não. (Excerto do voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento do RE 250.844/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-205 Divulg 18-10-2012 Public 19-10-2012 Republicação: DJe-234 DIVULG 28-11-2012 PUBLIC 29-11-2012).

PROCESSOCIVIL–RECURSOESPECIALREPRESENTATIVODECONTROVÉRSIA – ARTIGO 543-C, DO CPC – TRIBUTÁRIO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE OU DE USO E CONSUMO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – HIGIDEZ DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONSISTENTE NA EXIGÊNCIA DE NOTA FISCAL DOS BENS – IRRELEVÂNCIA INEXISTÊNCIA, EM TESE, DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL (NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS) – FATOR VIABILIZADOR DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – ARTIGOS 175, PARÁGRAFO ÚNICO, E 194, DO CTN – ACÓRDÃO FUNDADO EM LEI LOCAL – CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL.

1. O ente federado legiferante pode instituir dever instrumental a ser observado pelas pessoas físicas ou jurídicas, a fim de viabilizar o exercício do poder-dever fiscalizador da Administração Tributária, ainda que o sujeito passivo da aludida “obrigação acessória” não seja contribuinte do tributo ou que inexistente, em tese, hipótese de incidência tributária, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos no ordenamento jurídico. (...) (REsp 1116792/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 14/12/2010).

Aliás, ainda que referente a instituto jurídico diverso, no caso a imunidade tributária, a menção pelos apelantes de precedente jurisprudencial no STF do RE 250.844/SP (f. 07) não exibiu com adequada observância da boa-fé processual o real resultado daquele julgamento, que assim restou ementado:

IMUNIDADE – LIVROS FISCAIS. O fato de a pessoa jurídica gozar da imunidade tributária não afasta a exigibilidade de manutenção dos livros fiscais. (RE 250844, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-205 Divulg 18-10-2012 Public 19-10-2012 Republicação: DJe-234 Divulg 28-11-2012 Public 29-11-2012).

A obrigação acessória, portanto, recaía sobre as apelantes, de forma que se não foi cumprida devem elas arcarem com a penalidade imposta.

Pelo exposto, conheço o recurso, porém, a ele nego provimento.

Em razão da disposição do artigo 85, § 11 do CPC, majoro os honorários advocatícios para 12%, dada a fase recusal também inexitosa, sobre o proveito econômico obtido pelo apelado, nos termos já justificados pela sentença recorrida, observada a gratuidade de justiça porventura 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. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0830251-67.2014.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROPOSTA ENGANOSA – PREÇO DO IMÓVEL MODIFICÁVEL – CONDIÇÕES DE PAGAMENTO DIVERSAS DA ESTIPULADA INICIALMENTE – DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE BOA-FÉ CONTRATUAL – INDEVIDA NEGATIVAÇÃO DE VALORES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O descumprimento aos princípios da probidade e boa-fé contratual decorreu de conduta das próprias promitente-vendedoras, pela enganosa publicidade (art. 37, § 1.º, do CDC) e desvinculação da oferta proposta ao comprador (art. 30, do CDC), motivos pelos quais devem arcar com a imediata restituição da quantia eventualmente antecipada, nos moldes do entendimento sumulado pelo enunciado 543, do STJ.

O caso, além do descumprimento contratual, tratou de efetiva extrapolação do dever de informação clara e precisa, de desvinculação do contrato à oferta e, por fim, negativação irregular de valores, características estas que justificam a condenação pelo dano moral, mostrando-se adequado o *quantum* arbitrado.

Sentença mantida.

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, 22 de janeiro de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Santo Estanislau Empreendimentos. Imobiliários Ltda, Aglaonema Empreendimentos S/A e Rossi Residencial S/A contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Décima Segunda Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória cumulada com restituição de valores proposta por Paulo Henrique Ribeiro Gonçalves, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

No apelo de f. 335-62, as recorrentes argumentam que em respeito aos princípios da probidade e da boa-fé, o direito de arrependimento não pode ser exercido após o início da execução do contrato de promessa de compra e venda.

Defendem que a rescisão do contrato sem motivação do comprador deve seguir estipulação negociada para devolver-se proporcionalmente o valor pago, sob pena de causar insegurança jurídica, o que a jurisprudência já tem assentido.

Entendem ser incompatível a rescisão do contrato segundo a regra consumerista e o pacto de alienação fiduciária em garantia.

Afirmam ser impossível aplicar juros na verba de devolução, a não ser após o trânsito em julgado da sentença, além de incabível a indenização por danos morais.

Pedem, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões foram juntadas às f. 368-93, com argumentos e pedido para o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Santo Estanislau Empreendimentos. Imobiliários Ltda, Aglaonema Empreendimentos S/A e Rossi Residencial S/A apelam contra sentença de parcial procedência dos pedidos iniciais da ação declaratória cumulada com restituição de valores proposta por Paulo Henrique Ribeiro Gonçalves.

No apelo de f. 335-62, as recorrentes argumentam que em respeito aos princípios da probidade e da boa-fé, o direito de arrependimento não pode ser exercido após o início da execução do contrato de promessa de compra e venda.

Defendem que a rescisão do contrato sem motivação do comprador deve seguir estipulação negociada para devolver-se proporcionalmente o valor pago, sob pena de causar insegurança jurídica, o que a jurisprudência já tem assentido.

Entendem ser incompatível a rescisão do contrato segundo a regra consumerista e o pacto de alienação fiduciária em garantia.

Afirmam ser impossível aplicar juros na verba de devolução, a não ser após o trânsito em julgado da sentença, além de incabível a indenização por danos morais.

Pedem, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Reanalizando-se o caso vejo que, diferente do quanto alegado pelos apelantes, a rescisão do contrato firmado entre as partes fundamentou-se na alteração unilateral do preço do imóvel objeto de venda e compra pelo apelado, o que o impossibilitou da aquisição.

Como se confirma do documento de f. 40, firmado em 31/01/2013, ao apelado foi proposta a compra de imóvel no valor de R\$ 91.779,89 (noventa e um mil, setecentos e setenta e nove reais e oitenta e nove centavos), valor este dividido em uma parcela de entrada de R\$ 3.323,00 (três mil, trezentos e vinte e três reais), duas parcelas de R\$ 300,00 (trezentos reais) e 34 parcelas de R\$ 27,25 (vinte e sete reais e vinte e cinco centavos), remanescendo o saldo final de R\$ 86.750,35 (oitenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e trinta e cinco centavos).

Segundo consta das informações da exordial e documentos de f. 60, esse saldo final contaria ainda com a redução de subsídio de R\$ 16.868,00 (dezesseis mil, oitocentos e sessenta e oito reais) e seria financiado junto à Caixa Econômica Federal em 360 meses, com parcelas de R\$ 494,99 (quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e nove centavos), o que possibilitou o fechamento do negócio.

Ao ser contatado em outubro de 2013 para firmar o financiamento desse saldo final, o apelado foi surpreendido com a alteração de forma de pagamento e o acréscimo de valores, como se constata dos documentos de f. 61-2, 114, 121 e 124.

Posteriormente, em novembro daquele mesmo ano de 2013, foi surpreendido com a notificação prévia de negatificação do valor do financiamento daquele contrato no valor de R\$ 99.235,26, supostamente vencido em 20/04/2013.

Essas informações e documentos demonstram claramente que a pretensão de rescisão do contrato outrora firmado entre as partes não decorreu de simples direito de arrependimento do consumidor, mas sim do descumprimento de dispositivos legais que garantem a vinculação da proposta ofertada pelo vendedor ao exercício do contrato, amplamente protegido pelo microsistema consumerista.

Alegar a culpa exclusiva da parte apelada para a rescisão do contrato é desconsiderar o que os documentos juntados à exordial detalhadamente demonstram, a falta de informação clara, correta e precisa de que as condições do financiamento firmado com a Caixa Econômica Federal não poderiam ser mantidas nos termos e valores que originariamente convenceram e possibilitaram o apelado de negociar aquele imóvel, o que afasta alegações vãs para manter-se o contrato por sua função social e pela livre vontade do apelado para o negócio.

Nos moldes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a exemplo do princípio previsto pelo artigo 422, do Código Civil, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé exigidos para sua confecção.

Notável, portanto, que o descumprimento desses preceitos decorreu de conduta das próprias apelantes, pela enganosa publicidade (art. 37, § 1.º, do CDC) e desvinculação da oferta proposta ao comprador (art. 30, do CDC), motivos pelos quais devem arcar com a imediata restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, inclusive com juros moratórios desde cada desembolso, além de perdas e danos, como previsto pelo artigo 35, III, do CDC.

Essas determinações efetivamente devolvem às partes ao *status quo* anterior e garantem que nenhuma das partes se enriqueçam ilicitamente em detrimento do outro, o que denota adequada recomposição, em especial razão pela causalidade da rescisão operada.

Os argumentos de que os juros moratórios incidam somente após o trânsito em julgado da sentença encontra amparo na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por desistência dos compradores, segundo a jurisprudência do STJ¹, o que não é o caso destes autos.

A jurisprudência pátria possui esse mesmo entendimento, eis que o tema já é pacificado na Corte Superior, a teor do enunciado da Súmula 543:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015),

O fato de o instrumento analisado prever que o saldo final seria objeto de financiamento com a Caixa Econômica Federal não impede a rescisão pretendida porque sequer houve conclusão desse pacto adjeto de alienação fiduciária, pois o preço do imóvel já não guardava a adequação devida à proposta das apelantes.

Prova disso é inexistir nestes autos qualquer instrumento contratual assinado pela instituição financeira, e sim apenas entre as partes ora litigantes.

Descabida, portanto, a alegação de não ser possível a rescisão pleiteada, mesmo porque as regras consumeristas também devem ser observadas nos procedimentos ditados pela Lei nº 9.514/97, contrariamente do que argumentam os apelantes.

¹ REsp 1211323/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 20/10/2015; AgInt no AREsp 1296227/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/12/2018, DJe 14/12/2018.

Finalmente, quanto aos danos morais a que também foram condenados, houve nos autos plena demonstração de que a dívida decorrente desse contrato rescindido foi indevidamente inscrita nos órgãos de proteção ao crédito, o que reclama a presunção de ocorrência de danos morais.

O caso não tratou de mero descumprimento contratual, mas de efetiva extrapolação do dever de informação clara e precisa, além de desvinculação do contrato à oferta e, por fim, negativação irregular de valores, características estas que não apenas justificam a condenação pelo dano moral, como também denotam a regular e adequada quantificação do valor arbitrado, nos moldes do artigo 944 do CC.

A sentença, portanto, merece ser privilegiada.

Pelo exposto, conheço o recurso, porém, a ele nego provimento.

Em razão da sucumbência, majoro os honorários para 20% sobre o valor da condenação, nos moldes do artigo 85, § 11, do CPC, observado o zelo do causídicos e trabalho realizado nesta fase recursal.

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. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação/Remessa Necessária nº 0801643-70.2016.8.12.0007 - Cassilândia

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE TRANSPORTE ADEQUADO A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA – DEMANDA AJUIZADA CONTRA A FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – INCLUSÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL NO POLO PASSIVO PELO JUÍZO *A QUO* – FUNDAÇÃO COM AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA CONFERIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 1.461/1993 – PRELIMINAR ACOLHIDA – RECURSO OBRIGATÓRIO CONHECIDO – DIREITO DOS DEFICIENTES AO TRATAMENTO ISONÔMICO – TRANSPORTE QUE DEVE SER FORNECIDO NORMALMENTE A TODAS AS PESSOAS – APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 13.146/2015 – REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

As autarquias e as fundações públicas têm legitimidade para figurar no polo passivo das demandas relativas ao fornecimento de transporte adequado aos portadores de deficiência, visto que possuem personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira, o que impõe o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul.

Se a fundação pública fornece transporte regular às pessoas, deve também garanti-lo aos deficientes, considerando as disposições da Constituição Federal e da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que lhes assegura tratamento isonômico e todas as medidas necessárias para a efetiva inclusão social.

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 a preliminar suscitada pelo Estado, com a exclusão deste do polo passivo da ação e negar provimento ao reexame necessário, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de março de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença proferida pelo Juízo da 1.ª Vara da Comarca de Cassilândia que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS – Unidade Universitária de Cassilândia-MS, julgou procedente o pedido autoral para determinar à requerida a disponibilização de transporte adequado e adaptado aos servidores e alunos portadores de deficiência, para locomoção da residência até a instituição de ensino, no prazo de 60 dias.

Em suas razões recursais (f. 139-47), o Estado de Mato Grosso do Sul sustenta, em síntese, a ausência de sua citação válida para compor a demanda, uma vez que, apesar de elaborado o termo de citação e a

correspondente carta de citação (f. 96-7), o ato de ciência não foi movimentado, não tendo o ente público ciência da ação.

Explana acerca da necessidade de uma certidão do sistema, que é expedida automaticamente quando há efetiva citação/intimação eletrônica, aduzindo que o certificado de f. 100 evidencia a ausência do contraditório e da ampla defesa em favor do apelante.

Discorre que o feito tramitou à revelia da Fazenda Pública, o que não se pode admitir, eis que a citação é providência indispensável à validade do processo, sendo prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral do Estado, ou do Procurador-Adjunto, o recebimento das citações e intimações iniciais, consoante a Lei Complementar Estadual nº 95/2001 e Resolução/PGE nº 194/2010.

Assim, pede o recebimento do recurso em seu duplo efeito e a decretação de nulidade desde a citação, para que os atos instrutórios sejam novamente realizados.

Alternativamente, postula o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Estado para a demanda, pois a pretensão deduzida é relativa a ônus afeto unicamente à UEMS, que tem natureza jurídica de fundação pública, com personalidade jurídica própria e capacidade de autoadministração, não sendo o repasse de verbas públicas estaduais argumento suficiente para tornar o ente público interessado na ação.

Em contrarrazões (f. 186-94), o Ministério Público Estadual pede o conhecimento e provimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer à f. 203-9, pelo conhecimento e provimento dos recursos, a fim de decretar a nulidade da sentença.

Defiro o pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação, tendo em vista que a tutela antecipada foi deferida em primeiro grau (f. 47-8) e confirmada na sentença (f. 109-14), estando presentes os requisitos previstos no § 4.º, do art. 1.012, do CPC/15.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença proferida pelo Juízo da 1.ª Vara da Comarca de Cassilândia que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS – Unidade Universitária de Cassilândia-MS, julgou procedente o pedido autoral para determinar à requerida a disponibilização de transporte adequado e adaptado aos servidores e alunos portadores de deficiência, para locomoção da residência até a instituição de ensino, no prazo de 60 dias.

Em suas razões recursais (f. 139-47), o Estado de Mato Grosso do Sul sustenta, em síntese, a ausência de sua citação válida para compor a demanda, uma vez que, apesar de elaborado o termo de citação e a correspondente carta de citação (f. 96-7), o ato de ciência não foi movimentado, não tendo o ente público ciência da ação.

Explana acerca da necessidade de uma certidão do sistema, que é expedida automaticamente quando há efetiva citação/intimação eletrônica, aduzindo que o certificado à f. 100 evidencia a ausência do contraditório e da ampla defesa em favor do apelante.

Discorre que o feito tramitou à revelia da Fazenda Pública, o que não se pode admitir, eis que a citação é providência indispensável à validade do processo, sendo prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral do Estado, ou do Procurador-Adjunto, o recebimento das citações e intimações iniciais, consoante a Lei Complementar Estadual nº 95/2001 e Resolução/PGE nº 194/2010.

Assim, pede o recebimento do recurso em seu duplo efeito e a decretação de nulidade desde a citação, para que os atos instrutórios sejam novamente realizados.

Alternativamente, postula o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Estado para a demanda, pois a pretensão deduzida é relativa a ônus afeto unicamente à UEMS, que tem natureza jurídica de fundação pública, com personalidade jurídica própria e capacidade de autoadministração, não sendo o repasse de verbas públicas estaduais argumento suficiente para tornar o ente público interessado na ação.

Em contrarrazões (f. 186-94), o Ministério Público Estadual pede o conhecimento e provimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer à f. 203-9, pelo conhecimento e provimento dos recursos, a fim de decretar a nulidade da sentença.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação (f. 211-2).

Passo à análise do recurso, iniciando pela preliminar de ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul para figurar no polo passivo da ação civil pública.

Não obstante a preliminar tenha sido arguida de forma alternativa no pedido formulado pelo ente público apelante, por ordem de prejudicialidade, inclusive em relação à alegada nulidade da citação, tenho que deve ser desde logo apreciada.

Ao determinar a inclusão do recorrente no feito, na decisão de f. 95, sustentou o juízo *a quo* que a Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS recebe verbas repassadas pelo Estado, estando a ele vinculada, além de existir no caso interesse de servidor público estadual, fato que torna o ente público parte legítima para a ação.

Sobre a matéria, é importante ressaltar que as autarquias e as fundações públicas estaduais, neste caso a UEMS, possuem personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira e consistem, desse modo, em descentralização de Poder, restando ao Estado somente a responsabilidade subsidiária, motivo pelo qual, não obstante a supracitada fundamentação, entendo ser o Estado de Mato Grosso do Sul parte ilegítima para compor o polo passivo da ação, sendo o caso de acolhimento da preliminar suscitada.

A Lei Estadual nº 1.461, de 20.12.1993, que autorizou o Poder Executivo a instituir a fundação em comento, estabeleceu em seu artigo 2.º que a Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul é dotada de autonomia administrativa, financeira, patrimonial, estando vinculada à Secretaria de Estado de Educação, *in verbis*:

“A Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, vinculada à Secretaria de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, com sede e foro na cidade de Dourados, goza de autonomia administrativa, financeira, patrimonial, didática e disciplinar.”

Nesse contexto, em razão de se apurar *in casu* o fornecimento inadequado de transporte aos portadores de deficiência por parte da referida Fundação pública, estando em discussão, portanto, uma atividade que deve ser por ela gerida, torna-se certa a sua legitimidade para o feito, mormente porque tem, repito, autonomia administrativa, financeira e quadro de pessoal próprio.

Diante de tais constatações, é possível afirmar que a Fundação UEMS, assim como as demais fundações públicas estaduais, detém legitimidade para integrar o polo passivo de ações deste jaez, diante da notória e já mencionada autonomia, respondendo o Estado de Mato Grosso do Sul somente de forma subsidiária.

Neste ponto, transcrevo trecho das contrarrazões ofertadas pelo *Parquet*, em que o próprio autor da ação civil pública concorda com o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Estado apelante:

“Dessarte, vislumbra-se que apesar de seu funcionamento ser custeado por verbas públicas, além de outras fontes, as fundações públicas de direito privado, a exemplo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, são dotadas de personalidade jurídica própria, bem como autonomia administrativa e financeira.

(...)

Logo, por possuir a Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS personalidade jurídica própria, bem como autonomia administrativa, financeira e patrimonial, imperioso o reconhecimento da ilegitimidade passiva do recorrente Estado de Mato Grosso do Sul na presente ação civil pública.” (f. 192-4).

Ademais, destaco que, em caso semelhante, que envolvia outra fundação pública estadual (FUNSAU), do qual fui relator e tive a oportunidade de proferir voto nesse mesmo sentido, restou o feito julgado por esta Primeira Câmara Cível nos seguintes termos:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – FATO OCORRIDO DENTRO DO HOSPITAL REGIONAL DE MATO GROSSO DO SUL, VINCULADO À FUNDAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL – FUNSAU – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA – RECURSO IMPROVIDO. As autarquias e fundações públicas têm legitimidade para figurar no polo passivo das demandas relativas a seus servidores, por deterem personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira.” (Apelação nº 0027711-21.2010.8.12.0001; Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan Julgamento em 20.9.2016 – destaqueei).

Assim, ante estas considerações, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de reformar a sentença e determinar a sua exclusão da demanda.

Por conseguinte, passo à análise do reexame necessário.

Esclareço que embora seja adepto do posicionamento segundo o qual, havendo recurso voluntário, a remessa necessária não deve ser conhecida, na hipótese vertente a análise da apelação interposta pelo ente público restringiu-se à questão da ilegitimidade passiva, de modo que, tendo o mérito da sentença proferida sido contrário à fundação de direito público estadual, o recurso obrigatório merece conhecimento, na forma do art. 496, I, do Código de Processo Civil.

Neste ponto, devo de imediato consignar que a questão submetida à análise não é complexa e, embora conhecido, o reexame necessário não deve ser provido.

A Lei nº 13.146/15 - Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência -, não deixa nenhum tipo de dúvida sobre a necessidade de se providenciar medidas para a efetiva inclusão dos deficientes, abrangendo a isonomia no tratamento a eles destinado, com a exigência de que haja igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a fim de atender aos ditames da Constituição Federal, a qual preceitua o seguinte:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm - art2

§ 1.º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - (...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2.º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

(...)"

Logo, considerando que a Fundação UEMS fornece o serviço de transporte regular às pessoas, é evidente que, do mesmo modo e com as devidas adaptações, deverá garanti-lo aos portadores de deficiência, sob pena de violação ao direito constitucional assegurado e aos princípios da isonomia e da igualdade de condições.

Não há como admitir que as pessoas usufruam normalmente de um serviço e apenas os deficientes sejam privados de tal prerrogativa, que obviamente acarreta-lhes diversas formas de transtornos e gastos financeiros, sobretudo quando o direito de receber o mesmo tratamento das demais pessoas está atrelado a uma garantia expressamente prevista, qual seja, o tratamento isonômico, consoante se extrai da Lei nº 13.146/2015:

“Art. 1.º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.”

Aliás, acerca da inclusão da pessoa com deficiência e do tratamento apropriado e adequado que lhe deve ser conferido nos transportes públicos, a jurisprudência tem assim se manifestado:

“TRANSPORTE ESPECIAL E ADEQUADO, PORTA A PORTA, PARA DEFICIENTE – PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA E MENTAL, COM MOBILIDADE REDUZIDA – PODER PÚBLICO QUE TEM A OBRIGAÇÃO DE FORNECER À PESSOA COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA MEIO DE TRANSPORTE ADEQUADO QUE LHE POSSIBILITE A FREQUÊNCIA ESCOLAR – ARTS. 23, 96 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 2º DA LEI FEDERAL Nº 7.853/89, ART. 8º DA LEI FEDERAL Nº 13.146/15 – SENTENÇA QUE JULGOU O PEDIDO PROCEDENTE PARA CONDENAR A RÉ AO FORNECIMENTO DE TRANSPORTE ESPECIAL, PORTA A PORTA – RECURSO OFICIAL NÃO PROVIDO.” (TJSP; RN 1010587-57.2016.8.26.0114; Ac. 11839797; Campinas; Décima Câmara de Direito Público; Rel. Des. Antonio Carlos Villen; Julg. 17/09/2018; DJESP 08/10/2018; p. 4181 – destaquei);

“OBRIGAÇÃO DE FAZER – MUNICÍPIO DE GUARULHOS – TRANSPORTE ADAPTADO DIÁRIO PARA MAIOR, INCAPAZ, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DESLOCAMENTO DA RESIDÊNCIA ATÉ O LOCAL EM QUE RECEBE ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO – AUTOR PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL E RETARDO MENTAL PROFUNDO – OBRIGATORIEDADE DO ENTE PÚBLICO DE FORNECER O TRANSPORTE ADEQUADO ATÉ O ESTABELECIMENTO DE ENSINO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 23, INCISO II, E 208, III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI FEDERAL Nº 13.146, DE 06/07/2015), ARTIGO 8º – PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP; APL 1021560-95.2017.8.26.0224; Ac. 11871605; Guarulhos; Décima Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Ferraz de Arruda; Julg. 03/10/2018; DJESP 29/01/2019; p. 2262 – destaquei).

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva arguida na apelação, reforma parcialmente a sentença e determino a exclusão do Estado de Mato Grosso do Sul do feito.

Conheço o reexame necessário e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar suscitada pelo estado, com a exclusão deste do polo passivo da ação e negaram provimento ao reexame necessário, 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 Maranhão e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 12 de março de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1412754-52.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESTABELECIMENTO DE BOLSA ALIMENTAÇÃO A FAVOR DE FILIADOS AO SINDICATO DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS – TUTELA DE URGÊNCIA – “BOLSA ALIMENTAÇÃO” AOS SERVIDORES MUNICIPAIS QUE POSSUEM SALÁRIO BASE INFERIOR A 2 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA RESTRINGIR REFERIDA GRATIFICAÇÃO AOS SERVIDORES MUNICIPAIS QUE PERCEBAM ADICIONAIS OU GRATIFICAÇÕES PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 190/2011 E 199/2012 – REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA COMPROVADOS – PROBABILIDADE DO DIREITO E RISCO DE DANO – NATUREZA ALIMENTAR – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Para a concessão da medida de urgência devem estar presentes os seguintes requisitos: probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, inciso XV, o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Todavia, em que pese a força normativa deste princípio, encontra-se pacificado na jurisprudência dos nossos Tribunais, o entendimento de que essa garantia não se estende ao sistema remuneratório, não tendo o servidor público, seja civil ou militar, direito adquirido a regime jurídico, sendo possível a alteração dos parâmetros legais para a fixação das vantagens, desde que daí não decorra a diminuição dos valores recebidos.

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, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Município de Campo Grande, inconformado com a decisão proferida nos autos da ação civil pública (Feito nº 0826719-46.2018.8.12.0001, da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove o Sindicato dos Funcionários e Servidores Municipais de Campo Grande/MS - SISEM, que deferiu tutela de urgência para determinar que o Município de Campo Grande proceda o restabelecimento da bolsa alimentação aos servidores filiados ao Sindicato autor, e que percebam salário base igual ou menor a 2 salário mínimos.(f. 270-273 dos autos de origem), interpôs agravo de instrumento.

Afirmou, em síntese, que a medida liminar somente pode ser deferida quando o caso representar grave risco, assegurando de imediato uma repressão ao ato impugnado, sob pena de danos e lesões ao meio ambiente, patrimônio público ou demais bens que se pretenda assegurar.

Referiu que no caso a decisão deve ser reformada porque a administração pública está vinculada à estrita legalidade de seus atos, concedendo bolsa alimentação com fundamento na Lei Complementar nº 190/2011.

Dispôs que o Decreto nº 13.183/2017 regulamenta a concessão do auxílio de caráter assistencial, mediante a concessão de requisitos, critérios e condições, dentre eles o fato de não ser cumulativo com outros adicionais.

Alegou que, conforme nota explicativa da SESAU, a concessão de diversas verbas indenizatórias decorrentes das funções que os servidores exercem, faz com que muitos deles, apesar de ter o salário base de até dois salários mínimos, recebam altos valores e até mesmo o teto remuneratório.

Expôs que o caso evidencia política pública que visa ao equilíbrio fiscal do Município, principalmente em razão das limitações impostas pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ao tratar de gastos com pessoal (artigos 18 e 19).

Aduziu que não há qualquer ilegalidade no Decreto Municipal nº 13.183/2017 capaz de justificar a concessão de liminar, até mesmo porque tal medida esgotaria o objeto da demanda, em confronto com a previsão do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992, segundo o qual “*Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação*”.

Sustentou que a manutenção da liminar importará grave prejuízo à Administração Pública, principalmente por se tratar de demanda judicial que poderá causar desequilíbrio das contas públicas, afetando inclusive a própria prestação do serviço de saúde, já com orçamento insuficiente.

Ressaltou que como a bolsa-alimentação possui natureza indenizatória e, por isso, não incorpora em definitivo ao vencimento base do servidor, pode ser suprimido pela administração, diante do recebimento de outras verbas indenizatórias, como no caso em tela.

Em vista destas circunstâncias, pugnou pela atribuição do efeito suspensivo ao presente recurso e, no mérito, pelo seu conhecimento e provimento, a fim de cassar a liminar concedida em primeiro grau.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 16-20).

O juízo *a quo* informou que a decisão recorrida mantinha-se como proferida (f. 26).

A parte agravada apresentou resposta ao recurso (f. 27-30), pugnando pelo seu não provimento.

A PGJ manifestou nos autos (f. 34-39), opinando pela manutenção da decisão recorrida, com o não provimento do recurso.

VOTO (EM 29/01/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Campo Grande, inconformado com a decisão proferida nos autos da ação civil pública (Feito nº 0826719-46.2018.8.12.0001, da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove o Sindicato dos Funcionários e Servidores Municipais de Campo Grande/MS - SISEM, que deferiu tutela de urgência para determinar que o Município de Campo Grande proceda o restabelecimento da bolsa alimentação aos servidores filiados ao Sindicato autor, e que percebam salário base igual ou menor a 2 salários mínimos (f. 270-273 dos autos de origem).

Tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, que visa o indeferimento da tutela de urgência deferida pelo juízo *a quo*.

Como cediço, a tutela de urgência poderá ser antecipada, desde que estejam presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme disposição do artigo 300 do 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.

§ 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.

Sobre o tema, ensina Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, no Livro Curso de Direito Processual Civil, volume I, 10. ed., Ed. Jus Podivm, 2015, p. 579-580:

A tutela provisória de urgência poderá ser concedida liminarmente quando o perigo de dano ou de ilícito, ou o risco ao resultado útil do processo estiverem configurados antes ou durante o ajuizamento da demanda. Caso não haja risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar, pois não haverá justificativa razoável para a postergação do exercício do contraditório por parte do demandado. Seria uma restrição ilegítima e desproporcional ao seu direito de manifestação e defesa. Somente o perigo, a princípio, justifica a restrição ao contraditório. Entretanto, sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio, o juiz deve justificar a postergação da análise do requerimento liminar. A tutela provisória de evidência (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecido hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são casos em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a providência in limine litis em favor do demandante. Acrescente-se a isso “a elevada qualidade do seu direito e a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la.

Assim, para a concessão da medida de urgência devem estar presentes os seguintes requisitos: probabilidade do direito; e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Na hipótese, a decisão recorrida balizou seu desfecho em caso análogo ajuizado pelo Associação Sinte Em Defesa dos Servidores de Enfermagem do Município de Campo Grande, no qual este Tribunal, por decisão unânime, deferiu a tutela de urgência a favor dos servidores vinculados à referida associação, em detrimento do Decreto Municipal nº 13.183, de 05 de Junho de 2017.

Isto porque o Sindicato dos Funcionários e Servidores Municipais de Campo Grande/MS - SISEM, na mesmo toada daquela associação, defendeu ser indevida a supressão da verba denominada “bolsa alimentação”, no valor de R\$230,00 (duzentos e trinta reais) a favor da categoria por ele representada que possui vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, considerando a alteração da norma local quanto à seleção dos servidores beneficiados.

De acordo com a legislação local que regula citada verba, verifica-se que o Decreto nº 12.884/2016, que regulamentou a Lei Complementar nº 233/2014 e alterou o artigo 196, inciso V, da Lei Complementar nº 190/2011, *in verbis*:

Art. 1º Fica concedida bolsa-alimentação mensal, de caráter indenizatório, em razão do desempenho de suas atribuições, no valor de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais), aos servidores públicos municipais com vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos. Destaquei.

Entretanto o Decreto Municipal nº 13.183, de 05 de Junho de 2017, a municipalidade restringiu a concessão da referida verba, estabelecendo em seu art. 2º que:

§ 2º Não terão direito ao benefício do 'caput' os servidores que percebam os adicionais ou gratificações previstos no inciso II, do art. 86 e inciso VIII, do art. 95, da Lei Complementar nº 190, de 22/12/2011, no inciso IV do art. 24, e no inciso XVII, do art. 25, da Lei Complementar nº 199, de 4/4/2012.

Diante deste cenário, em que pese a Constituição Federal estabelecer, em seu art. 37, inc. XV, o princípio da irredutibilidade de vencimentos, encontra-se pacificado na jurisprudência dos nossos Tribunais, o entendimento de que essa garantia não se estende ao sistema remuneratório, não tendo o servidor público, seja civil ou militar, direito adquirido a regime jurídico, sendo possível a alteração dos parâmetros legais para a fixação das vantagens, desde que daí não decorra a diminuição dos valores recebidos.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência do STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – REGIME JURÍDICO – INSTITUIÇÃO DO SUBSÍDIO – OBSERVÂNCIA DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO. I. Este Tribunal Superior possui jurisprudência firmada no sentido de não possuir o servidor público direito adquirido a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos, sendo possível à Administração promover alterações na composição remuneratória e nos critérios de cálculo, como extinguir, reduzir ou criar vantagens ou gratificações, instituindo, inclusive, o subsídio, desde que não haja diminuição no valor nominal global percebido, em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos (AgRg no RMS 30.304/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013). II. Embargos de declaração de Rafael Coldibelli Francisco recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Provido o agravo regimental do Estado do Mato Grosso do Sul. (EDcl no RMS 17.203/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 1º/10/2015) Destaquei.

E que não destoam da jurisprudência da Suprema Corte:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – AUXÍLIO-INVALIDEZ – REDUÇÃO – REMUNERAÇÃO – PRESERVAÇÃO DO VALOR NOMINAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – INOCORRÊNCIA. 1. Não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração. Precedentes. 2. Para afirmar que houve redução da remuneração seria necessária a análise dos fatos e provas. Incide no caso a Súmula nº 279 deste Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 550.650-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 27.6.2008) Destaquei.

No caso, entretanto, o declínio remuneratório mostrou-se evidente já que a restrição ao recebimento da referida verba indenizatória decorreu do fato dos servidores perceberem outras vantagens remuneratórias, sem que esteja evidenciado que esta tenha sofrido aumento.

Desta forma, como é pacífico o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime de remuneração, mas à irredutibilidade de vencimentos, sendo possível a alteração da forma de composição de sua remuneração, desde que esta não importe em redução nominal de valores, ao caso deve ser determinada a replantação do pagamento da bolsa-alimentação a favor dos servidores públicos municipais representados pelo sindicato, ora agravado, que possuam vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos.

A propósito, segue precedente desta 3ª Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C COBRANÇA – TUTELA ANTECIPADA – SUPRESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – REENQUADRAMENTO – INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DO ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/97 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO. I - Não se aplica a vedação do art. 2º-B da Lei 9.494/1997 quando não se tratar de pedido de inclusão em folha de pagamento, mas sim de restabelecimento de vantagem na remuneração de servidor público. II - A antecipação dos efeitos da tutela precisa se firmar em prova apta a produzir ao julgador um juízo de verossimilhança que repouse em uma convicção de que o demandante merecerá prestação jurisdicional favorável, devendo o julgador concedê-la com prudência e muita cautela, mediante uma análise cuidadosa dos requisitos legais. III - É pacífico o entendimento da jurisprudência pátria de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime de remuneração, mas sim à irredutibilidade de vencimentos, sendo possível a alteração da forma de composição de sua remuneração, desde que esta não importe em redução nominal de valores. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410747-92.2015.8.12.0000, Ponta Porã, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 10/11/2015, p: 11/11/2015)

Ademais, não se pode admitir que um decreto, que possui poder regulamentar, restrinja a percepção de verba de caráter indenizatório em razão do servidor auferir vantagem remuneratória denominada “gratificação de plantão”, que tem por objetivo “indenizar o servidor pela execução de tarefas inerentes às atribuições da respectiva função, além da sua carga horária normal de trabalho, considerando a natureza do serviço prestado, as atribuições e o cansaço físico que o excesso de carga horária impõe” (art. 110 da Lei Complementar nº 190/2011).

Isto porque, possuindo razões de existir distintas, criadas com o objetivo indenizatório, não podem anular-se, sendo temerária a legalidade da determinação exposta no Decreto nº 13.183, de 05 de Junho de 2017, que incluiu o parágrafo 2º ao art. 1º, do Decreto nº 12.884, de 29 de abril de 2016.

Por outro lado, cumpre rechaçar a argumentação no sentido de que a tutela pleiteada seria indevida porque o auxílio alimentação, por possuir natureza indenizatória, não pode ser incorporada à remuneração do servidor.

Isto porque restou evidenciado que a pretensão autoral formulada em primeira instância não objetiva a incorporação dos referidos valores, limitando-se ao combate da supressão do pagamento da bolsa-alimentação aos servidores municipais, representados pelo sindicato autor, que possuam vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, em razão de auferirem adicionais ou gratificações.

Esta matéria, inclusive, já foi enfrentada por este órgão colegiado:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL COLETIVA – TUTELA DE URGÊNCIA – RESTABELECIMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA – “BOLSA ALIMENTAÇÃO” AOS SERVIDORES MUNICIPAIS QUE POSSUEM SALÁRIO BASE INFERIOR A 2 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA RESTRINGIR REFERIDA GRATIFICAÇÃO AOS SERVIDORES MUNICIPAIS QUE PERCEBAM ADICIONAIS OU GRATIFICAÇÕES PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 190/2011 E 199/2012 – REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA COMPROVADOS – PROBABILIDADE DO DIREITO E RISCO DE DANO – NATUREZA ALIMENTAR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Para a concessão da medida de urgência devem estar presentes os seguintes requisitos: 1) probabilidade do direito; e 2) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. II - A Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, inc. XV, o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Todavia, em que pese a força normativa deste princípio, encontra-se pacificado na jurisprudência dos nossos Tribunais, o entendimento de que essa garantia não se estende ao sistema remuneratório, não tendo o servidor público, seja civil ou militar, direito adquirido a regime jurídico, sendo

possível a alteração dos parâmetros legais para a fixação das vantagens, desde que daí não decorra a diminuição dos valores recebidos. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1400342-89.2018.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 03/04/2018, p: 11/04/2018)

Por fim, confira-se outros julgados:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – RESTAURAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE SUPRIMIDOS. TUTELA ANTECIPADA – POSSIBILIDADE – CONCESSÃO DE VANTAGENS – LEI MUNICIPAL – SUPRESSÃO DO DIREITO SEM NORMA PRÉVIA – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No que respeita à contrariedade da decisão questionada com o dispositivo inserto na Lei 9.494/97, a qual disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tenho que ela não merece amparo. A vedação legal diz respeito à reclassificação, à equiparação ou aumento salarial de servidores públicos. 2. Trata-se de restauração de valores indevidamente suprimidos dos vencimentos de servidora pública municipal, hipótese não abarcada pela referida legislação. 3. Diante da edição de lei local regulamentadora da implantação de vantagens aos seus servidores, ensejando ao percebimento do adicional por tempo de serviço, não se pode alterar os parâmetros legalmente definidos sob pena de ferimento ao princípio da legalidade. 4. Tanto é assim, que o ente público municipal ao implementar os benefícios aludidos pela Lei Estadual, o fez através da Lei Municipal nº 1.574/89. Portanto, não poderia a municipalidade, sponte sua, suprimir direito concedido a servidor sem a edição de legislação para tal finalidade. 5. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso. (TJ/PE. AI nº 183059. Data de publicação: 25/08/2009)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – RESTAURAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE SUPRIMIDOS – TUTELA ANTECIPADA – POSSIBILIDADE – CONCESSÃO DE VANTAGENS – LEI MUNICIPAL – SUPRESSÃO DO DIREITO SEM NORMA PRÉVIA – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No que respeita à contrariedade da decisão questionada com o dispositivo inserto na lei 9.494/97, a qual disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tenho que ela não merece amparo. A vedação legal diz respeito à reclassificação, à equiparação ou aumento salarial de servidores públicos. 2. Trata-se de restauração de valores indevidamente suprimidos dos vencimentos de servidora pública municipal, hipótese não abarcada pela referida legislação. 3. Diante da edição de lei local regulamentadora da implção de vantagens aos seus servidores, ensejando ao percebimento do adicional por tempo de serviço, não se pode alterar os parâmetros legalmente definidos sob pena de ferimento ao princípio da legalidade. 4. Tanto é assim, que o ente público municipal ao implementar os benefícios aludidos pela Lei Estadual, o fez através da Lei Municipal nº 1.574/89. Portanto, não poderia a municipalidade, sponte sua, suprimir direito concedido a servidor sem a edição de legislação para tal finalidade. 5. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso. (TJ/PE. AI nº 183055. Data de publicação: 16/06/2009)

Como bem declinou o i. Procurador de Justiça atuante neste expediente recursal: “os benefícios eventualmente cumulados apresentam diferentes fundamentos e não podem anular-se, sendo temerária a legalidade da determinação exposta no Decreto nº 13.183/2017, que incluiu o § 2º ao artigo 1º do Decreto nº 12.884/2016 (f. 38/TJMS)”.

Portanto, manter a decisão recorrida é medida de rigor.

Dispositivo final

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, conheço deste agravo de instrumento interposto pelo Município de Campo Grande, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença recorrida.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Eduardo), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º Vogal aguarda.

VOTO (EM 19/02/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal).

Município de Campo Grande interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos que, nos autos da Ação Civil Pública, deferiu a tutela provisória de urgência, a fim de “*determinar que o Município de Campo Grande proceda o restabelecimento da bolsa alimentação aos servidores filiados ao Sindicato autor, e que percebam salário base igual ou menor a 2 salário Mínimos.*”

A questão posta cinge-se em saber se estão presente os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência.

Estabelece o art. 300 do NCPC:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”. (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*”. (**Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Gen/Forense, 2016. p. 623, v. I)

No caso em apreço, não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator, porquanto apesar de ser pacífico na jurisprudência que o servidor público não possui direito adquirido a regime jurídico, deve ser observada a irreduzibilidade dos seus vencimentos.

E no caso em apreço, conforme fundamentou o relator e a Procuradoria-Geral de Justiça, com a edição do Decreto nº 13.183/2017 houve de fato a diminuição dos vencimentos dos autores, o que não pode ser admitido.

Pelo exposto, acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

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. Eduardo Machado Rocha

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, 19 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação/Remessa Necessária nº 0802571-88.2016.8.12.0017 - Nova Andradina

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INSURGÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA CONTRA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS (GADO BOVINO) DE UMA PROPRIEDADE RURAL PARA OUTRA, DO MESMO PROPRIETÁRIO – DISTINÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES DO STJ COM RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONTROVÉRSIA – EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL NA LEI KANDIR E, AINDA, NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – INCENTIVO E RISCO À SONEGAÇÃO E GUERRA FISCAL – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS, CONTRA O PARECER DA PGJ.

Há diferença entre os referidos paradigmas do STJ e a hipótese examinada nos autos, considerando as peculiaridades fáticas dos casos analisados pela Corte Superior e a presente controvérsia.

Em que pese a Súmula 166 do STJ não ter mencionado qualquer restrição à amplitude territorial das operações a que se refere, denota-se que o enunciado sumular limitou-se a tratar de transferências de mercadorias localizadas em um mesmo ente federado, o que inócorre na hipótese.

A consolidação deste enunciado sumular deu-se em momento anterior à Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que, em seus arts. 12 e 13, expressamente consignou que há a incidência de ICMS nas transferências interestaduais, regulamentando, de forma pormenorizada, o aspecto temporal, bem como o aspecto material da hipótese de incidência do imposto nesta circunstância.

Não fosse a inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ ao caso dos autos, que trata de atividade pecuária com a transferência de mercadoria entre entes federados, levando-se em conta a especificidade do caso, percebe-se, ainda, a existência de *distinguishing* entre o paradigma julgado sob o rito dos recursos repetitivos pelo STJ no REsp nº 1.125.133/SP com relação ao caso *sub judice*. A hipótese que fora objeto do referido julgamento no STJ tratou da incidência ou não de ICMS em operações interestaduais de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, cujo transporte destina-se à futura comercialização.

Diante do ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei Federal nº 87/96 e, ainda, o Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97), imperiosa a incidência do ICMS no transporte interestadual de gado entre os estabelecimentos do impetrante, ainda que a mercadoria não tenha sua titularidade transferida.

O impetrante tem o ônus de comprovar mínimos pressupostos que evidenciem que o ato de transferência do gado interestadual não devia ser caracterizado como um ato de mercancia e, por isso, não seria passível de ensejar o fato gerador do ICMS.

Diante das particularidades que o caso apresenta, denota-se que o alegado direito líquido e certo não restou demonstrado.

O Poder Judiciário não pode chancelar eventual sonegação fiscal em hipóteses que o contribuinte, a despeito de possuir imóvel rural em outro ente federado, sob o manto do que dispõe a Súmula 166 do STJ, busca isentar-se da obrigação tributária, mesmo que a transferência de gado tenha o verdadeiro intuito de mercancia, ou seja, alienação dos semoventes para abate.

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 maioria, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos deste Mandado de Segurança (Feito nº 0802571-88.2016.8.12.0017, da 2ª Vara da Comarca de Nova Andradina/MS) impetrado por Mário Scharf e Leonor Maria de Carvalho, inconformado com a sentença proferida na origem, que concedeu a segurança pleiteada, “*para o fim de determinar que a Autoridade Coatora se abstenha de cobrar o ICMS nas hipóteses em que o fato gerador seja a transferência interestadual dos animais bovinos nos imóveis que o Impetrante detém o domínio, Fazenda Tieta (Matrícula nº 18.389, CRI de Nova Andradina/MS) e Sítio Sumaré (Matrícula nº 17.204, CRI de Paranavai/PR)*”, interpôs apelação cível.

Em suas razões recursais alega que o entendimento firmado no Recurso Especial nº 1.125.133, submetido à sistemática dos reclamos repetitivos, não tem aplicabilidade ao caso em tela, visto que a tese estabelecida limita-se às transferências interestaduais de ativo fixo, situação esta não evidenciada na hipótese em análise.

Referiu que o deslocamento de bovinos para a revenda, ainda que de mesma titularidade, caracteriza fato gerador para incidência do ICMS.

Dispôs que a Súmula 166, do STJ, não abrange as transferências interestaduais, pois, quando da sua aprovação, o exame do caso em concreto restringiu-se à transferência entre estabelecimentos localizados no mesmo Estado, em específico, localizados na mesma cidade.

Alegou que a lei que estabelece a incidência do ICMS (Lei nº 87/96) não foi declarada inconstitucional, de modo que não é possível definir seu afastamento, devendo permanecer a cobrança do referido tributo.

Expôs que o fato gerador do ICMS, nos termos do que estabelece a Constituição Federal, ocorre com, ou sem a mudança de titularidade, bastando que o bem esteja circulando no âmbito do ciclo de circulação da riqueza. Esclareceu que não fere a Constituição a exigência antecipada do ICMS pelo Estado remetente na saída de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular em outra unidade da federação.

Argumentou que no caso em questão (transferência de gado), o proprietário utiliza o solo, as estradas, bem como os incentivos para a criação de bovinos fornecidos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, além de causar dano ambiental inerente a atividade pecuária, e posteriormente transfere os animais para vender em outro Estado, ficando todo o ICMS em proveito de outro Estado, no caso Paraná.

Mencionou que o impetrante, apesar de afirmar que promove atividades distintas da cadeia de produção bovina, não provou tal fato, eis que pelos documentos acostados aos autos, cada fazenda é, isoladamente, um centro da produção e comercialização bovina.

Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo para, reformando a sentença recorrida, extinguir o feito sem resolução do mérito ou denegar a segurança pretendida na inicial.

A parte apelada não apresentou contrarrazões ao apelo.

O magistrado submeteu a sentença ao reexame necessário (f. 95).

Em parecer (f. 126-136), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário e obrigatório, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

VOTO(19/02/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em face da sentença proferida nos Autos de Mandado de Segurança Feito nº 0802571-88.2016.8.12.0017, da 2ª Vara da Comarca de Nova Andradina/MS) impetrado por Mário Scharf e Leonor Maria de Carvalho, inconformado com a sentença proferida na origem, que concedeu a segurança pleiteada, “*para o fim de determinar que a Autoridade Coatora se abstenha de cobrar o ICMS nas hipóteses em que o fato gerador seja a transferência interestadual dos animais bovinos nos imóveis que o Impetrante detém o domínio, Fazenda Tieta (Matrícula nº 18.389, CRI de Nova Andradina/MS) e Sítio Sumaré (Matrícula nº 17.204, CRI de Paranavai/PR)*”.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizadas na vigência deste novel *Codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém meramente efeito devolutivo por força de lei (art. 14 da Lei nº 12.016/2009), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso voluntário, bem como da remessa necessária encaminhada pelo juízo *a quo* e passo à análise dos autos.

Mérito recursal

A remessa necessária será analisada conjuntamente com o recurso voluntário do Estado de Mato Grosso do Sul.

O apelante, conforme relatado, requer a reforma da sentença por entender cabível a ocorrência do fato gerador do ICMS na transferência física de bovinos de uma fazenda para outra, mesmo que estas sejam de propriedade do mesmo titular.

Após longo estudo acerca da matéria controvertida, admito ser necessário rever meu posicionamento anteriormente adotado em casos análogos ao presente, que cuida da análise da incidência de ICMS sobre as transferências interestaduais de bovinos entre estabelecimentos de um mesmo produtor rural.

Primeiramente impõe-se contextualizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja quanto à Súmula nº 166, seja quanto ao Recurso Especial nº 1.125.133/SP, julgado sob o rito repetitivo.

No julgamento do REsp nº 32.203/RJ, Rel. Min. Milton Nunes Pereira, j. 06/03/1995, que deu origem à Súmula nº 166 do STJ, a Corte Superior entendeu que não haveria a ocorrência de fato gerador do ICMS nas transferências de bens, do mesmo contribuinte, entre o estabelecimento central (fábrica) para as lojas de venda

do varejo localizadas na mesma cidade, diante da ausência de transferência de propriedade, de circulação econômica, ou seja, da inexistência de operações de natureza mercantil, excetuando-se as hipóteses em que o primeiro estabelecimento agisse autonomamente na comercialização dos produtos de sua fabricação.

Assim, em que pese a Súmula não ter mencionado qualquer restrição à amplitude territorial das operações a que se refere, denota-se que o enunciado sumular limitou-se a tratar de transferências de mercadorias localizadas em um mesmo ente federado, o que inócorre na hipótese.

Ademais, não se pode olvidar que a consolidação deste enunciado sumular deu-se em momento anterior à Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que, em seus arts. 12 e 13, expressamente consignou que há a incidência de ICMS nas transferências interestaduais, regulamentando, de forma pormenorizada, o aspecto temporal, bem como o aspecto material da hipótese de incidência do imposto nesta circunstância.

A Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) dispõe:

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

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

(...)

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

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Não fosse isso, o Código Tributário Estadual de Mato Grosso do Sul (Lei nº 1.810/97) estabelece que as operações envolvendo gado bovino estão sujeitas ao regime de substituição tributária, mas prevê o encerramento do diferimento na saída do produto ou serviço para outro Estado. Senão vejamos:

Art. 47. São sujeitos passivos por substituição, relativamente às operações ou às prestações antecedentes:

I - o estabelecimento destinatário, exceto o de produtor, nas aquisições não oneradas em decorrência de diferimento da cobrança do ICMS, nos termos da permissão contida no art. 12, e observada a restrição a que se refere o seu § 3º, dos seguintes produtos

(...)

c) gado bovino, bubalino, caprino, equino, ovino e suíno; ave viva e peixe;

Art. 12. O lançamento do ICMS pode ser diferido nas operações ou prestações com os produtos e serviços a que se refere o art. 47, I, na forma do Regulamento.

§ 1º Encerra-se o diferimento:

I - na saída para outro Estado, ou com destino a consumidor final ou contribuinte não-inscrito, de qualquer produto ou serviço, em qualquer hipótese;

(...)

§ 2º Encerrado o diferimento, o ICMS deve ser recolhido no prazo e forma do Regulamento, mesmo que a saída ou a prestação, subsequentes, ocorram com isenção, imunidade ou não-incidência.

§ 3º O diferimento pode ser restrito a determinados contribuintes, destinatários de produtos agropecuários e extrativos minerais, pesqueiros e vegetais, inclusive e se necessário, com a exigência de Regime Especial para a sua aplicação.

§ 4º No caso em que não couber o diferimento, o ICMS deve ser recolhido pelo contribuinte remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço.

A legislação supracitada visa evitar que o produtor rural se beneficie da regra do diferimento do ICMS neste Estado, e no momento anterior à venda resolva transferir o rebanho para sua outra propriedade situada no Estado vizinho, comercializando o gado com frigorífico localizado naquela unidade da federação, deixando o Estado de Mato Grosso do Sul de receber o imposto das etapas anteriores que haviam sido postergadas.

Conforme visto acima, o diferimento não significa benefício fiscal, mas mera técnica de tributação, que possibilita o adiamento do lançamento e pagamento do imposto, conferindo mais comodidade e poder de fiscalização ao Ente Público.

E para não ver frustrada a sua pretensão de receber o imposto das cadeias anteriores, o Código Tributário Estadual estabeleceu a regra do encerramento do diferimento na saída do produto ou serviço para outro Estado.

Entendimento diverso importaria em concessão de isenção não prevista em lei sobre as etapas anteriores de circulação das mercadorias, o que deve ser rechaçado.

Neste sentido:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – ICMS – INCIDÊNCIA NO DESLOCAMENTO INTERESTADUAL DE GADO BOVINO ENTRE IMÓVEIS RURAIS DO MESMO TITULAR – SÚMULA Nº 166/STJ – LIMINAR CONCEDIDA PELO JUÍZO A QUO - HIPÓTESE DIVERSA – TÉCNICA DO DIFERIMENTO – MOMENTO DA COBRANÇA DO ICMS “PARA TRÁS” – ART. 12, § 1º, I C/C ART. 74, I DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – LIMINAR REVOGADA – RECURSO PROVIDO. 1 - Diversamente da situação prevista na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, onde evita-se a incidência do ICMS pela declaração de que a movimentação de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não caracteriza sua circulação propriamente dita, fato gerador do referido tributo, na hipótese sob análise não há o reconhecimento de que a movimentação de gado entre propriedades rurais do mesmo titular configura circulação de mercadorias, mas apenas a opção do legislador estadual, encartada no art. 12, 1º c/c art. 74, I do Código Tributário Estadual, de fixar o deslocamento interestadual como momento ideal para o recolhimento do tributo já devido anteriormente, mas não exigido em razão da técnica do diferimento aplicada ao recolhimento do ICMS (substituição tributária regressiva - “para trás”), nas operações ocorridas dentro da cadeia bovina. 2 - Portanto, não há a tributação pelo simples fato da transferência interestadual de gado bovino, mas sim a configuração do ônus de recolher aquilo que já era pertinente quanto as operações de circulação anteriores. E nem seria lógico admitir opção diversa pelo legislador, haja vista a indiscutível dificuldade do Fisco sul-mato-grossense em cobrar o montante devido pelas exações anteriores no momento do encerramento da cadeia bovina, ocorrida na esfera de competência do Fisco paulista com a saída do gado para abate em frigorífico deste Estado. 3 - O encerramento do diferimento com a saída interestadual, assim, opera-se com maior evidência e justificativa se considerarmos que Estados não industrializados tendem a vender produtos primários para aqueles já industrializados, sendo a referida saída interestadual de produtos in natura, ou mesmo de “gado em pé”, operação comum e ordinária no Estado de Mato Grosso do Sul, de modo ser este o momento ideal para a cobrança do que lhe é de direito. 4 - Recurso provido. Liminar revogada. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1403364-29.2016.8.12.0000, Paranaíba, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 19/07/2016, p: 22/07/2016)

Não fosse a inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ ao caso dos autos, que trata de atividade pecuária com a transferência de mercadoria entre entes federados, levando-se em conta a especificidade do caso, percebe-se, ainda, a existência de *distinguishing* entre o paradigma julgado sob o rito dos recursos repetitivos pelo STJ no REsp nº 1.125.133/SP com relação ao caso *sub judice*.

O referido recurso especial consagrou o entendimento no sentido de que o “*deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade*” (STJ, REsp 1.125.133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 10/09/2010).

Com efeito, a hipótese que fora objeto do referido julgamento no STJ tratou da incidência ou não de ICMS em operações interestaduais de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, cujo transporte destina-se à futura comercialização.

O Ministro relator do referido recurso especial, inclusive, fundamentou seu posicionamento com base na doutrina do i. doutrinador Roque Antonio Carrazza, no que tange a transferência de titularidade da mercadoria para a incidência do imposto, o qual, de forma expressa, excepciona a situação tratada nos autos, porque defende a possibilidade de incidência do ICMS quando houver o transporte interestadual de mercadorias que se destinam à venda, *in verbis*:

(...) *cabe ICMS quando a transferência de mercadorias dá-se entre estabelecimentos da mesma empresa, mas localizados em territórios de pessoas políticas diferentes, desde que se destinem à venda e, portanto, não sejam bens de ativo imobilizado. A razão disso é simples: a remessa traz reflexos tributários às pessoas políticas envolvidas no processo de transferência (a do estabelecimento de origem e a do destino)*¹.

Conclui-se, portanto, que há diferença entre os referidos paradigmas do STJ e a hipótese examinada nestes autos, considerando as peculiaridades fáticas dos casos analisados pela Corte Superior e a presente controvérsia.

Até porque, em diverso e posterior julgamento, outro aspecto acerca da incidência do ICMS fora analisado pela Corte Superior. No REsp 1.109.298/RS discutiu-se sobre a base de cálculo do ICMS em operações efetuadas por sociedade empresaria entre a fábrica, o centro de distribuição e a filial, localizados em diferentes Estados da Federação.

Ao analisar o referido recurso, a Corte Superior, cujo julgamento ocorreu em 26/04/2011, decidiu que a base do ICMS, no caso concreto, deveria ser a prevista no inc. II do §4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/1996, consignando que: referida norma federal previu uma base de cálculo específica para a situação de saída de mercadoria pertencente ao mesmo titular para estabelecimento em outro Estado; os incisos do §4º remetem-se à atividade desenvolvida pelo sujeito passivo: no inciso I, mercantil, no II, a industrial e, no III, a relativa a produtos primários, no caso, a atividade realizada pelo sujeito passivo é a industrial, aplicando-se o inciso II; um dos objetivos da norma é evitar o conflito entre os entes da federação em decorrência da arrecadação do imposto, como a transferência é interestadual, o enrijecimento da base de cálculo nessas operações acaba por fixar o montante de imposto a ser recolhido para cada sujeito ativo, evitando que se estabeleça litígio; não há alteração na titularidade dos produtos na relação entre a fábrica e o centro de distribuição; e nas operações realizadas com depósito fechado, situação semelhante, deve haver a emissão de nota fiscal que contenha todos os requisitos exigidos e mencione que o valor da operação (saída do depósito) deve ser idêntico ao de entrada (Convênio SINIEF S/N, de 15/12/1970).

Portanto, verifica-se que o STJ entendeu que, nas situações de transferências interestaduais entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, haverá, sim, a incidência do ICMS, aplicando, inclusive, o tratamento diferenciado da base de cálculo do imposto concedido pela Lei Kandir no §4º de seu art. 13.

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 58.

Nesse contexto, tem-se que raciocínio diverso implicaria, não só o fomento à prejudicial guerra fiscal entre os entes federados, mas, ainda, o estímulo à sonegação fiscal.

Assim, de todo o exposto, denota-se que o afastamento da incidência de ICMS no caso de transferência interestadual de gado de um ente federado para outro, independentemente de tratar-se de estabelecimento de um mesmo proprietário, no caso, implica em verdadeira ofensa à lei e, sobretudo, ao próprio pacto federativo.

Isto porque, a concessão de isenção de ICMS pelos Estados e/ou o Distrito Federal necessita de prévio convênio, a ser firmado perante o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, por expressa disposição constitucional.

Sobre a matéria, pertinente, mais uma vez, a lição doutrinária do i. Roque Antonio Carrazza²:

(...). No mais das vezes as isenções tributárias são concedidas por meio de lei ordinária (da pessoa política tributante). Esta é a regra geral: só a pessoa política que validamente criou (ou pode criar), por meio de lei ordinária, o tributo pode conceder a isenção, desde que também o faça por meio de lei ordinária. Comumente, pois, as isenções são autonômicas, conforme se infere da só leitura do art. 151, III, da Carta Magna (“é vedado à União: ... III instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”).

As isenções de ICMS, no entanto, não seguem esta diretriz. De fato, unilateralmente, nem os Estados, nem o Distrito Federal podem concedê-las. Nem mesmo por meio de lei ordinária. Não há, portanto, isenções autonômicas, em matéria de ICMS. Notamos, a propósito, que a lei ordinária (estadual ou distrital) também não pode, no que concerne a este tributo, conceder incentivos e benefícios fiscais (reduções de base de cálculo, créditos presumidos ou fictícios, remissões parciais, anistias, diferimentos, parcelamentos de débitos tributários, adiantamentos de prazos de pagamento, e assim por diante).

A CF cuida do assunto em seu art. 155, § 2.º, XII, “g”, verbis: “XII - cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados”.

Como a só leitura deste dispositivo constitucional revela, a lei complementar, no que concerne ao ICMS, pode dispor sobre a forma de deliberação interestadual para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais (adiantamentos que esta forma de deliberação é o convênio).

(...).

Portanto, os Estados e o Distrito Federal, querendo conceder isenções de ICMS, devem, previamente, firmar entre si convênios (acordos, ajustes, programas a serem desenvolvidos pelas Unidades Federativas).

Tais convênios são celebrados no Conselho Nacional de Política Fazendária Confaz. Nele têm assento representantes de cada Estado e do Distrito Federal, indicados pelo respectivo Chefe do Executivo.

Portanto, na hipótese dos autos, a manutenção do desfecho proferido pelo juízo *a quo*, além de propiciar a concentração da arrecadação ao Estado de destino do gado, em detrimento do fisco estadual de origem, incentiva a guerra fiscal, proporcionando desequilíbrio ao pacto federativo.

Outrossim, diante do ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei Federal nº 87/96 e, ainda, o Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97), imperiosa a incidência do ICMS no transporte interestadual de gado entre os estabelecimentos do impetrante, ainda que a mercadoria não tenha sua titularidade transferida.

A Constituição da República expressamente dispõe:

² CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 557-559.

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

(...)

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

Assim, conforme alhures transcrito, a Lei Kandir, no inc. I de seu art. 12, reza que “*Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”.

Nesta toada, indene de dúvidas ser imperiosa a devida aplicação da legislação tributária aplicável ao caso, cujo comando normativo encontra-se em pleno vigor e, por isso, não pode ser desconsiderada pelo Poder Judiciário.

Sob outro enfoque, não se pode olvidar que, apesar de prevalecer o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que não há a incidência do ICMS nas operações de transferências interestaduais de gado entre estabelecimentos de um mesmo produtor rural, o que se mostra deveras duvidoso diante de todo o exposto, impõe-se que o contribuinte, ora apelado, demonstre, de forma cabal, ao menos:

- a) a quantidade de bovinos a ser transferido;*
- b) a propriedade dos semoventes, por meio da apresentação de notas fiscais de entrada ou de registro dos animais junto à IAGRO;*
- c) a posse ou propriedade dos imóveis rurais em que localizados seus estabelecimentos; e, também,*
- d) a capacidade do bem imóvel de destino para o desenvolvimento da pecuária de bovinos, não servindo como mero ponto de suporte à venda a frigoríficos para abate.*

Estes mínimos pressupostos mostram-se indispensáveis à demonstração de que o ato de transferência do gado interestadual não deve ser caracterizado como um ato de mercancia e, por isso, não seria passível de ensejar o fato gerador do ICMS.

Até porque, a simples afirmação de que o transporte do rebanho seria direcionado a outra fazenda de mesma titularidade, por si só, não afasta a incidência do ICMS ou a presunção de que este intento não induz a ato de mercancia.

A propósito:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – GADO – TRANSFERÊNCIA PARA OUTRO ESTADO – ART. 459, §2º, II DO ANEXO IX, RICMS 2002 – ABSTENÇÃO DA COBRANÇA DO IMPOSTO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1- O mandado de segurança é ação especialíssima para cujo manejo exige-se, de plano, a prova da pretensão deduzida em juízo, ou seja, a prova pré-constituída e irrefutável da liquidez e certeza do direito a ser tutelado, não sendo possível a dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. 2- Ausente a demonstração inequívoca que se trate de mera transferência de mercadoria de titularidade da impetrante entre estabelecimentos da mesma contribuinte, se impõe a manutenção da sentença que denegou a segurança. (TJMG - Apelação Cível 1.0443.15.003999-0/004, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª Câmara Cível, julgamento em 07/06/2017, publicação da súmula em 16/06/2017)

Em análise aos documentos que acompanham a inicial, denota-se que o impetrante é detentor de domínio de duas propriedades rurais, uma localizada neste Estado de Mato Grosso do Sul, Fazenda Tieta, e outra que se localiza no Estado do Paraná, denominada Sítio Sumaré.

Segundo a narrativa da inicial, em ambas as referidas propriedades rurais é desenvolvida a atividade econômica no ramo da pecuária e que, por isso, *“a mera transferência física de bovinos de uma fazenda para a outra, quando estas são de propriedade do mesmo titular, não constitui fato gerador de ICMS, visto que não há circulação jurídica da mercadoria, mas apenas física”* (f. 5).

Declinou-se que *“no caso em apreço, a transferência já praticada pelos Impetrantes onde foi cobrado o ICMS e as que pretendem realizar, inclusive já no início de agosto/2016, não implica em transferência de titularidade do gado, inexistindo, portanto, ato de mercancia”* (f. 6).

Com efeito, inexistente prova nos autos que demonstrem o alegado exercício de atividade agropecuária pelo impetrante no Estado do Paraná. Também não há nenhuma prova do fisco paranaense sobre a existência do rebanho – extrato – e sua evolução.

Diante das particularidades que o caso apresenta, denota-se que o alegado direito líquido e certo não restou demonstrado.

Sem prejuízo, deve ser ressaltado que no Estado de Mato Grosso do Sul, em específico, a economia é basicamente fundada na atividade agropecuária, e, por isso, em prol do interesse público da arrecadação e da fiscalização tributária, o Código Tributário Estadual (Lei nº 2.731/66), impõe-se a tributação sobre a transferência interestadual de cabeças de gado.

O Poder Judiciário não pode chancelar eventual a sonegação fiscal em hipóteses que o contribuinte, a despeito de possuir imóvel rural em outro ente federado, sob o manto do que dispõe a Súmula 166 do STJ, busca isentar-se da obrigação tributária, mesmo que a transferência de gado tenha o verdadeiro intuito de mercancia, ou seja, alienação dos semoventes para abate.

O caso apresenta, inclusive, risco à economia pública do Estado de Mato Grosso do Sul, tanto que houve o deferimento de medida excepcional em Pedido de Suspensão de Liminar pelo i. Presidente deste Sodalício, com o fito de suspender a eficácia de liminares deferidas em casos análogos ao presente (Feito nº 1407681-70.2016.8.12.0000). Nessa decisão destacou-se:

(...) Mato Grosso do Sul é um Estado cuja economia está baseada na produção rural, animal e vegetal, e possui um dos maiores rebanhos bovinos do país.

E é do campo que também advém parcela significativa das receitas tributárias, inclusive com ICMS, cuja arrecadação é a maior fonte de renda do Estado.

Nesse diapasão, a suspensão da cobrança do ICMS em operações desta natureza, tem o condão de acarretar o esvaziamento dos cofres públicos, diante da inexigibilidade do tributo.

Como bem ponderado pelo requerente e comprovado pelos documentos colacionados (f. 67-68), somente este ano, até o mês de junho, do total de R\$ 6.199.369,00 destacado dos documentos fiscais com as operações interestaduais com gado bovino e produtos agrícolas, apenas R\$ 1.151.495,00 foram efetivamente recolhidos, em razão das liminares jurídicas concedidas, acarretando em desoneração do ICMS de 83%, ao passo que em 2015 este percentual foi de apenas 11%.

E mais, com a suspensão, o Estado pode deixar de arrecadar R\$41 milhões de reais ao mês.

A controvérsia a ser dirimida, portanto, reclama especial atenção deste e. Tribunal de Justiça, sendo defeso a chancela de sonegação fiscal em detrimento do erário público, quando o caso evidencia verdadeira hipótese de fato gerador de tributo, com expressa previsão em lei.

Por fim, cumpre enfatizar que a manutenção do julgado recorrido representa incentivo à nefasta guerra fiscal entre os estados federados, obstando que os estados produtores de gado procedam a devida arrecadação para aquela produção, atribuindo ao produtor a eleição do estado que tem mais incentivos fiscais, para efetuar a venda, o que acaba, por via transversa, a violar o pacto federativo.

Dispositivo

Ante todo o exposto, conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, contra o parecer da PGJ, dou-lhes provimento, para reformar a sentença recorrida, com o fito de denegar a segurança pleiteada e, por isso, revogar a liminar deferida nos autos.

Em observância ao princípio da causalidade, condeno o impetrante no pagamento das despesas processuais.

Sem honorários advocatícios, porque indevidos nos termos das Súmulas nº 105 do STJ, nº 512 do STF e do art. 25 da Lei 12.016/2009.

Conclusão de julgamento adiado, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Eduardo), após o relator dar provimento aos recursos. O 2º Vogal aguarda.

VOTO (26/02/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal).

Trata-se de apelação cível/remessa necessária interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que, no mandado de segurança impetrado por Mário Scharf e Leonor Maria de Carvalho, concedeu a ordem.

O e. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson reformou a decisão para denegar a segurança pleiteada.

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Pois bem, a questão posta em discussão cinge-se em saber se os impetrantes possuem direito líquido e certo de não sofrer a incidência de ICMS quando a situação versada corresponder à transferência interestadual de bovinos entre fazendas de sua propriedade (Fazenda Tieta, localizada em Nova Andradina-MS, para o Sítio Sumaré, em Paranavaí-PR).

Sobre o tema, a jurisprudência dos Tribunais Superiores já está pacificada no sentido de que não há incidência do ICMS nos casos de transferência “física” de bens entre estabelecimentos do mesmo proprietário.

De acordo com o STF:

“EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – NÃO INCIDÊNCIA – DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.12.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito desta Excelsa Corte, no sentido de que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, da mesma empresa, sem transferência de propriedade, não é hipótese de incidência do ICMS. Para caracterização de ofensa à reserva de plenário faz-se necessário que a decisão do

órgão fracionário lastreie-se, ainda que de forma tácita, em juízo de incompatibilidade entre a norma legal e a Magna Carta, situação incorrente na espécie. Agravo regimental conhecido e não provido.” (STF - ARE 756634 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, Processo Eletrônico DJe-059 Divulg 25-03-2014 Public 26-03-2014) – Destacado.

Por sua vez, o STJ, em julgamento do Recurso Especial nº 1.125.133/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, decidiu o seguinte:

*“PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C, DO CPC – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO – UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. **O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.** (...) 2. **“Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”** (Súmula 166 do STJ). 3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;” 4. **A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.** 5. “Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.” (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 10. ed. Ed. Malheiros, p.36/37) (...) 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008” (REsp 1125133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010) – destacado.*

Ainda, a Súmula nº 166, do STJ enuncia que “*não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Nesse sentido também é o entendimento deste Tribunal:

“EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – INCIDÊNCIA NO DESLOCAMENTO INTERESTADUAL DE GADO BOVINO ENTRE IMÓVEIS RURAIS DO MESMO TITULAR – SÚMULA Nº 166/STJ – SENTENÇA RATIFICADA – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. 1 – Tratando-se o transporte de gado entre propriedades rurais do mesmo proprietário, ainda que em Unidades da Federação diversas, de mera circulação física do bem, resta ausente a circulação jurídica que configura fato gerador do ICMS sobre operação interestadual. Inteligência da Súmula nº 166/STJ. 2 – Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0800577-27.2018.8.12.0026, Bataguassu, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 12/02/2019, p: 14/02/2019)

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – AUSÊNCIA DE ATOS RELATIVOS AO COMÉRCIO – SÚMULA 166/STJ – PRECEDENTES DO STJ E STF – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DA EMPRESA AUTORA PROVIDO

E DO ESTADO PREJUDICADO. A Corte Superior de nosso país bem como a Suprema Corte já analisaram a questão relativa a transferência “física” de bens entre propriedades do mesmo titular, localizadas em estados diversos, não sendo lícita a cobrança de ICMS quando não há provas da comercialização da mercadoria. Nesse sentido o teor da Súmula 166/STJ, STF - ARE 764196 AgR, REsp 1125133/SP submetido a recurso representativo da controvérsia.” (TJMS. Apelação nº 0805624-31.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 12/02/2019, p: 13/02/2019)

“EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – DESLOCAMENTO DE BOVINOS ENTRE FAZENDAS DO MESMO TITULAR – NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – AUSÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – SÚMULA 166/STJ – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA O mero deslocamento de bovinos para fazendas do mesmo titular para outro estado da federação não configura circulação de mercadoria (art. 155, II, CF) que autorizaria a cobrança de ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação. Nesse sentido, o teor da Súmula 166/STJ e o REsp 1125133/SP submetido a recurso representativo da controvérsia.” (TJMS. Apelação nº 0801569-80.2016.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 10/04/2018, p: 16/04/2018)

No caso em apreço, denoto que os impetrantes/apelados pretendem realizar apenas a movimentação do rebanho entre suas propriedades, não se vislumbrando a transferência “jurídica” dos bens, mas apenas “fática”. Assim, não há o fato gerador do ICMS que é o ato de mercancia, ou seja, a transferência jurídica das mercadorias.

Destarte, não havendo fundamentos suficientes para reforma da sentença impõe-se a sua manutenção e o desprovisionamento dos recursos.

Ante o exposto, peço vênias ao e. Relator para, com o parecer ministerial, negar provimento a remessa necessária e o recurso de apelação manejado pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º Vogal).

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (3º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (4º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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, Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Remessa Necessária nº 0805175-07.2015.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – POÇOS PARA CAPTAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL ORGÂNICA DO ART. 9º, *CAPUT* E INCISOS I E II, DO DECRETO MUNICIPAL N. 12.071/2012 – INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER, RECURSO OBRIGATÓRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Declarada a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 12.071/2012, em razão da incompetência do Município para legislar sobre as águas subterrâneas e sobre o tamponamento dos poços artesianos, não pode o Município editar normas regulando a gestão de recursos hídrico.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Cuida-se de reexame necessário submetido de ofício pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Viação Campo Grande Ltda contra ato do Diretor do Departamento de Licenciamento e Monitoramento Ambiental e Secretário Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano, igualmente qualificados, consubstanciado na exigência de tamponamento de poço artesiano, localizado em sua propriedade, como condição para deferimento do pedido de renovação de sua licença de operação.

Aduziu a impetrante que a exigência é ilegal, já que a sede da impetrante está conectada à rede pública de abastecimento e a água captada pelo poço não é utilizada para consumo, sendo destinada ao seu setor operacional. Afirmou não haver vedação legal para a captação de água por poço artesiano, sendo esta prática autorizada por legislação estadual. Asseverou que a exigência é inconstitucional porquanto provocaria danos ao meio ambiente, sendo certo que o uso de poço artesiano não causa risco à saúde. E, que tal exigência seria abusiva, já que a legalidade do poço artesiano em questão está sendo discutida via recurso administrativo impetrado contra o auto de infração nº 392598, que atuou a impetrante. Requereu a concessão de medida liminar para determinar o afastamento da exigibilidade da apresentação do relatório de tamponamento de poço profundo de abastecimento de água para fins de renovação da licença de operação. Ao final, pugnou pela concessão da segurança para confirmar a liminar a fim de que seja cassado o ato coator.

A liminar foi deferida (f. 49-50).

Intimado o Município de Campo Grande (f. 65), apresentou informações (f. 66-88), aduzindo, em sede de preliminar, afronta ao artigo 5º, II, da lei 12.016/2009, bem como inadequação da via eleita e a ausência dos requisitos caracterizadores do mandado de segurança. No mérito, sustentou a constitucionalidade e legalidade do ato fiscal e do ato de indeferimento da licença de operação ambiental ante ao poder de polícia conferido à administração pública. Requereu, ao final, a denegação da segurança. Juntou documentos (f. 89-98).

As autoridades impetradas foram notificadas (f. 102-103).

O Ministério Público Estadual manifestou-se às f. 105-110, opinando pela concessão da segurança.

O magistrado de piso concedeu a segurança para, confirmando a liminar, determinar o afastamento da exigibilidade da apresentação do relatório de tamponamento de poço profundo de abastecimento de água para fins de renovação da licença de operação da impetrante, confirmando assim, a liminar concedida às f. 49-50.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta opinou pelo conhecimento e não provimento do reexame, mantendo irretocável a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de reexame necessário da sentença proferida em Mandado de Segurança, onde restou concedida a ordem mandamental, para, confirmando a liminar, determinar o afastamento da exigibilidade da apresentação do relatório de tamponamento de poço profundo de abastecimento de água para fins de renovação da licença de operação da impetrante, confirmando assim, a liminar concedida às f. 49-50.

Presentes as condições e pressupostos para o conhecimento da remessa necessária, dela conheço e passo ao exame de seus fundamentos.

Mérito

In casu, o impetrante visa a suspensão do ato praticado pela autoridade coatora, que condicionou a renovação de sua licença ambiental ao tamponamento do poço de captação de águas subterrâneas que possui em seu imóvel.

Como bem ponderado pelo julgador de instância singela, “*não compete ao município condicionar emissão de licença ambiental a que o administrado faça ou deixe de fazer determinada conduta sobre matéria que nem está em seu feixe de competência*” (f. 295).

A propósito, não à toa que esta Corte, por meio de seu Órgão Especial, reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 12.071/2012, em razão da incompetência do município para legislar sobre as águas subterrâneas e sobre o tamponamento dos poços artesianos, recente julgamento da Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1407466-31.2015.8.12.0000, em julgamento ocorrido em 1/06/2016.

Dessa forma, não há dúvidas de que o ato administrativo perpetrado pela autoridade coatora (condicionamento da renovação da licença de operação ao tamponamento de poço artesiano) não deve subsistir, uma vez que o fundamento que deu origem ao ato foi expressamente declarado inconstitucional.

Neste sentido, é como tem decidido esta Corte de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – RECURSO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – ACOLHIDA – RECURSO NÃO CONHECIDO. Um dos requisitos de admissibilidade da apelação é a tempestividade, de modo que, desobedecido o prazo para interposição, o recurso não deve ser conhecido. APELAÇÃO

CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – ATO COATOR – CONDICIONAMENTO DA EMISSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL AO TAMPONAMENTO DE POÇO ARTESIANO – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS – REMESSA NECESSÁRIA REALIZADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Em recente julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1407466-31.2015.8.12.0000, foi reconhecida a inconstitucionalidade do decreto municipal nº 12.071/2012, em razão da incompetência do município para legislar sobre as águas subterrâneas e sobre o tamponamento dos poços artesianos. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0806331-93.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 22/11/2017, p: 28/11/2017)

EMENTA – REEXAME OBRIGATÓRIO E APELAÇÕES CÍVEIS – MANDADO DE SEGURANÇA – TAMPONAMENTO – POÇO ARTESIANO – COMPETÊNCIA ESTADUAL – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Não sendo competência do Município editar normas regulando a gestão de recursos hídricos, não pode legislar sobre o tamponamento de poços artesianos, sendo apenas encarregado de fiscalização, observadas as exigências e restrições impostas na lei nacional ou estadual. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0812955-61.2016.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 24/10/2017, p: 26/10/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – ATO COATOR IMPUTADO A AUTORIDADES MUNICIPAIS, QUE DETERMINARAM O TAMPONAMENTO DE POÇO ARTESIANO EXISTENTE NA SEDE DA IMPETRANTE, NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, SOB PENA DE MULTA PECUNIÁRIA – ATO FUNDAMENTADO EM NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO E SENTENÇA RATIFICADA. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0841719-62.2013.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 13/09/2017, p: 14/09/2017)

Diante deste cenário, a manutenção da sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau é medida que se impõe.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do reexame necessário, mas nego-lhe provimento, para ratificar a sentença.

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. Julizar Barbosa Trindade

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. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0805810-88.2016.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE LIMINAR – DOAÇÃO DE IMÓVEL COM ENCARGO – BENS DOMINICAIS – POSSIBILIDADE – TURBAÇÃO OU ESBULHO – NÃO COMPROVADO – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – OBRIGATORIEDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDO O RECURSO DA PARTE AUTORA E PROVIDO O RECURSO DA PARTE REQUERIDA.

Não comprovado o esbulho ou turbação na posse resta improcedente o pedido de reintegração de posse.

Tendo o município realizado a doação com encargo de bem público, da classe dos dominicais, na forma da lei municipal que autorizou a doação após o cumprimento das obrigações, presume-se que os encargos tenham sido cumpridos e não cabe falar em turbação à posse.

A Administração Pública, no exercício da autotutela, para a anulação de ato administrativo que cause efeitos concretos sobre os bens e direitos dos administrados deve observar a precedência de processo administrativo em que se assegure o devido processo legal, em especial, o direito ao contraditório e ampla defesa.

Afirmções falsas que alteram a verdade dos fatos prejudicam o processo e configuram a litigância de má-fé.

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 da parte autora e dar provimento ao recurso da parte requerida, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

O Município de Três Lagoas e Paulo Emilio Freire Lemos Presidente Prudente, nos autos da ação de reintegração de posse com Pedido de Liminar de nº 0805810-88.2016.8.12.0021 em que contendem entre si, oferecem recursos de apelação.

O recorrente Município de Três Lagoas, em síntese, aduz que:

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse movida contra a empresa Paulo Emilio Freire Lemos Presidente Prudente pelo Município de Três Lagoas/MS, em razão de a Recorrida estar em detenção de

bem público, cuja matrícula não consta averbação de doação, bem como que não havia demonstração de cumprimento dos requisitos autorizadores para a conversão de comodato com posterior doação em doação efetiva conforme norma autorizativa, Lei nº 1.954/05, bem como do flagrante descumprimento da obrigação (encargo da doação) de manter atividade com finalidade específica (fábrica peças e montagem de veículos variados), em razão da informação da própria empresa de que cedeu imóvel à terceiros;

A doação foi autorizada mediante contrato de comodato conversível em doação, após preenchidos requisitos expressamente elencados na lei, mas não somente estes;

Uma doação que permanece condicionada à uma obrigação, é uma doação com encargo;

A doação do bem público não se aperfeiçoa por ato legislativo autorizativo, mas por ato administrativo autorizado, que, no caso em lume, depende do um comodato conversível em doação;

Poder-se-á dizer que a culpa pelo vício é tanto da Prefeita anterior quanto do cartório, ao não exigir lei autorizativa ou processo administrativo que respaldasse a disposição do bem público, mas independente da culpa, a providência tomada pela administração atual foi de declarar nula a manifestação eivada de vício.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso (f. 671-693).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 699-716).

O recorrente Paulo Emilio Freire Lemos Presidente Prudente, em síntese, aduz que:

Com o fim único de induzir o Juízo à erro para obter a liminar de reintegração de posse, o município apelado, faltou com a verdade quanto a realidade dos fatos, a partir do momento que afirma que a empresa apelante era apenas comodataria do imóvel que ocupa, com a afirmação de que comodato havia expirado em 21 de fevereiro de 2015;

Que após cumprir todas as obrigações estabelecidas pela Lei da Doação nº 1.954/2005, no dia 26 de julho de 2013, perante o 3º Serviço Notarial e de Protestos da Cidade e Comarca de Três Lagoas-MS, foi lavrada a escritura definitiva da doação a empresa apelante, lavrada no Livro nº 243 as f. 046, cujo segundo traslado se encontra nos autos;

A Prefeitura escondeu maliciosamente do Juízo, porque afirmou em sua inicial que a empresa apelante não havia cumprido com as obrigações constantes da Lei 1954/2005; que o contrato de comodato havia expirado em 21 de fevereiro de 2015, quando na realidade esse contrato de comodato perdeu seus efeitos em 26 de julho de 2013, quando foi outorgado a empresa apelante, após comprovado o cumprimento de todas as obrigações estabelecidas pela Lei 1954/2005 e por ela assumidas, a escritura definitiva de doação;

A empresa é proprietária do imóvel conforme escritura de doação lavrada perante o 3º Serviço Notarial e de Protestos da Cidade de Três Lagoas-MS;

A recorrida deve ser condenada em litigância de má-fé.

Por derradeiro, requer o conhecimento e provimento do recurso (f. 717-723).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 729-743).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

O Município de Três Lagoas e Paulo Emilio Freire Lemos Presidente Prudente, nos autos da ação de reintegração de posse com Pedido de Liminar de nº 0805810-88.2016.8.12.0021 em que contendem entre si, oferecem recursos de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade dos apelos, recebo-os em seu efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC).

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente os pedidos contidos na inicial e apelo adesivo requerendo a aplicação da litigância de má-fé.

Eis os termos da parte dispositiva da decisão atacada e da decisão após os embargos de declaração:

“(…)

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido da presente demanda.

Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência, condeno o Autor no pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo, conforme os parâmetros previstos no artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do NCPC, no montante de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Acaso seja interposto recurso de Apelação, intime-se a parte apelada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.010, § 1º, NCPC).

Se o apelado interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante para apresentar contrarrazões (art. 1.010, § 2º, NCPC).

Na sequência, com ou sem contrarrazões, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, arquivem-se com as baixas e anotações necessárias. Três Lagoas, 12 de março de 2018. Aline Beatriz de Oliveira Lacerda - Juíza de Direito”.

“(…) Os presentes embargos merecem acolhimento.

No que se refere ao pedido da Requerida, de condenação do Autor em litigância de má-fé, entendo que não se configurou a hipótese no presente caso, porquanto a parte autora não agiu com dolo ou culpa, muito menos causou algum dano processual à parte demandada.

Considerando que a conduta adotada pela parte autora, em defender os argumentos tecidos na presente ação, não extrapolou o direito de petição, da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos aos litigantes, não há razão para imposição da multa, mesmo porque não ficou caracterizada a conduta intencionalmente maliciosa da mesma.

Embora o Requerente tenha praticado conduta abusiva, não ficou caracterizada sua manifesta intenção em prejudicar a parte contrária, o que afasta a litigância de má-fé.

Ante o exposto, recebo os presentes embargos para discussão, eis que tempestivos, acolhendo-os para acrescer a fundamentação supramencionada. Intimem-se. Três Lagoas, 27 de junho de 2018. Aline Beatriz de Oliveira Lacerda - Juíza de Direito”.

O apelante Município de Três Lagoas apresenta as suas razões de inconformismo alegando ser o legítimo proprietário do imóvel porque a doação não teria sido efetivada em razão do descumprimento da obrigação de manter a atividade com finalidade específica, ou seja, fábrica de peças e montagem de veículos variados.

Por outro lado, o recorrente Paulo Emílio Freire Lemos Presidente Prudente alega que o município postulou em juízo alterando a verdade dos fatos e deve ser condenado em litigância de má-fé.

Pois bem, a petição inicial da ação de reintegração de posse (f. 01-05), aduziu que a Lei Municipal nº 1.954 de 21/02/2005 autorizou o Poder Executivo local a ceder em comodato para posterior doação o imóvel objeto da lide localizado no Distrito Industrial II.

Juntou-se também o contrato de comodato firmado entre as partes datado de 30/09/2010 (f. 09-11); Matrícula nº 76.055, atualizada de 09/12/2015 onde consta como proprietário do imóvel o Município de Três Lagoas-MS; Laudo fotográfico das instalações da empresa Gurgel no imóvel (f. 34-37).

Conforme o disposto no Código Civil:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Todos os dados do processo, como a matrícula do imóvel e a lei municipal indicam que o imóvel em questão pertence à classe de bens dominicais e não precisaria ser desafetado para ser alienado.

O doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello¹ acentua que:

“(...) Quanto à destinação, os bens, como resulta do art. 99 do novo Código Civil, classificam-se em:

a) de uso comum - são os destinados ao uso indistinto de todos, como os mares, ruas, estradas, praças etc.;

b) de uso especial - são os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública;

c) dominicais, também chamados dominiais - são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal. O parágrafo único do citado artigo

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. revisada e atualizada. Malheiros Editores. São Paulo-SP. 2015. p. 938.

pretendeu dizer que serão considerados dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário (...)”.

Segundo os comentários de Maria Silvia Zanella di Pietro²:

“(...) De acordo com o artigo 67 do Código Civil de 1916, os bens públicos das três categorias “só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever”.

Pela redação do artigo 100 do novo Código Civil, “os bens públicos de uso comum e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. E, pelo artigo 101, “os bens dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. A nova redação está em consonância com entendimento que desde longa data era adotado pela doutrina e jurisprudência.

Com relação aos bens de uso comum e de uso especial, nenhuma lei estabelece a possibilidade de alienação; por estarem afetados a fins públicos, estão fora do comércio jurídico de direito privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo

Direito Civil, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, locação, comodato. Para serem alienados pelos métodos de direito privado, têm de ser previamente desafetados, ou seja, passar para a categoria de bens dominicais, pela perda de sua destinação pública.

Vale dizer que a inalienabilidade não é absoluta (...)”.

Todavia, questão que chama a atenção seria a análise da legalidade do ato porque, conforme visto acima, o artigo 101, do CC permite a alienação segundo as exigências da lei.

Neste contexto não podemos ignorar a subsunção ao artigo 17, § 4º da Lei das Licitações nº 8.666/93 que assim dispõe:

“(...) Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

(...)

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; (...)”.

Destaque-se que não se viu nos autos indicativos de procedimento licitatório ou justificação de interesse público, razão pela qual determino o encaminhamento dos autos para o Ministério Público da Comarca de Três Lagoas-MS, primeira instância, para que tome as medidas que entender necessárias pois no presente feito está sendo analisado apenas o pedido de reintegração de posse realizado pelo Município de Três Lagoas³.

Por outro, lado, a lei municipal que rege a questão nos autos foi colacionada em sentença, como se vê:

“(...) Oportuno esclarecer que, a despeito de a Lei Municipal nº 1.954, de 21 de fevereiro de 2005, não ter sido juntada nos autos, em consulta ao sítio eletrônico da Câmara Municipal de Três Lagoas, foi possível observar que a área contestada na inicial foi objeto de cessão com finalidade de doação à Requerida. Confira-se:

Artigo 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a ceder em comodato, para posterior doação, a área abaixo descrita à Paulo Emilio Freire Lemos Presidente Prudente, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ: 00.930.077/0001-60, com sede principal na Av. Cidade Fukuyama, 279, Presidente Prudente/SP, com nome fantasia de Gurgel Motores,

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017.p. 914.

³ Referência: (TJMS. Apelação nº 0800272-44.2016.8.12.0016, Mundo Novo, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 23/10/2017, p: 25/10/2017).

Roteiro e confrontações: 275,00m (duzentos e setenta e cinco metros) ao Sul para o acesso existente 4, por com 553,70m (quinhentos e cinquenta e três metros e setenta e centímetros), ao Poente confrontando-se com o acesso projetado, seguindo com 60,00m (sessenta metros) em medida circular confrontando-se com o acesso projetado e a Av. 5, seguindo com 351,40m (trezentos e cinquenta e um metros e cinquenta centímetros) ao norte e finalmente com 300,00m (trezentos metros) ao Nascente confrontando-se com parte restante ao lote objeto, com uma área de 127.563,29m² (cento e vinte e sete mil, quinhentos e sessenta e três metros e vinte e nove centímetros, quadrados).

Artigo 2º (...) Parágrafo único. Concluída a obra em todas as suas fases e no prazo máximo de até 10 (dez) anos, a empresa deverá solicitar vistoria das edificações, após o que, devidamente comprovado o término do projeto, será autorizada a lavratura de escritura de doação da área, observando disposto nos itens 'II', 'III', IV, V e VI deste artigo, além de outras exigências que venham a constar do instrumento de comodato.

(...)"

Desta forma, considerando a lei municipal, presume-se que a lavratura da escritura de doação é ato administrativo posterior às vistorias, comprovações de término do projeto, conforme foi demonstrado nos documentos juntados com a defesa plena (f. 99-566).

Por isso, quanto à reintegração de posse o Código de Processo Civil dispõe que:

Seção II

Da Manutenção e da Reintegração de Posse

Art. 560. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho.

Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

Ao cotejarmos os elementos do caso concreto com os requisitos da lei verificamos que a parte autora, ora apelante não comprovou nenhum dos elementos legais que indicam o esbulho ou a turbação da posse, pelo contrário, a posse ocorreu conforme os procedimentos e autorizações concedidas pela própria municipalidade.

Com relação ao ato administrativo exarado pela municipalidade no curso do processo a fim de anular, com fulcro no princípio da autotutela, a doação do imóvel, foi acertada a conclusão da sentença em destacar os vícios de legalidade que, pois implicam na invasão na esfera de direitos dos administrados.

Os atos praticados pela administração pública geraram efeitos quanto aos direitos dos administrados e, por isso, a sua anulação deve ser precedida de processo administrativo que assegure o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesta senda:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL – REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos

concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 594296, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, Repercussão Geral - Mérito Acórdão Eletrônico DJe-030 Divulg 10-02-2012 Public 13-02-2012). Com destaque.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – APOSENTADORIA – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINOU AO IMPETRANTE A OPÇÃO ENTRE A PERCEPÇÃO DA VPNI (VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA) OU DA GAE (GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXTERNA), EM RAZÃO DE DETERMINAÇÃO DO TCU QUE CONSIDEROU ILEGAL A CUMULAÇÃO DAS VANTAGENS A SERVIDORES EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. 1. Correta a decisão do Tribunal de origem, porquanto o STJ entende que a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório.

2. É de ser afastado o argumento de decadência, já que esta não se consuma no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria e o julgamento de sua legalidade pelo Tribunal de Contas, porquanto o ato de concessão da aposentadoria é juridicamente complexo, que se aperfeiçoa apenas com o registro na Corte de Contas.

3. Recurso Ordinário não provido. (RMS 58.008/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 19/11/2018). Com destaque.

Da litigância de má-fé.

O recorrente e Paulo Emilio Freire Lemos Presidente Prudente aduz que a parte contrária faltou com a verdade ao afirmar que o comodato havia expirado em 2015 e que não havia sido cumprido as obrigações impostas com encargo para a doação, exigindo a condenação de por litigância de má-fé.

A decisão de primeiro grau entendeu que a parte autora não agiu com dolo ou culpa nem causou dano processual à parte demandada, afastando a condenação por litigância de má-fé (f. 664).

Pois bem.

Dispõe o artigo 80, do CPC:

“Considera-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 incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

A parte autora deveria ter trazido aos autos todas as circunstâncias sobre o caso concreto do imóvel, a saber, os atos e processos administrativos que regulamentaram e fiscalizaram o comodato e posteriormente a doação, os prontuários e procedimentos administrativos de fiscalização das obras, alvará de construção e etc.

Todavia, da forma como foi montada a ação inicial, com informações parciais, do próprio órgão público, houve o convencimento do magistrado para a concessão da liminar de reintegração de posse (f. 389-40) e, somente após a verificação da documentação trazida pela defesa em mais de quinhentas páginas, houve a suspensão do ato (f. 574).

Logo, entendo que a parte autora agiu muito abaixo do dever de cooperação e boa-fé (artigos 5º e 6º do CPC), omitindo fatos e informações importantes que possui em arquivo próprio, público, deduzindo pretensão contra texto expresso na lei municipal e alterando a verdade dos fatos.

As afirmações falsas sobre o não cumprimento dos encargos, desacompanhada dos documentos de fiscalização e autorizações da municipalidade, caracteriza a alteração da verdade dos fatos.

Destaque-se que a petição inicial afirmou que: “*Esclarecemos ainda, que a requerida apenas de forma precária exerceu suas atividades comerciais e de montagem e a industrial nunca funcionou, estando no momento a empresa totalmente sem atividade e o imóvel locado*” (f. 03) o que, se comprovou com documentos da defesa, que não é verdade.

Neste sentido:

EMENTA – PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES – DIALETICIDADE – REJEITADA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE LIMINAR – INSCRIÇÃO DO NOME DO RECORRENTE EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DEVIDA – AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO QUANTO AO FATO ENSEJADOR DA DÍVIDA ANOTADA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONFIRMADA – MAJORAÇÃO COMO REQUERIDO NAS CONTRARRAZÕES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Rejeita-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade pelo suplicante, arguida nas contrarrazões, porquanto, ainda que breve as razões na parte em que o apelante se volta contra os fundamentos da sentença, é suficiente para compreender sua discordância quanto a conclusão chegada em primeiro grau, mesmo que tal fato não importe eventualmente no provimento da apelação. O apelado atendeu ao disposto no artigo 373, II, do Código de Processo Civil, comprovando fato impeditivo do direito do autor, porquanto juntou prova de contrato assinado por este, reconhecendo a sua obrigação pelo pagamento das prestações do financiamento que firmou, bem como o autor não evidenciou a quitação das parcelas decorrentes do pacto. Em vista de que, conforme acima fundamentado, efetivamente o suplicante alterou a verdade dos fatos, usando o processo para conseguir objetivo ilegal, ou seja, indenização diante de fato inexistente - negatização indevida de seu nome pelo recorrido -, tem-se que a discutida condenação deve ser confirmada e, bem como, tal como requerido nas contrarrazões, majorada para 10% sobre o valor corrigido da causa, ante a insistência na fase recursal, quanto a pretensão ilícita. (TJMS. Apelação nº 0800633-11.2018.8.12.0010, Fátima do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 17/12/2018, p: 20/01/2019)

Desta forma, condeno a parte autora ao pagamento de 2% do valor corrigido da causa.

Diante do exposto, conheço dos recursos e nego provimento ao recurso da parte autora e dou provimento ao recurso da parte requerida, condenando a parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé em 2% do valor corrigido da causa.

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da causa.

Encaminhe-se cópia dos autos para o Ministério Público Estadual da Comarca de Três Lagoas-MS para que tome as ações que julgar necessárias.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso da parte autora e deram provimento ao recurso da parte requerida, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1413633-59.2018.8.12.0000 - Cassilândia

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – INCIDÊNCIA DE JUROS LEGAIS SOBRE A MULTA MORATÓRIA – DESCABIMENTO – AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bitributação.

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, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, no cumprimento provisório de Sentença de nº 0801752-55.2014.8.12.0007, em que contende com Sindicato Rural de Cassilândia-MS, interpõe agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal.

O recorrente, em síntese, aduz que:

O cumprimento provisório de sentença, que teria tornado-se definitivo, tem como objeto as *astreintes* fixadas no Processo Principal de nº 0801342-94.2014.8.12.0007, pelo descumprimento da ordem judicial ali estabelecida;

É plenamente possível a incidência de juros moratórios sobre a multa cominatória, não configurando, portanto, *bis in idem*, já que possuem natureza jurídicas distintas e decorrem de fundamentos diversos;

O art. 404, do CC, atribui aos juros de mora natureza eminentemente indenizatória, sem qualquer exceção na sua aplicação;

Os juros decorrem de lei (art. 407, do CC), de modo que estando o agravado em mora, perfeitamente possível a sua utilização.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do reclamo.

O agravo foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 30-33).

Contraminuta às páginas 35-40

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, no cumprimento provisório de Sentença de nº 0801752-55.2014.8.12.0007, em que contende com Sindicato Rural de Cassilândia-MS.

O recorrente aduz que o cumprimento provisório de sentença, que teria tornado-se definitivo, tem como objeto as *astreintes* fixadas no Processo principal de nº 0801342-94.2014.8.12.0007, pelo descumprimento da ordem judicial ali estabelecida.

Assevera que é plenamente possível a incidência de juros moratórios sobre a multa cominatória, não configurando, portanto, *bis in idem*, já que possuem natureza jurídicas distintas e decorrem de fundamentos diversos.

Sustenta que o art. 404, do CC, atribui aos juros de mora natureza eminentemente indenizatória, sem qualquer exceção na sua aplicação.

Por fim, alega que os juros decorrem de lei (art. 407, do CC), de modo que estando o agravado em mora, perfeitamente possível a sua utilização.

Pois bem, como ressaltado na ocasião em que o reclamo foi recebido apenas no efeito devolutivo, tenho que a súplica não prospera, uma vez que não há previsão legal para incidência de juros legais sobre a multa moratória. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento de que sobre o valor da multa não devem incidir juros de mora, sob pena de configurar bitributação (*bis in idem*). Confira-se:

CIVIL E PROCESSO CIVIL – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA DIÁRIA – NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS LEGAIS – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA – ARTS. ANALISADOS: 461, § 4º, CPC; 395, CC/02; 1º, LEI 6.899/1981. 1. Ação de anulação e substituição de títulos, cujos autos foram restaurados em 1998, em fase de cumprimento de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/12/2011. 2. A controvérsia reside em definir se sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC incidem juros de mora legais e correção monetária e, em caso positivo, o termo inicial para sua exigibilidade. 3. O poder de intimidação refletido no valor arbitrado pelo Juiz a título de multa diária, nos termos do § 4º do art. 461 do CPC, deve ser preservado ao longo do tempo - e, portanto, corrigido - a fim de que corresponda, desde então, à expectativa de ser o suficiente para a obtenção da tutela específica. Assim, a partir de sua fixação, o contexto apresentado para o devedor tem de revelar, sempre, que lhe é mais interessante cumprir a obrigação principal que pagar a multa. 4. O termo inicial de incidência da correção monetária sobre a multa do § 4º do art. 461 do CPC deve ser a data do respectivo arbitramento, como ocorre nas hipóteses de dano moral (Súm. 362/STJ). 5. Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bis in idem. 6. Recursos especiais conhecidos; provido parcialmente o do primeiro recorrente e desprovido o do segundo. (REsp 1327199/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 02/05/2014). Destacado

No mesmo sentido, é o posicionamento de outros Tribunais, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – INADMISSÍVEL A INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE AS ASTREINTES. A multa diária que é exigida pelo descumprimento de obrigação de fazer deve ser calculada com incidência de correção monetária porquanto tal verba apenas tem por finalidade manter o valor da moeda, contudo, descabido o cômputo de juros moratórios quando a penalidade é exigida exatamente em razão da mora da parte em cumprir obrigação determinada judicialmente. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2094016-

82.2018.8.26.0000; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2018; Data de Registro: 13/08/2018). Destacado

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA DIÁRIA – NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS LEGAIS – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXADOS EM ACÓRDÃO. - O termo inicial da correção monetária incidente sobre as astreintes é o mesmo utilizado para as hipóteses de compensação por dano moral: a data da fixação definitiva da quantia devida. - Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar 'bis in idem'. - Alterada a condenação que serviu como base para os honorários advocatícios, o v. acórdão alterou o percentual para adequar a verba aos princípios da proporcionalidade do caso, servindo o novo percentual para fins de cálculos do quantum devido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0720.15.002280-7/002, Relator(a): Des.(a) Pedro Aleixo, 16ª Câmara Cível, julgamento em 12/07/2017, publicação da súmula em 21/07/2017). Destacado

Há que se levar em conta, outrossim, que a multa cominatória, mesmo após a sua cumulação formada pelo decurso do tempo, é um instrumento de coercitividade no âmbito da prestação da tutela jurisdicional, e não uma obrigação civil em si mesma (legal ou contratual).

Assim, estando a pretensão do recorrente em total desconformidade com o entendimento jurisprudencial, não vislumbro motivos para modificar a decisão objurgada.

Diante do exposto, conheço do presente 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. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0814365-91.2015.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – DESNECESSÁRIA A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – MATÉRIA DE DIREITO E DE FATO SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS – MÉRITO – REPARAÇÃO CIVIL – RESULTADO POSITIVO DE EXAME DE HIV – NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR OUTROS EXAMES – PACIENTE CIENTE DESTA SITUAÇÃO – INÍCIO DO TRATAMENTO PARA SOROPOSITIVOS – CAUTELA MÉDICA – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Descabe falar em cerceamento de defesa, porquanto justificado o julgamento antecipado da lide em razão da não necessidade de instrução probatória, eis que a matéria de direito e de fato mostra-se suficientemente comprovada.

Ausentes os requisitos da reparação civil, improcede o pedido de indenização por danos morais. No caso, ainda que os primeiros exames tenham indicado o resultado positivo para HIV, havia a necessidade de confirmação do diagnóstico por exames específicos, situação esta da qual o paciente tinha plenos conhecimentos, já que colhido material para tanto. A conduta médica em iniciar o tratamento indicado para pacientes soropositivos foi tomada como precaução diante da suspeita da carga viral, o que não tem o condão, por si só, de caracterizar falha na prestação do serviço a ensejar a reparação 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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Libiana Rogéria Curti, nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais de nº 0814365-91.2015.8.12.0001 em que contende com o Município de Campo Grande, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em preliminar, aduz que:

A sentença é nula, ante o cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, porquanto a autora pretendia a realização da prova testemunhal para comprovar os fatos alegados na inicial.

No mérito, assevera que:

Deve ser reformada a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, porquanto os documentos acostados nos autos evidenciam o mau procedimento médico realizado quando do atendimento à paciente, especialmente pelo diagnóstico e receituário equivocados de HIV;

O resultado do exame positivo de HIV não foi acostado aos autos, porquanto a Secretaria Municipal de Saúde não lhe forneceu, embora existam documentos nos autos que indicam o diagnóstico equivocado;

O erro médico grosseiro é reflexo do péssimo atendimento público de saúde prestado pela parte recorrida, sem que tenha ocorrido precaução e cuidado com a parte recorrente, que estava gestante à época, tendo que realizar diversos exames e ingerir medicação com grande efeito colateral prejudicial à saúde;

Estão presentes os requisitos necessários para a reparação de danos morais suportados pela autora em razão do equivocado diagnóstico de ser HIV positiva, durante sua gestação, sendo objetiva a responsabilidade civil do ente público, não dependendo da prova de dolo ou culpa do agente causador do dano;

Parte recorrida deve ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 80.000,00; e,

Modificada a sentença, requer a inversão do ônus sucumbencial, definindo os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento da súplica, conforme arrazoados.

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo desprovimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Libiana Rogéria Curti, nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais de nº 0814365-91.2015.8.12.0001 em que contende com o Município de Campo Grande, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012, do Código de Processo Civil.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em seu recurso, a apelante alega a nulidade da sentença ante o cerceamento de defesa e, no mérito, bate-se pela presença dos requisitos que autorizam a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, estes a serem fixados em R\$ 80.000,00.

Pois bem. Passo ao exame da súplica.

Preliminar de nulidade da sentença.

Argumenta a apelante que o julgamento antecipado da lide cerceou o seu direito de defesa, tendo em vista que a produção de provas era imprescindível ao deslinde da demanda, em especial, a oitiva de testemunhas, as quais comprovariam os fatos alegados na inicial.

Pois bem. Como é sabido, a produção de provas pode, ou não, se fazer necessária nos processos judiciais, uma vez que existem controvérsias trazidas à apreciação do Poder Judiciário que dizem respeito apenas à matéria de direito.

Diga-se também que cabe ao Juiz, por ser ele o destinatário da prova, elaborar um juízo de valor sobre a necessidade ou não de produção de provas pelas partes. O Superior Tribunal de Justiça já salientou que “*O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória (STJ - RESP 474475 - SP - 1ª t. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 25.02.2004 - P. 00102).*”

Ademais, o magistrado singular justificou o julgamento antecipado da lide, porquanto ausente a necessidade de produzir provas para o deslinde do feito, destacando que “*a matéria é apenas de direito e de fatos já constantes nos autos, não havendo necessidade de se efetuar a produção de qualquer tipo de prova em audiência e não se justificando, portanto, a dilação da instrução processual, razão pela qual passo ao conhecimento direto do pedido, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil*”.

E acrescentou:

“Insta salientar que o requerimento da autora para produção de prova testemunhal (f. 86/87) não merece acolhimento, vez que a comprovação do suposto dano sofrido depende, igualmente, da existência de conduta ilícita do réu, sendo a prova testemunhal desnecessária no caso em testilha”.

Portanto, a produção de provas mostrou-se desnecessária, não restando caracterizado o alegado cerceamento de defesa.

Neste sentido:

EMBARGOS DE EXECUÇÃO – LOCAÇÃO DE IMÓVEL COM INADIMPLÊNCIA DE ALUGUERES – EMBARGOS ACOLHIDOS VEZ QUE APENAS O EX-INQUILINO SERIA LEGITIMADO PARA FIGURAR O POLO PASSIVO EM AÇÃO EXECUTIVA TENDO POR BASE O TÍTULO EXECUTIVO CONSISTENTE NO CONTRATO DE LOCAÇÃO – APELAÇÃO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO, VEZ QUE, CABE AO JULGADOR, NA PRESIDÊNCIA DO FEITO, DETERMINAR A REALIZAÇÃO DAS PROVAS QUE ENTENDER NECESSÁRIAS PARA O JULGAMENTO, COMO ESTABELECE O ARTIGO 370, CAPUT DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PLEITO DE INCLUSÃO DE IMOBILIÁRIA, BEM COMO SEUS SÓCIOS, NO POLO PASSIVO DA DEMANDA – ILEGITIMIDADE – RECURSO DESPROVIDO (TJSP; Apelação 1039366-13.2016.8.26.0602; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 23/03/2018) Destacado.

Destarte, não há se falar em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por tais razões, afasta-se a preliminar arguida.

Mérito – requisitos da responsabilidade civil do ente público.

Neste ponto, a apelante alega que os documentos acostados nos autos evidenciam o mau procedimento médico realizado quando do atendimento da paciente, especialmente pelo diagnóstico e receituário equivocados de HIV, estando presentes os requisitos necessários para a reparação de danos morais suportados pela autora em razão da falha na prestação dos serviços médicos. Insiste que é objetiva a responsabilidade civil do ente público, não dependendo da prova de dolo ou culpa do agente causador do dano. Assim, requer a procedência dos pedidos iniciais, com a condenação do requerido no pagamento de indenização por danos morais em R\$ 80.000,00, bem como no ônus da sucumbência.

Tenho que a súplica não prospera.

A responsabilidade civil do Estado, que está prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, é objetiva, o que significa que depende da comprovação da ação, do dano e do nexo de causalidade entre um e outro, sendo desnecessária a demonstração de dolo ou de culpa.

No caso em tela, o ato ilícito não restou comprovado.

Como se observa dos autos, a autora alega ter se submetido aos exames pré-natais, sendo que o de HIV teria apresentado resultado positivo. Entretanto, como alertado na sentença, os resultados destes exames, inclusive do HIV positivo, não foram colacionados com a inicial.

E, neste ponto, ainda que a apelante alegue não ter tido acesso a tais documentos, certo que poderia ter adotado medidas judiciais cabíveis para tanto. Porém, nem na inicial, nem na petição de páginas 86/87, a autora requereu a exibição destes documentos.

Ademais, ainda que se possa concluir que, de fato houve um resultado falso-negativo do exame de HIV da autora, as provas colacionadas nos autos afastam a mencionada falha na prestação do serviço médico.

Em relatório médico apresentado pela Dra. Caroline Neder dos Santos Pereira, responsável pelo atendimento da autora, restou apontado que foram realizados três exames rápidos para diagnóstico de HIV, sendo que os três foram positivos. Logo, em razão disso, a paciente foi encaminhada para atendimento especializado, com urgência, em vista de sua condição gestacional, para dar início ao tratamento indicado para pacientes soropositivos, oportunidade em que ainda foram colhidos material para novos exames específicos e confirmação do diagnóstico.

Portanto, é evidente que os primeiros resultados dependiam de confirmação por exames mais aprofundados (ELISA e de determinação de carga viral). E, com a realização destes exames e afastada a presença do vírus HIV/AIDS, a autora foi comunicada de tal fato e suspenso o protocolo clínico de atendimento.

Assim, não é possível afirmar que houve falha na prestação do serviço, mormente a notícia acerca da necessidade de confirmação do resultado positivo mediante exames específicos, os quais foram realizados e refutaram o resultado positivo.

Portanto, entendo que a autora foi previamente informada acerca da necessidade de confirmação do diagnóstico. Ademais, o fato de ter sido inicialmente submetida a tratamento médico para pacientes soropositivos, com ministração de remédios específicos, demonstra, ao contrário do que a autora alega, a adequada postura da médica responsável pelo atendimento da paciente, já que buscou, de forma imediata, prevenir mal maior à paciente e seu feto.

Como bem destacado na sentença, observando-se os autos, *“a médica Carolina Neder S. Pereira, considerando que ‘o caso é suspeito’, pois ‘ainda não ficou pronto em 2ª fase em carga viral’, orientou a ‘encará-lo como positivo’. Assim, as prescrições médicas (f. 17-18 e 19) foram tomadas como precaução diante da suspeita de carga viral, o que, por si só, não tem o condão de ser entendida como conduta ilícita apta a ensejar a reparação civil”*.

Logo, não evidenciado qualquer ato ilícito, ausentes os requisitos necessários para o acolhimento da pretensão recursal, devendo ser mantida a sentença nos termos proferidos.

Diante do exposto, conheço do presente recurso a fim de rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença combatida.

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 11% sobre o valor da causa, sobrestada a cobrança por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

3ª Câmara Cível

Apelação nº 0803129-94.2015.8.12.0017 - Nova Andradina

Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DOAÇÃO DE TERRENO POR MUNICIPALIDADE PARA MORADIA FAMILIAR – DESVIO DE FINALIDADE CONSTATADO – NÃO UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL PARA O FIM DE MORADIA FAMILIAR DENTRO DO PRAZO QUINQUENAL A CONTAR DA EXPEDIÇÃO DO HABITE-SE DA CASA CONSTRUÍDA – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO VALOR DO LOTE MESMO NO CASO EM QUE A LEI QUE AUTORIZA TAL COBRANÇA É EDITADA APÓS O ATO DE DOAÇÃO, POIS AINDA VIGENTE O PRAZO QUINQUENAL DE DESTINAÇÃO EXCLUSIVA DO IMÓVEL À MORADIA FAMILIAR – MEDIDA QUE MELHOR ATENDE AOS LITIGANTES – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ATENDIDOS PELA LEI NOVA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 22 de janeiro de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Dirceu Cassimiro da Silva e outro contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos de ação ordinária ajuizada por município de Nova Andradina, que julgou procedente o pedido inicial, para o fim de condenar os ora apelantes no pagamento da importância de R\$ 16.444,14, a título de indenização por descumprimento de cláusula de instrumento de doação de um lote de terreno para fins de programa social de habitação.

Primeiramente, os apelantes arguem incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.191/2014, que alterou a Lei Municipal 936/2010, que versa sobre a doação dos terrenos que compõem os conjuntos habitacionais Universitário I e II do município de Nova Andradina. Asseveram que a alteração promovida pela primeira na última lei, que permitiu que o ente público cobre indenização pelos terrenos doados no caso de desvio de finalidade, ao invés de apenas revogar referida doação, é inconstitucional, haja vista que a relação é regida pela lei vigente ao tempo da doação, incidindo, portanto, o princípio do *tempus regit actum*. Aduzem que, assim, teria havido violação, pelo ente municipal, do disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

No mérito, requerem a reforma da sentença para que o pedido seja julgado improcedente, ao argumento de que seu sobrinho estava residindo no imóvel em epígrafe até que eles recorrentes conseguissem adequar o bem às necessidades de seu filho, que é portador de deficiência física e que, portanto, não teria havido o

alegado desvio de finalidade, pelo que não haveria se falar em pagamento de indenização. Pugnam, também, pela inversão do ônus de sucumbência.

Intimado, o apelado não ofertou resposta (f. 236).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Primeiramente, o apelante arguiu incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.191/2014, que alterou a Lei Municipal 936/2010, que versa sobre a doação dos terrenos que compõem os conjuntos habitacionais Universitário I e II do município de Nova Andradina. Assevera que a alteração promovida pela primeira na última lei, que permitiu que o ente público cobre indenização pelos terrenos doados no caso de desvio de finalidade, ao invés de apenas revogar referida doação, é inconstitucional, haja vista que a relação é regida pela lei vigente ao tempo da doação, incidindo, portanto, o princípio do *tempus regit actum*. Aduz que, assim, teria havido violação, pelo ente municipal, do disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

Analisando a assim denominada questão preliminar (incidente de arguição de inconstitucionalidade), tenho que não seria o caso de eventualmente se declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.191/2014, tendo em vista o argumento utilizado pela parte, de incidência ou não da norma à hipótese dos autos, por questão de temporalidade. Melhor dizendo, em se reconhecendo que a nova lei não se aplicaria ao caso versado na lide, por questão de tempo de vigência da norma, não haveria, em absoluto, inconstitucionalidade daquela, mas apenas adequação de sua aplicação ou não, do que decorre que, do modo como exposta, a matéria arguida se confunde com o mérito da questão, e juntamente com ele será analisada.

No mérito, em análise do processado, concluo que ao recurso deve ser negado provimento.

Conforme narrado nos autos, os ora apelantes receberam, em doação, o lote de terreno nº 15, do conjunto habitacional Jardim Universitário II, matriculado sob o nº 23.986, do 1º Serviço Registral de Imóveis da Comarca de Nova Andradina, assumindo o compromisso, no termo a f. 22-23, de nele edificar uma moradia, no prazo de 01 (um) ano, e não dar destinação diferente de habitação familiar dos beneficiários por um período de 05 (cinco) anos, a contar do habite-se, nos termos do que dispõe a Lei Municipal nº 936/2010 (f. 45-46). O Termo em questão foi assinado em 29.07.2011 (f. 23).

Em relatório informativo elaborado por órgão ligado à Prefeitura do Município de Nova Andradina, datado de 02.04.2015 (f. 27-28), restou constatado que uma casa foi construída no lote, conforme carta de habite-se de 26.10.2012; ocorre que, no referido levantamento, também foi constatado que o imóvel havia cedido há aproximadamente 05 meses para Djalma Silva do Nascimento, que alegou ser sobrinho do beneficiário principal do imóvel (ora apelante), o que configura o desvio de finalidade, nos termos do que dispõe o termo assinado entre as partes e a Lei Municipal nº 936/2010.

Já em certidão de constatação (de 14.10.2015), cujo ato foi determinado pelo juízo *a quo* em decisão de f. 112-113, restou certificado pelo oficial de justiça que:

“(...) sim, existe edificado no local uma casa residencial em alvenaria, acabada, só falta fazer o muro da frente e calçamento, porém esta residência está vazia, desocupada, sem móveis e sem residentes e seus titulares residem na Rua Milton Modesto, 1782, ‘segundo ele, Dirceu, por motivo de força maior’”(f. 126).

Já em audiência realizada em 06.09.2017, a testemunha Adilson Rafael dos Santos, arrolada pelos próprios apelantes, confirmou que, naquela data, aqueles ainda residiam em imóvel diverso daquele doado pela municipalidade, objeto dos autos.

Tais fatos apenas confirmam o que já havia sido constatado pelo órgão da prefeitura, a saber, o desvio de finalidade do imóvel doado pelo ente público exclusivamente para moradia do beneficiário (ora recorrente) e sua esposa (e filhos, obviamente), seja por cessão do imóvel a terceiro (no caso, sobrinho do apelante, segundo alegado pelo ocupante da casa à época – em abril de 2015), seja pelo abandono do imóvel, consoante constatado pelo oficial de justiça em constatação no local (em outubro de 2015).

É o caso, então, de aplicação das sanções previstas para o caso de descumprimento do termo de doação havido entre as partes, dentre elas a de condenação da parte no ressarcimento do valor do terreno, conforme consta na sentença recorrida, e ante a previsão expressa contida nas Leis Municipais nº 906/2010, 936/2010 e 1.191/2014.

Nesse caso, não merece guarida a alegação contida na preliminar de incidência de inconstitucionalidade, uma vez que não há se falar em impossibilidade de aplicação da sanção prevista na Lei Municipal nº 1.191/2014 que estabelece, facultativamente à pena de retomada do imóvel, a possibilidade de cobrança pelo lote de terreno doado, no caso de desvio de finalidade.

Isso porque, independentemente de a Lei nº 1.191/2014 não estar vigente à época da doação (datada de 29.07.2011), o prazo em que os apelantes não poderiam dar destinação diversa da referente à moradia familiar ao imóvel, de 05 (cinco) anos a contar do habite-se (26.10.2012), ainda estava em curso. Assim, como a Lei Municipal nº 1.191, de 13 de março de 2014, entrou em vigor quando ainda estava transcorrendo o prazo de carência da doação do imóvel, é evidente que se aplica à hipótese dos autos, posto que a norma referente à doação foi e continuou sendo violada no período posterior ao habite-se, pois os recorrentes não conseguiram comprovar que fizeram do imóvel doado sua moradia habitual.

Ademais, não seria oportuno a retomada do imóvel com eventual desmanche da residência lá edificada e eventual necessidade da municipalidade ter de indenizar as benfeitorias lá realizadas, pois tais providências afrontariam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem reger os atos administrativos.

No mesmo sentido do acima esposado é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DA DOAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – APLICAÇÃO DA LEI Nº 1.239/2014 – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - ÔNUS DA PROVA (ART. 373, DO CPC/2015) – DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO COMPROVADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. Discute-se a possibilidade de indenização pelo descumprimento de encargo – desvio de finalidade – na doação de terreno público em conjunto habitacional.

2. Independentemente de a Lei nº 1.239, de 09/12/2014 ser posterior à doação, tem-se que, de acordo com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, não se mostra razoável que se proceda tão somente a reversão da doação, imputando-se ao município o ônus de, posteriormente, indenizar as benfeitorias realizadas no imóvel, o que oneraria o erário público, tendo em vista que a edificação, em geral, superara o valor do terreno. De outro ângulo, também não é razoável penalizar uma família, com poucos recursos, com a perda de tudo o que gastou para edificar no local doado.

3. Comprovado o desvio de finalidade (art. 373, inciso I, CPC/2015), surge para o beneficiário o dever reparatório do erário público, através da indenização prevista na lei.

4. Apelação conhecida e provida. (TJMS. Apelação nº 0802894-30.2015.8.12.0017. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira. Julgamento: 20.09.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DE DOAÇÃO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – ATRIBUIÇÃO DE DOIS TERRENOS PARA A MESMA FAMÍLIA – UNIÃO ESTÁVEL

– IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO DAS NORMAS REGENTES DA DOAÇÃO – EQUIPARAÇÃO DE COMPANHEIROS E CÔNJUGES – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Nos termos da Lei Municipal n. 906/2010, o imóvel doado não pode receber destinação diferente pelo prazo de cinco anos contados do “habite-se”, sendo irrelevante, pois, o prazo de registro da doação. De outro vértice, tal prazo não se confunde com o prazo prescricional para propositura de eventuais demandas envolvendo os imóveis objetos de doação. Isso porque, na esteira da teoria da actio nata, o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que se verifica na data da violação da obrigação pelo donatário. Preliminar de prescrição afastada.

2 - O art. 2º da Lei Municipal 906/2010, ao vedar a concessão do benefício àqueles que sejam proprietários de outro imóvel urbano, registrado ou não, e nem mesmo ser possuidor com animus domini, em seu nome e/ou de seu cônjuge, abrange igualmente os companheiros, pois a teleologia da norma se orienta com vistas à proteção do núcleo familiar.

3 - A Lei Municipal 1.191/2014 autoriza o pedido de indenização, pelo valor atualizado do terreno, quando constatada a ausência do preenchimento dos critérios objetivos para a doação, tratando-se de norma que concretiza o princípio da razoabilidade, evitando a oneração excessiva de qualquer dos litigantes. (TJMS. Apelação nº 0804808-95.2016.8.12.0017. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 10.04.2018).

Dessa forma, é o caso de manutenção integral da sentença, do que decorre o desprovimento deste recurso.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação aviado por Dirceu Cassimiro da Silva e outro para o fim de negar-lhe provimento, e manter a Sentença em seus termos.

Fixo os honorários recursais na importância de R\$ 300,00, a ser acrescida à verba honorária arbitrada em primeira instância, e a ser paga aos advogados do ora apelado. Todavia, suspendo a exigibilidade do referido pagamento, na forma do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

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. Eduardo Machado Rocha.

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, 22 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1413207-47.2018.8.12.0000 - Caarapó

Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE NÃO AUTORIZOU O LEVANTAMENTO DE NUMERÁRIO DEPOSITADO PELO EXECUTADO EM CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE CAUÇÃO POR PARTE DOS EXEQUENTES – PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECURSO QUE, DE ORDINÁRIO, NÃO POSSUI EFEITO SUSPENSIVO – HIPÓTESE DE LEVANTAMENTO PERMITIDA PELO DISPOSTO NO ARTIGO 521, INCISO III, DO CPC, ESPECIALMENTE QUANDO O EXECUTADO NÃO DEMONSTRA O ALEGADO RISCO DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO – DECISÃO REFORMADA PARA PERMITIR O LEVANTAMENTO DO NUMERÁRIO DEPOSITADO NOS AUTOS DE ORIGEM – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Karla Juvêncio Moraes Salazar, irredignada com a decisão do juízo da 2ª Vara da Comarca de Caarapó nos autos de cumprimento provisório de sentença ajuizado contra Caixa Seguradora S.A. que condicionou o levantamento de numerário referente aos honorários advocatícios nos autos de origem ao caucionamento do valor.

Alega que, após ingressar com cumprimento provisório de sentença, a ora agravada efetuou depósito espontâneo nos autos originários, para evitar incidência de multa processual por atraso no pagamento. Aduz que a recorrida apresentou, também, recurso especial junto à Vice-Presidência deste e. Tribunal de Justiça, o qual teve seguimento negado, só restando àquela interpor o agravo previsto no artigo 1.042, do CPC. Afirma que a agravada não apresentou sequer impugnação ao cumprimento de sentença na origem. Assevera que o indeferimento do levantamento da quantia depositada nos autos viola o disposto nos artigos 520, inciso IV e 521, incisos I e III, ambos do CPC. Ressalta que não há se falar em eventual impossibilidade dela agravante ressarcir a agravada dos valores discutidos no feito, pois aquela visa, no recurso especial, rediscutir matéria de fato, o que é vedado pelo próprio STJ, sendo que, portanto, não haveria chance de reforma da sentença recorrida.

Requer a concessão de tutela antecipada recursal para que seja determinada a imediata liberação dos valores depositadas em subconta judicial vinculada aos autos. No mérito, requer a confirmação da liminar.

O pedido de tutela antecipada recursal foi indeferido a f. 311-314.

Em contrarrazões, a agravada pugna pelo desprovimento do recurso (f.318-324).

VOTO (EM 19/02/2019)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Estando presentes os requisitos processuais, conheço do presente agravo de instrumento. Analisando o processado neste agravo, concluo que o recurso deve ser provido.

Atento aos argumentos esposados pela agravante, entendo que são suficientes para reforma da decisão, e conseqüente provimento do agravo.

A questão é regulada pelo disposto nos artigos 520, *caput* e incisos, e 521, do Código de Processo Civil, que, ao tratar de hipótese de levantamento de numerário depositado em cumprimento provisório de sentença, dispõem:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II - o credor demonstrar situação de necessidade;

III - pender o agravo do art. 1.042;

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Conforme se afere por simples análise do contido nos dispositivos legais acima transcritos, é o caso em que a agravada interpôs agravo em recurso especial no processo principal, com fundamento no artigo 1.042, do Código de Processo Civil.

Assim, nada obstante o artigo 520, inciso IV, prever que o levantamento de depósito em dinheiro depende de caução suficiente e idônea por parte do exequente, o artigo 521, inciso III, excepciona essa

obrigatoriedade quando pendente de julgamento o agravo previsto no artigo 1.042, do CPC. E é justamente dessa hipótese que os autos de origem tratam, conforme se conclui da análise do Agravo em Recurso Especial nº 0801195-93.2014.8.12.0031/50002 (ou AREsp nº 1.415.619/MS, número atribuído ao recurso no STJ).

Como o agravo em recurso especial não tem, ordinariamente, efeito suspensivo, não haveria, portanto, qualquer razão para impedir o levantamento do numerário nos autos originários.

Não vislumbro, também ser o caso da hipótese prevista no parágrafo único do artigo 521, do CPC, em que o levantamento não pode ocorrer quando de tal ato possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, haja vista que há apenas alegação de que a agravada não restituirá os valores acaso haja reversão do julgado, sem que haja qualquer evidência nesse sentido. A alegação da ora agravada também não se sustenta porque o STJ não analisa os fatos narrados pelas partes, mas apenas o direito por elas invocado, conforme consta no Enunciado de nº 7 da Súmula daquele Tribunal Superior, sendo deveras incerta a reversão do julgado. Bem por isso o REsp teve seu seguimento negado pela e. Vice-Presidência deste Tribunal.

Ademais, o próprio STJ acaba de negar seguimento, por intempestividade, ao recurso especial da parte adversa, por decisão exarada em 04.02.2019, conforme consta de cópia de documento a f. 334-335.

No mesmo sentido de todo o acima esposado é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO – DISPENSA – ART. 521, INCISO III, DO CPC/2015 – AGRAVOS INTERPOSTOS NA INSTÂNCIA SUPERIOR – PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Segundo o disposto no art. 521, inciso III, do CPC/2015 deve ser dispensada a caução quando o cumprimento provisório de sentença encontra-se embasado em decisão mantida pelo Tribunal de Justiça e os recursos interpostos na Instância Superior tratam-se de agravos, sem efeito suspensivo. Deve ser aplicado ao caso o princípio da máxima utilidade da execução, que visa à plena satisfação do exequente, tendo em vista que por mais de seis anos o credor bem tentando receber o seu crédito. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411604-36.2018.8.12.0000. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 23.01.2019).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL – INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO – POSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DE VALORES SEM CAUÇÃO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 523, §§ 1º E 2º DO CPC/2015 EM CASO DE DESCUMPRIMENTO OU CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1405852-83.2018.8.12.0000. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento: 15.08.2018).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – PEDIDO DE LEVANTAMENTO DO VALOR DEPOSITADO – NECESSIDADE DE CAUÇÃO – RISCO DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A condição à prestação de caução para o levantamento de valor no cumprimento provisório de sentença na pendência de agravo em recurso especial à prestação de caução depende da verificação de risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, o que não se observa na hipótese. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1409406-26.2018.8.12.0000. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgamento: 17.10.2018).

Insta salientar, por último, que a agravada sequer aviou impugnação ao cumprimento de sentença no feito de origem, limitando-se a informar o depósito do valor *sub judice*.

Dessa forma, é o caso de reforma da decisão recorrida, e consequente provimento deste recurso.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento aviado por Karla Juvêncio Moraes Salazar para o fim de dar-lhe provimento, e, em reformando a decisão recorrida, autorizar o levantamento do numerário depositado nos autos originários, independentemente da prestação de caução.

Conclusão de julgamento adiado, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Julizar), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 26/02/2019)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º vogal)

Está em julgamento agravo de instrumento interposto por Karla Juvêncio Moraes Salazar contra decisão monocrática que exigiu caução para o levantamento de numerário referente aos honorários advocatícios objeto de cumprimento provisório de sentença.

O relator, Des. Nélio Stábile, deu provimento ao recurso autorizando o levantamento do numerário depositado nos autos originais, independentemente de caução, por entender estar presente a hipótese do artigo 521, inciso III, do CPC, que excepciona a exigência da caução prevista no art. 520, IV, CPC.

Pedi vista para melhor analisar os autos e estou convencido que devo acompanhá-lo, porque o fato que impediu o magistrado de primeiro grau de liberar o valor foi a pendência de julgamento do agravo de instrumento em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que a agravante informou que a Corte Superior não conheceu o recurso por intempestividade (f. 333-335), cessando, portanto, o óbice ao pleito.

Assim, voto acompanhando o i. Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º vogal).

Acompanho o voto do relator.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 0801361-24.2015.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ALEGAÇÃO DE QUE SOFRERA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DESNECESSÁRIA–ERROEMDIAGNÓSTICO–FATOSNÃOCOMPROVADOS–INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 12 de março de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nildeci Azevedo de Souza em face da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nestes autos movidos contra César Adania e Clínica de Radiologia São Conrado Ltda, que julgou improcedente a ação e condenou a requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios nos importe de 15% sobre o valor atribuído à causa.

A autora ingressou com ação judicial por sentir dificuldades de movimentação do indicador esquerdo, a pedido médico, submeteu-se a um exame de ultrassom, em 28/08/2014, exame esse realizado na clínica requerida; o médico requerido indicou uma cirurgia, em caráter de urgência (f. 8) porque, segundo ele, o laudo do ultrassom indicava uma ruptura do tendão flexor do II dedo ao nível da falange média (f. 9-11); ao realizar a cirurgia, em 03/09/2014, o médico ortopedista, Carlos Augusto Laureano Leme, constatou que não havia ruptura dos tendões flexores, os quais estavam todos intactos (f. 15-23). Requereu indenização por danos materiais, no valor mínimo de 25 salários mínimos, bem como indenização por danos morais, no valor mínimo de 50 salários mínimos. O feito fora julgado improcedente, tendo a apelante recorrido alegando que aos recorridos caberia demonstrar que não agiram com imprudência, negligência ou imperícia ao elaborar o laudo de ultrassom, e ao indicar a cirurgia em caráter de urgência, devido a ruptura do tendão flexor do II dedo nível da falange média de sua mão esquerda. Alega ser frágil a prova testemunhal que consistiu no depoimento de uma funcionária dos recorridos e de um colega-médico que declarou expressamente ser cliente habitual da clínica ré. Aduz que os dois médicos “amedrontaram” a paciente, afirmando-lhe tratar-se de lesão grave, tendo inclusive a apelante o risco de perder não apenas aquele, mas os outros dedos da mão esquerda. Por essas razões pugna pelo provimento recursal para o fim de procedência recursal.

Em contrarrazões os apelados pugnam pela manutenção da sentença tal qual lançada.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

A apelante alega que em decorrência de diagnóstico equivocado feito pelos requeridos fora obrigada a se submeter a intervenção cirúrgica desnecessária, fato que lhe causou prejuízos materiais e emocionais.

O laudo do ultrassom realizado pela autora, em seu dedo indicador apontam a conclusão da ruptura do tendão flexor do II dedo ao nível da falange média. Assim, em razão dessa conclusão a autora fora submetida a intervenção cirúrgica. Ocorre que durante o procedimento operatório, o cirurgião tirou fotos (f. 16-19) e conferiu laudo médico afirmando que a paciente “*não apresenta lesão de tendões flexores, sendo por isto realizada somente tenólise*”.

Diante desse segundo laudo a autora entendeu haver direito em ressarcimento por prejuízos sofridos.

Em uma primeira análise há que se pensar que a autora faz jus a referida indenização. Todavia, em análise detalhada dos autos verifica-se que a autora, ora apelante, não faz jus à indenização por danos materiais e morais.

Em audiência foram ouvidas, em depoimento pessoal a autora, o requerido e testemunhas elucidativas.

A autora relatou todo o ocorrido e o requerido afirmou que em momento algum sugeriu qualquer intervenção cirúrgica na autora, fazendo apenas constar a ocorrência de ruptura do tendão.

Ressalto que em oitava, a testemunha Maurício Érnica em seu depoimento técnico possibilitou a conclusão da improcedência do feito, da mesma forma como desse recurso de apelação. A testemunha afirma que o “rompimento” de um tendão nem sempre quer dizer que o mesmo fora seccionado, e sim, que pode ter ocorrido a “descontinuidade das fibras”. Assim, um resultado de ultrassom (com descontinuidade das fibras, mas sem rompimento) pode suggestionar um diagnóstico de ruptura que não existiu; que a decisão de operar ou não um paciente diante de um laudo desses é do cirurgião ou médico que assiste ao paciente; que em havendo dúvidas, diante do exame clínico aliado ao ultrassom, deve ser pedido exame de ressonância magnética (padrão outro), para saná-las; que o exame de ultrassom é apenas complemento não podendo ser tomado como diagnóstico.

Aliado a esse depoimento, a senhora Karyn Chistyni Almeida, em que pese ser funcionária do requerido, trabalhando como auxiliar de sala, digitando os laudos proferidos por aquele, afirmou que apesar de não se recordar da autora, tendo em vista atender diversos pacientes, o requerido nunca antecipa qualquer diagnóstico ou prescreve medicamento ou indica cirurgias.

Ressalto que tomando por base esses dois depoimentos e também a prova documental (laudo do requerido - f. 9), concluso que inexistente qualquer determinação ou sugestão cirúrgica por parte do requerido. A autora por sua vez, alega equívoco no diagnóstico, tendo sido indevidamente realizada a intervenção cirúrgica, razão que a faz ingressar com a medida judicial e requerer condenação indenizatória.

Ocorre que diante do segundo laudo, verificou-se a necessidade do procedimento cirúrgico eis que consta que “*não apresentava lesões de tendões flexores, sendo por isto realizada somente tenólise*”. Quer-se com isso dizer que houve a liberação dos tendões da autora, procedimento necessário para o seu problema.

Diante de todo o esposado acima, tenho por primeiro que inexistente comprovação de que o requerido tenha sugerido qualquer procedimento cirúrgico para a autora. Ademais, inexistente também, qualquer evidência de erro no laudo do requerido. Mesmo porque a cirurgia realizada em verdade era necessária, eis que possibilitou a liberação dos tendões da autora.

Ante o exposto conheço do recurso e nego-lhe provimento para o fim de manter incólume a sentença tal qual lançada em todos os seus termos e por seus próprios fundamentos. Condeno a apelante em honorários recursais no importe de 2% sobre o valor da causa.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 12 de março de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0800285-20.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – RECONVENÇÃO – PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* – POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CONTRATAÇÃO DE SEGURO PROTEÇÃO FINANCEIRA – VÁLIDA – COBRANÇA DE TARIFAS DE REGISTRO DE CONTRATO E DE AVALIAÇÃO DO BEM – POSSIBILIDADE – RESP REPETITIVO Nº 1.578.553. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O princípio *pacta sunt servanda* não é absoluto, deve ser interpretado de forma relativa, em virtude do caráter público das normas violadas no contrato, possibilitando, portanto, a revisão das cláusulas havidas por abusivas e ofensivas à legislação nacional, em especial o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e o Decreto 22.626/33.

É válida a cobrança da tarifa de seguro proteção financeira se previamente contratado e com menção às cláusulas contratuais e aos direitos e garantias do consumidor acerca do referido seguro.

Orientação jurisprudencial no STJ, manifestada em incidente de recurso repetitivo, instaurado no REsp nº 1.578.553/SP, determinou-se a “*validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento da despesa com o registro do contrato, ressalvada a abusividade da cobrança do serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso*”.

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, 23 de janeiro de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Aldemir Santana Gomes interpôs apelação em face da sentença (f. 92-109) proferida em 03/10/18 por Denize de Barros Dódero Rodrigues, juíza da 17ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, que na ação de busca e apreensão com pedido de liminar ajuizada por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em desfavor do recorrente julgou procedentes os pedidos iniciais e parcialmente procedente o pedido revisional feito em sede de reconvenção oposta pelo recorrente.

Em razões recursais (f. 114-121), alega que o valor cobrado a título de “seguro proteção financeira” deve ser excluído, pois configura venda casada.

Afirma que os valores pagos pelo registro do contrato e pela avaliação do bem também devem ser excluídos, haja vista que interessam exclusivamente à instituição financeira.

Requer (f. 120-121):

“Ante o exposto, requer-se que o presente recurso seja conhecido e provido para o fim de reformar a sentença e excluir do contrato (f. 16) a cobrança de R\$ 821,55 como ‘seguro proteção financeira’, R\$ 219,95 pelo ‘registro contrato’ e R\$ 395,00 a título de ‘tarifa avaliação, reavaliação e substituição do bem’, tudo resultando em R\$ 1.436,50.

Em consequência, sejam os ônus da sucumbência redistribuídos na reconvenção”.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 124-126), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aldemir Santana Gomes, objetivando a reforma da sentença (f. 92-109) proferida em 03.10.18 pela juíza da 17ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, que na ação de busca e apreensão com pedido de liminar ajuizada por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em desfavor do recorrente julgou procedentes os pedidos iniciais e parcialmente procedente o pedido revisional feito em sede de reconvenção oposta pelo recorrente.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 107-109):

“Por essas razões, nos termos e limites da fundamentação expendida, com fundamento no art. 487, I, do CPC:

A) Julgo procedente a pretensão desta ação de busca e apreensão formulada pelo autor, tornando definitiva a liminar concedida initio litis, para consolidar em seu favor o domínio e a posse plena e exclusiva do bem, levantando-se o depósito e facultando-se a venda extrajudicial do bem, observando-se a norma contida no art. 2º, caput, do Decreto-Lei 911/69, sendo que o preço obtido deverá ser aplicado no pagamento do crédito e despesas decorrentes, entregando-se ao devedor eventual saldo apurado com base nos parâmetros da presente decisão.

Condeno a parte requerida ao pagamento das custas e honorários, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa, ficando ressalvada a exigibilidade da obrigação, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC por ser beneficiária da justiça gratuita.

B) julgo parcialmente procedente o pedido revisional feito em sede de reconvenção para:

i) Declarar a ilegalidade da taxa de juros remuneratórios prevista na cédula de crédito bancário, substituindo-a pela taxa média de mercado vigente na época da contratação (abril/2016 - 2% ao mês ou 26,77% ao ano), tanto para o período de normalidade quanto para o de mora;

ii) Determinar a redução do valor referente à “tarifa de cadastro” para a quantia de R\$ 399,41.

Ainda, determino a compensação, de forma simples, do que a parte ré/reconvinte tiver pago a maior em relação às cobranças ora afastadas, devendo ser aplicado no abatimento do saldo contratual.

No mais, considerando a sucumbência parcial, as custas e honorários da reconvenção deverão ser rateados entre os demandantes, na proporção de 70% para a parte ré/reconvinte e 30% para a parte autora/reconvinda (honorários em favor do Funadep).

Outrossim, estabeleço o valor total dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa e ressalvo que a obrigação relativa às verbas sucumbenciais quanto à parte ré/reconvinte fica suspensa (art. 98, § 3º, CPC).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos com as baixas de estilo”.

Em razões recursais (f. 114-121), alega que o valor cobrado a título de seguro proteção financeira deve ser excluído, pois configura venda casada.

Afirma que os valores pagos pelo registro do contrato e pela avaliação do bem também devem ser excluídos, haja vista que interessam exclusivamente à instituição financeira.

Requer (f. 120-121):

“(…) Ante o exposto, requer-se que o presente recurso seja conhecido e provido para o fim de reformar a sentença e excluir do contrato (f. 16) a cobrança de R\$ 821,55 como ‘seguro proteção financeira’, R\$ 219,95 pelo ‘registro contrato’ e R\$ 395,00 a título de ‘tarifa avaliação, reavaliação e substituição do bem’, tudo resultando em R\$ 1.436,50.

Em consequência, sejam os ônus da sucumbência redistribuídos na reconvenção”.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 124-126), pugnando pelo improvimento do recurso.

Relato da demanda

Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A ajuizou ação de busca e apreensão em face de Aldemir Santana Gomes, ao argumento de que em razão do contrato de financiamento nº 20024705109, celebrado em 25/4/16, concedeu crédito no valor líquido de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), que deveria ser pago em 36 (trinta e seis) prestações de R\$ 680,06 (seiscentos e oitenta reais e seis centavos), com início em 25/05/16, sendo destinado à aquisição do veículo marca Volkswagen, modelo Voyage I Motion 1.6, ano 2011, placa NRL-3272 (sob a modalidade de alienação fiduciária).

Alegou que o requerido deixou de cumprir as obrigações pactuadas, ficando inadimplente a partir da parcela com vencimento em 25/9/17 e que mesmo constituído em mora (notificação extrajudicial), permaneceu inerte.

Requeru a concessão da liminar e, ao final, a procedência dos pedidos para consolidar a propriedade e a posse exclusiva do bem a seu favor.

À f. 29, foi deferida a liminar de busca e apreensão do bem.

Em contestação (f. 42-59), o requerido também ofertou reconvenção, oportunidade em que postulou pela descaracterização da mora, em razão da cobrança de valores abusivos e pela devolução do veículo.

Postulou pela revisão do contrato para declarar a abusividade dos juros remuneratórios contratados, limitando-os à taxa média de mercado, declarar abusiva a cobrança da “tarifa de cadastro”, declarar nula as cláusulas que transferem ao consumidor o pagamento de “tarifa avaliação, reavaliação e substituição do bem”, “registro contrato” e “seguro proteção financeira” e declarar nula a cláusula 1.2 do contrato.

Mandado de busca, apreensão e citação foi cumprido à f. 78-80.

Comprovante de remoção de restrição veicular à f. 81.

Impugnações oferecidas pelo requerente/reconvindo à f. 82-91, ratificando os pedidos iniciais.

Sobreveio a sentença objeto deste recurso.

Antes de adentrar ao mérito do recurso, convém esclarecer que o requerente firmou contrato de financiamento (f. 16-18), em abril de 2016, com o requerido no valor de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), acrescido de tarifa de avaliação, reavaliação e substituição do bem (R\$ 395,00), IOF (R\$ 503,82), CET (3,39% a.m. e 50,13% a.a.), seguro proteção financeira (R\$ 821,55), tarifa de registro de contrato (R\$ 219,95) e tarifa de cadastro (R\$ 599,00).

Como forma de pagamento, restou pactuada 36 (trinta e seis) parcelas de R\$ 680,06 (seiscentos e oitenta reais e seis centavos), com início em 23/5/16 e término em 23/4/19, e previsão de taxa de juros remuneratórios de 2,30% a.m. e 31,31% a.a.

O requerente interpôs o presente recurso no intuito de reformar a sentença para declarar nula as cláusulas contratuais que transferem ao reconvinte/apelante os encargos das tarifas contratuais de registro do contrato e de avaliação do bem e do seguro proteção financeira. Passo à análise do mérito.

Revisão contratual

Na atualidade, já não é aceitável alegar-se o *pacta sunt servanda* para legitimar cláusulas contratuais que autorizam, dentre outras práticas, o anatocismo; a incidência de encargos financeiros e ou juros elevados; multa; a cumulação destes com a comissão de permanência e correção monetária.

Primeiro, porque a relação jurídica que lhes deu origem é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor e, frente a tais disposições, as chamadas cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, cujo reconhecimento poderá ocorrer a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição; muito mais se inseridas nos chamados contratos de adesão.

Segundo, porque o instituto da *pacta sunt servanda*, concebido pelo liberalismo no pressuposto de que a convenção dava-se entre partes livres e iguais, precisa ser repensado à luz do direito moderno, buscando reformular os antigos conceitos jurídicos, adaptando a nova realidade social à realidade jurídica, sob pena de incorrerem no risco de aplicar aos fatos, conceitos já ultrapassados.

Humberto Theodoro Júnior registra, *in prefácio* da obra *Introdução ao Direito Civil*, de Orlando Gomes¹, que a noção de contrato, outrora baseado no acordo de vontades entre as partes, que após várias negociações preliminares conciliavam interesses contrapostos ou divergentes, encontra-se consideravelmente afetada pela complexidade da vida moderna.

Segundo o jurista citado, os contratos que fizeram erigir o princípio do *pacta sunt servanda* tiveram a sua qualidade alterada pelos chamados contratos de massa, típico das operações bancárias; das operações de seguros e outros. São os chamados contratos adesão, nos quais uma das partes, aproveitando-se da sua condição de supremacia, força a outra a aceitar suas regras, fugindo inteiramente à noção do antigo contrato.

Ainda para Humberto Theodoro Júnior, a Teoria do negócio jurídico foi forçada a ceder diante das novas relações, que não mais aceitava seus fundamentos lógicos, deixando a ética do dever e da liberdade impotentes para proporcionar a segurança exigida pelas novas relações jurídicas.

Também se mostram oportunas sobre o tema, as reflexões de Daniel Sarmento², nos seguintes termos:

“Neste contexto, assume especial relevo a discussão em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais³. Com efeito, se tais direitos foram concebidos, no constitucionalismo liberal burguês, como limitações erigidas ao poder estatal em prol da liberdade dos governados, torna-se evidente que, no mundo contemporâneo, eles devem ampliar seu campo de incidência. De fato, como o poder e a opressão são capilares, estando disseminados em toda parte, os direitos humanos também devem assumir a mesma onipresença, para proteger o homem em todos os quadrantes de sua vida.

1 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, p. XXIII-XXVII.

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem jures, 2004, p.3-4.

3 Também nominada, entre outras, de Eficácia horizontal dos direitos fundamentais; Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Enfim, numa sociedade em que, tal como na fazenda dos bichos de George Orwell, ‘todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros’ proteger os ‘menos’ iguais tornou-se uma das principais missões dos direitos fundamentais. Sob esta perspectiva, os direitos humanos deixaram de ser vistos como apenas do Estado, na medida em que outros atores não-estatais, são convocados para o mesmo palco, chamados à suas responsabilidades para construção de uma sociedade mais justa, centrada na dignidade da pessoa humana”.

Em se tratando de outorga de crédito, ou concessão de financiamento, o consumidor deve ser, previamente, informado sobre os juros e demais acessórios contratados.⁴

Se tais cláusulas foram elaboradas unilateralmente por uma das partes, sem que a outra pudesse discutir o seu conteúdo, só por isso já contrariam o direito e, por evidente, são nulas ou comportam revisão judicial, necessariamente interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Aliás, são nesse sentido as disposições dos arts. 6º, 47 e 51 do CDC.

Confira-se:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

“Art. 47. As cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que;

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

Sensíveis a tais transformações, desembargadores do Tribunal de Justiça deste Estado têm decidido pela possibilidade de revisão de tais contratos.

Veja-se:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – POSSIBILIDADE DE REVISÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – JUROS REMUNERATÓRIOS – TAXA DE JUROS CONTRATADA MENOR QUE A TAXA MÉDIA DO MERCADO – DESNECESSIDADE DE LIMITAÇÃO

1. O princípio pacta sunt servanda não é absoluto, deve ser interpretado de forma relativa, em virtude do caráter público das normas violadas no contrato, possibilitando, portanto, a revisão das cláusulas havidas por abusivas e ofensivas à legislação nacional, em especial o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e o Decreto 22.626/33.

2. Seguindo a linha perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem na Constituição Federal a fonte primária de sua competência e, agora, legalmente autorizado pelo artigo 543-C do CPC para decidir sobre os recursos especiais repetitivos, deve-se

⁴ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva a outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

(...)

II - o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III – acréscimos legalmente previstos.

respeitar o princípio do colegiado advindo da mesma Corte para ceder ao seu entendimento e perfilar a orientação de que os juros remuneratórios não estão delimitados em 12% ao ano, mas sim devem ser havidos como os da taxa média de mercado, divulgada mensalmente pelo Banco Central do Brasil, ou do contrato, se menor.

CAPITALIZAÇÃO MENSAL HAVIDA COMO CONTRATADA – PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP REPETITIVO. RESp 973.827 – RS.

1. A capitalização dos juros em periodicidade mensal é admitida para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000 (MP nº 1.963-17/2000), desde que pactuada.

2. Considera-se pactuada a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal, sendo tal fato suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada, seguindo, assim, o precedente criado pelo julgamento do recurso especial repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, sob nº 973.287-RS.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.058.114-RS – LICITUDE DO ENCARGO, DESDE QUE CONTRATADO.

É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência. (Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/02/2016; Data de registro: 19/02/2016 - destacado)

Desta forma, o princípio de que o contrato faz lei entre as partes e, por isso, é de observância obrigatória, não é absoluto. Logo, é legítima a pretensão do requerente, para revisar cláusulas constantes de relações contratuais firmadas com o requerido.

Seguro proteção financeira

Consta no contrato que o seguro proteção financeira foi pactuado, visto tratar de contrato de adesão no ato da contratação do empréstimo.

Verifica-se que a contratação de seguro, de forma impositiva já foi considerada abusiva pelo Superior Tribunal de Justiça, quando, em contratos de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), se impunha a adesão à cláusula, vinculando o consumidor à seguradora pertencente ao mesmo grupo econômico empresarial da instituição financeira mutuante (REsp Repetitivo nº 969.129/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, DJe 15/12/2009; REsp 804.202/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 03/09/2008).

Relativamente aos contratos de mútuo bancário em geral, é sabido que a inserção dessa cláusula no contrato é condicionada à aceitação do consumidor, geralmente se ofertando as opções de contratação com ou sem seguro.

Na espécie, restou demonstrado que este foi contratado, pois sua cobrança se dá com base no contrato de cédula de crédito bancário, f. 16, onde consta inclusive no custo efetivo da operação, o que comprova a pactuação deste encargo.

Veja-se (f. 16):

Valor Seguro Proteção Financeira <input checked="" type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não / R\$ 821,55	Valor Outros Seguros 0,00	Valor Registro Contrato 219,95
--	-------------------------------------	--

Tarifa de Cadastro para início de relacionamento:
 solicito a prestação do serviço à FINANCEIRA, mediante pagamento da tarifa de cadastro para início de relacionamento;
 Tarifa Cadastro (TC): R\$ 599,00 Financiada: Sim Não
 opto por entregar os documentos que me foram solicitados.

Valor Total Financiado **16.539,32**

Local e Data <i>Campo Grande, MS 27/06</i>	Emitente <i>Albina Santana Carol</i>
Avalista 1 CPF:	Cônjuge Anuente
Avalista 2 CPF:	Cônjuge Anuente

Ageria Certificada: LUIZ ANTONIO SARAIVA BARRETO CPF: 704.732.778-51 Nº Certificado: 0330007582081015
 1* via negociável - Credor / Demais vias não negociáveis - Emissor, Avalista, DETRAN

Neste sentido, o Tribunal de Justiça vem entendendo que:

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS. SÚMULA VINCULANTE Nº 7 DO STF – INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 539 E 541 DO STJ – ABUSIVIDADE CONSTATADA – SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA E SEGURO DA SORTE – VENDA CASADA NÃO DEMONSTRADA – LEGALIDADE DAS COBRANÇAS – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO DA PARTE AUTORA NÃO PROVIDO – RECURSO DO BANCO PARCIALMENTE PROVIDO. Reforma-se em parte a sentença tão somente para declarar a legalidade da cobrança do seguro de proteção financeira e seguro da sorte, porquanto, uma vez que a autora anuiu com a cobrança dos “seguros”, somado ao fato de que eles se encontram expressamente previstos no contrato, bem como demonstrado que o banco repassou à autora as informações claras e adequadas sobre os serviços (art. 6º, III, do CDC), legítima é a respectiva cobrança. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, já decidiu que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os seus sentimentos violados. Simples aborrecimento não pode ensejar indenização por esta espécie de dano, visto que faz parte da vida cotidiana, não trazendo maior consequência ao indivíduo. (TJMS. Apelação Cível nº 0815589-64.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Rel.: Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 05/06/2018, p: 06/06/2018)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO – RECURSO DO RÉU (AUTOR DA RECONVENÇÃO) – TARIFA DE REGISTRO DE CONTRATO E DE AVALIAÇÃO DO BEM – ILEGALIDADE – SEGURO PROTEÇÃO – MANUTENÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. É ilegal a cobrança de tarifas de registro de contrato e de avaliação do bem, pois transfere para o consumidor despesas inerentes à atividade comercial da instituição financeira. II. Não há qualquer ilegalidade na cobrança de Seguro de Proteção Financeira, haja vista que foi livremente pactuado e se reverte em benefício do próprio devedor. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – JUROS REMUNERATÓRIOS – TAXA MÉDIA DE MERCADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. I. É possível o julgamento parcial do mérito (art. 356, NCP), nos casos de afetação de teses pelos Tribunais Superiores, em face de recursos repetitivos ou de repercussão geral, ou mesmo pela Justiça Estadual no caso de incidente de resolução de demandas repetitivas. II. O Tribunal da Cidadania assentou que as instituições financeiras possuem autonomia para fixarem taxas de juros remuneratórios, não estando sujeitas à limitação de 12% a.a., conforme dispõe a Lei da Usura. Contudo, sua cobrança não pode estar em disparate exagerado com a taxa média de mercado do Banco Central”. (TJMS. Apelação Cível n. 0820355-63.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Rel.: Des. Alexandre Bastos, j: 25/05/2018, p: 30/05/2018)

Da análise dos autos, verifica-se que o contrato prevê a cobrança do seguro em campo destacado, juntamente com os demais dados financeiros do contrato, formando o preço final do serviço fornecido, tendo, portanto, o apelante concordado em pagar as parcelas previstas no contrato com os valores e condições apontados, ao assinalar sim quanto à aceitação e à forma de pagamento financiada, assinando em seguida. Tudo em conformidade ao que exigem os arts. 6º, III, e 54, § 4º, ambos do CDC.

Diante deste fato, mantenho a sentença recorrida neste ponto.

Tarifa de registro de contrato e de avaliação do bem

O contrato prevê a cobrança de tarifa de registro do contrato (R\$ 219,95) e de avaliação do bem (R\$ 395,00).

Embora o entendimento na 4ª Câmara Cível tenha se consolidado no sentido de que suas cobranças seriam abusivas, estando em desacordo com as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em recente decisão acerca do tema (28/11/2018), no REsp nº 1.578.553/SP submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou a seguinte tese:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – TEMA 958/STJ – DIREITO BANCÁRIO – COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM – PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA – EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO – DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO – DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS – POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO – 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. 3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros (“serviços prestados pela revenda”). 3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ. REsp repetitivo nº 1.578.553/SP, Rel: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j: 28/11/18, p: 06/12/18)

Nesse sentido, da análise dos autos, verifica-se que as cobranças relativas às tarifas de avaliação do bem e de registro do contrato foram expressamente previstas no instrumento contratual assinado pelo apelante.

Veja-se (f. 16):

VI - ESPECIFICAÇÃO DO CRÉDITO			
Valor do bem/serviço:	33.900,00	Valor da entrada:	19.900,00
Tarifa Avaliação, reavaliação e substituição de Bem:	R\$395,00	Financiado	<input checked="" type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
Valor do IOF:	503,82	Vlr da parcela	680,06
		Qtd de parcelas	36
Vencimento das parcelas		Taxa de juros cliente (%)	Taxa de juros subsidiada (%)
Primeira 23/05/2016 / Última 23/04/2019		2,30 a.m/ 31,31 a.a	0,00 a.m/ 0,00 a.a
CEY (%)	Forma Pagamento	Vlr juros remuneratórios	
3,39 a.m/ 50,13 a.a	<input checked="" type="checkbox"/> Carnê <input type="checkbox"/> Cheque <input type="checkbox"/> Débito em Conta	2,30% ao mês, em caso de inadimplência	
Valor Seguro Proteção Financeira	Valor Outros Seguros	Valor Registro Contrato	
<input checked="" type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não / R\$ 821,55	0,00	219,95	
Tarifa de Cadastro para Início de relacionamento:			
<input checked="" type="checkbox"/> solicito a prestação do serviço à FINANCEIRA, mediante pagamento da tarifa de cadastro para início de relacionamento;			
Tarifa Cadastro (TC): R\$ 599,00 Financiada: <input checked="" type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não			
<input type="checkbox"/> opto por entregar os documentos que me foram solicitados.			
Valor Total Financiado		16.539,32	

Local e Data: <i>Campo Grande MS</i>	Emitente: <i>Aldemir Santana Gomes</i>
Avalista 1	Cônjuge Anuente
CPF:	
Avalista 2	Cônjuge Anuente
CPF:	

Além disso, em momento algum foi colocado em dúvida se o serviço foi ou não prestado pelo apelado, bem como não restou demonstrada vantagem exagerada por parte da instituição financeira, sendo, portanto, legais.

Diante deste fato, mantenho a sentença recorrida neste ponto.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Aldemir Santana Gomes, 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. Amaury da Silva Kuklinski

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, 23 de janeiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0801146-58.2018.8.12.0016 - Mundo Novo

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. REGISTRO TARDIO DE INDÍGENA – AUTORA/APELANTE QUE POSSUI APENAS O REGISTRO ADMINISTRATIVO INDÍGENA – ART. 4º, INCISO I, DA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3 DO CNJ E CNMP – O RANI É DOCUMENTO VÁLIDO E SUFICIENTE PARA O REGISTRO TARDIO – EXIGÊNCIA DE FORMALISMOS DESARRAZOADOS – VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O registro tardio de indígena pode ser realizado mediante a apresentação do Registro Administrativo Indígena – RANI (art. 4º, I, da Resolução Conjunta n. 3 do CNJ e CNMP).

Deve ser anulada a sentença que extingue o processo sem resolução do mérito, atrelando-se tão somente a formalismos desarrazoados que violam a garantia constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88).

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Zelia Vera interpôs apelação em face da sentença (f. 18), proferida em 08/10/18, por Guilherme Henrique Berto de Almada Juiz da 2ª Vara da Comarca de Mundo Novo que, na ação de registro tardio proposta pela recorrente indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Em razões recursais (f. 21-25), alega que o juiz *a quo* indeferiu a inicial porque não foi juntado nos autos os documentos solicitados. Todavia, a apelante não tem outros documentos senão o registro administrativo indígena (RANI).

Requer (f. 24):

“seja anulada a sentença e que seja determinado o prosseguimento da instrução processual do pedido”.

Não há contrarrazões (f. 26).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 34-38, opinando pela provimento do recurso para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à comarca de origem para prosseguimento.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Zelia Vera, objetivando a reforma da sentença (f. 18), proferida em 08/10/18, por Guilherme Henrique Berto de Almada, juiz da 2ª Vara da Comarca de Mundo Novo que, na ação de registro tardio proposta pela recorrente indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Confira-se o teor do dispositivo da sentença (f. 18):

“(...) Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, indefiro a petição inicial e EXTINGO O PROCESSO, nos termos dos artigos 485, I e 321, parágrafo único, ambos do CPC.

Sem custas ou honorários, ficando deferido os beneplácitos da justiça gratuita. Oportunamente, archive-se com as baixas de estilo.

P.R.I.C.”.

Em razões recursais (f. 21-25), alega que o juiz *a quo* indeferiu a inicial porque não foi juntado nos autos os documentos solicitados. Todavia, a apelante não tem outros documentos senão o registro administrativo indígena (RANI).

Requer (f. 24):

“(...) seja anulada a sentença e que seja determinado o prosseguimento da instrução processual do pedido”.

Não há contrarrazões (f. 26).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 34-38, opinando pelo provimento do recurso para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à comarca de origem para prosseguimento.

Relato da demanda

Zelia Vera ajuizou o procedimento de jurisdição voluntária denominado “registro tardio”, objetivando a feitura de seu registro de nascimento civil.

Alegou que é analfabeta e não possui documentos, apenas o Registro Administrativo Indígena (RANI).

Afirmou que é filha de Manoel Mateus e Verônica Oliveira, mas que *“seus pais sempre moraram na Aldeia e nunca tiveram interesse de fazer seus documentos civis, sendo que nunca necessitou de tais documentos. Por isso, jamais tomou providências para fazer seus documentos civis”* (f. 1).

Aduziu que *“(...) pretende a tutela jurisdicional, pois se vê impossibilitada de se tornar cidadã, eis que não possui documentos civis e não pode fazer o título de eleitor e identidade civil”* (f. 2).

Requeru (f. 2-3):

“a) Seja julgado procedente o presente pedido, expedindo-se mandado para o Cartório de Registro Civil da cidade de Japorã-MS, para que se proceda ao assento de nascimento da requerente Zelia Vera, brasileira, nascida na Aldeia Porto Lindo, na cidade de Japorã-MS, no dia 08/09/1969, filha de Manuel Mateus e Verônica de Oliveira, tendo como avós paternos: Sr. Rui Mateus e Maria Galeano e avós maternos: Sr. Tomaz de Oliveira e Vicenta de Oliveira, conforme registro de nascimento Indígena (doc. anexo)

b) A intimação da representante do Ministério Público;

c) Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidas, como o documento ora colacionado (registro de nascimento indígena) e especialmente pela oitiva das testemunhas e informantes que deverão ser intimados (rol abaixo);

d) Requer finalmente os benefícios da justiça gratuita na forma do artigo 98 e seguintes do CPC, colacionando para tanto declaração do próprio punho, tendo em vista que a requerente é pobre na forma da lei, colacionando declaração do próprio punho”.

Foi determinada a emenda da inicial (f. 10) e, após, foi certificado o decurso do prazo sem manifestação da autora (f. 17).

Sobreveio a sentença recorrida (f. 18).

Pois bem.

Pretende a apelante a anulação da sentença de f. 18, para determinar o retorno dos autos à origem com seu regular processamento.

Da análise dos autos, verifica-se que a autora/apelante, na inicial, afirmou ser indígena e analfabeta, assim como aduziu não possuir outros documentos, exceto o RANI.

Sustentou que pretende com o provimento da tutela jurisdicional se tornar cidadã, com a futura emissão de título de eleitor e documento de identidade civil.

O juiz *a quo*, ciente destas informações, determinou a emenda da inicial nos seguintes termos (f. 10):

“Vistos...

I - Defiro as benesses da justiça gratuita;

II - Apresente a parte autora, em quinze dias, cópia dos documentos de seus pais (de preferência do registro civil, caso não tenham, RANI e se já vieram a óbito, a respectiva certidão que ateste o falecimento). Na mesma oportunidade deve a parte autora apresentar rol de testemunhas e o endereço de seus pais, caso sejam vivos e indicar se compreendem e falam (autora, seus pais e testemunhas) a língua portuguesa;

III - Cientifique-se a FUNAI a respeito desta demanda, para, querendo, intervir no feito. Prazo: 10 dias;

IV - Após, ao MPE e conclusos”.

Ante a inércia da autora/apelante em providenciar a emenda da inicial (conforme certidão de f. 17), foi proferida a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito.

Com efeito, nos termos do art. 4º, I, da Resolução Conjunta nº 3 do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o registro tardio de indígena pode ser determinado judicialmente mediante a simples apresentação do RANI.

Confira-se:

“(...) Art. 4º. O registro tardio do indígena poderá ser realizado: I - mediante a apresentação do RANI”. (destacado)

Por sua vez, é sabido que o registro de nascimento civil de indígenas é facultativo, conforme se infere do art. 1º da Resolução Conjunta nº 3 do CNJ e do CNMP, que assim dispõe:

“(...) Art. 1º. O assento de nascimento de indígena não integrado no Registro Civil das Pessoas Naturais é facultativo”.

De fato, os indígenas são registrados em livros próprios da Funai, que é órgão responsável pela emissão do RANI. No caso dos autos, o RANI de Zelia Vera consta à f. 7.

Ressalta-se que o registro tardio de nascimento dos indígenas não aculturados não segue as regras comuns, pois, segundo Luiz Guilherme Loureiro¹:

“O registro de tais indivíduos poderá ser feito a pedido da Funai ou do interessado, ocasião em que deverá ser apresentada certidão ou comprovante do registro administrativo perante o órgão federal de assistência ao indígena (registro administrativo de nascimento de indígena - RANI). Este documento, por si só, constituirá título hábil para o registro civil de nascimento”.

Desta forma, verifica-se que a sentença de extinção foi proferida, de certa forma, precipitadamente, porquanto deveria, prudentemente, ter concedido à autora/apelante nova oportunidade de manifestação nos autos ou, até mesmo, considerar o documento de f. 7 como título hábil para o registro civil de nascimento.

No caso, a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito apresenta-se com excesso de rigor e formalismo processual.

Tenho que deve o magistrado ater-se aos princípios do contraditório e da ampla defesa buscando a maior prestação e celeridade na prestação jurisdicional, e não retroceder a evolução moderna do pensamento processual.

O exercício da jurisdição tem que ser ponderado, de acordo com os princípios da instrumentalidade, razoabilidade e boa-fé dos litigantes, cabendo ao juiz ter sensibilidade e julgar, acima de tudo, com bom-senso.

O processo é meio para alcançar a solução dos conflitos de interesse, e não um fim em si mesmo, exatamente como acontece no presente caso. O que importa é a finalidade do ato e não ele em si considerado, até porque se puder atingir seu objetivo, terá cumprido a sua função no ordenamento jurídico, concretizando o espírito da norma.

O julgador não deve, portanto, ater-se à literalidade da lei em detrimento do escopo jurídico pleiteado.

Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, no qual se busca a solução mais justa e razoável de interesses privados, hipótese em que o juiz não está adstrito à legalidade estrita, tenho que o recurso deve ser provido, para a finalidade de bem e fielmente prestar a tutela jurisdicional pleiteada, atendendo, assim, sua função principal que é a de pacificação social.

Caso em que este é também o entendimento do representante da PGJ, que assim discorreu no parecer de f. 34-38:

“Por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, no qual se busca a solução mais justa e razoável aos interesses privados, circunstância em que o juiz não está adstrito à legalidade estrita, denota-se que o recurso merece ser provido, para a finalidade de bem prestar a tutela jurisdicional, atendendo, assim, sua primordial missão, que é a de pacificação social”.

Confiram-se os julgados acerca do tema, neste Tribunal:

“REGISTRO CIVIL TARDIO – FILIAÇÃO – PROVIMENTO Nº 05/2007 – EXTINÇÃO DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE INTERESSE – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

O direito ao registro tardio é pretensão que envolve matéria complexa que deve ser resolvida através do reconhecimento judicial, pois exige o manejo do amplo contraditório.

O art. 46 da Lei de Registros Públicos determina que o registro de nascimento tardio só poderá ser registrado mediante decisão do juiz de direito da circunscrição do requerente.

¹ Luiz Guilherme Loureiro. **Registros públicos**: teoria e prática. 4ª ed., Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 83.

Ademais, dado o princípio da efetividade da jurisdição, não pode o magistrado monocrático atrelar-se a formalismos injustificáveis a ponto de violar a garantia constitucional do exercício do direito à ação”. (destacado) (TJMS. Apelação nº 0004344-84.2005.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Cível, Rel.: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, j: 03/09/07, p: 24/09/07)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – REGISTRO TARDIO DE ÓBITO DE INDÍGENA – INDÍGENA POSSUI APENAS O REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO DE ÍNDIO (RANI) – DOCUMENTO VÁLIDO E SUFICIENTE PARA O REGISTRO DE ÓBITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”. (destacado) (TJMS. Apelação nº 0802683-67.2014.8.12.0004, Amambai, 5ª Câmara Cível, Rel.: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 24/05/16, p: 31/05/16)

Neste sentido, tenho que deve ser anulada a sentença que extingue o processo sem resolução do mérito, atrelando-se tão somente a formalismos desarrazoados que violam a garantia constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88). Isto porque poderia ter sido concedido à autora/apelante nova oportunidade de manifestação nos autos ou, até mesmo, considerar o documento de f. 7 como título hábil para o registro civil de nascimento, haja vista se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, no qual se busca a solução mais justa e razoável de interesses privados, hipótese em que o juiz não está adstrito à legalidade estrita.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Zelia Vera, e dou-lhe provimento para anular a sentença de f. 18, determinado-se o retorno dos autos à comarca de origem, para regular prosseguimento do trâmite processual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

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, 30 de janeiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0801153-48.2016.8.12.0007 - Cassilândia

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL – PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – VALOR APURADO EM CONFORMIDADE COM DECRETO EXPROPRIATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO – INOCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O valor da indenização deve recompor o patrimônio do expropriado com quantia que não sirva de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou expropriado, em observância ao princípio constitucional da justa indenização (art. 5º, XXIV, da CF/88).

Em se tratando de desapropriação amigável, inexistindo nos autos qualquer notícia de irresignação dos expropriados no tocante ao preço avençado ou de ressalva quanto ao pagamento de valor remanescente, torna-se irrefutável a conclusão de que concordaram com o valor da indenização.

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, 30 de janeiro de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

José Aparecido de Oliveira e Luzia Ramos do Prado Oliveira interpuseram apelação em face da sentença (f. 111-115) proferida em 29/10/18 por Flávia Simone Cavalcante Costa, juíza da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, que na ação de cobrança proposta em desfavor do município de Cassilândia, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 122-130), alegam que o município de Cassilândia causou prejuízo ao patrimônio dos apelantes,

“(...) porquanto deliberadamente desapropriou o imóvel de propriedade destes por preço vil, utilizando-se de meios não convencionais como pressão e ameaças sob o argumento de que a não aceitação do acordo proposto redundaria na desapropriação do imóvel de qualquer jeito e por qualquer preço” (f. 124).

Aduzem que são pessoas simples e foram coagidos à época pela autoridade municipal a aceitar a proposta de desapropriação do imóvel.

Asseveram que o valor pago na desapropriação do imóvel foi menor que o valor médio de mercado, devendo a diferença ser complementada pelo município apelado.

Requerem (f. 130):

“Recebimento deste apelo. Recebido, pede-se o seu conhecimento e provimento, nos termos expostos, para se reformar a retro sentença proferida em f. 111-115, a fim de acolher o pedido da inicial, condenar o apelado ao pagamento de custas processuais e honorários sucumbenciais, na forma da lei”.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 134-136), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Aparecido de Oliveira e Luzia Ramos do Prado Oliveira, objetivando a reforma da sentença (f. 111-115) proferida em 29/10/18 pela juíza da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, que na ação de cobrança proposta em desfavor do município de Cassilândia, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira o teor do dispositivo da sentença (f. 114-115):

“Diante do exposto, com base no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente a pretensão inicial formulada por José Aparecido de Oliveira e Luzia Ramos do Prado contra o município de Cassilândia.

Diante da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, os quais, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, fixo em 10% sobre o valor da condenação, ficando o pagamento de tais verbas suspensas, nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Se apresentada apelação por qualquer das partes, intime-se a parte contrária para apresentar contrarrazões, em 15 dias. Se apresentada apelação adesiva junto com as contrarrazões, intime-se o apelante contrarrazoá-la, em 15 dias. Após, encaminhem-se os autos ao Tribunal de Justiça para julgamento do(s) recurso(s).

Transitada em julgado, nada sendo requerido, arquivem-se os autos”.

Em razões recursais (f. 122-130), alegam que o município de Cassilândia causou prejuízo ao patrimônio dos apelantes,

“(…) porquanto deliberadamente desapropriou o imóvel de propriedade destes por preço vil, utilizando-se de meios não convencionais como pressão e ameaças sob o argumento de que a não aceitação do acordo proposto redundaria na desapropriação do imóvel de qualquer jeito e por qualquer preço” (f. 124).

Aduzem que são pessoas simples e foram coagidos à época pela autoridade municipal a aceitar a proposta de desapropriação do imóvel.

Asseveram que o valor pago na desapropriação do imóvel foi menor que o valor médio de mercado, devendo a diferença ser complementada pelo município apelado.

Requerem (f. 130):

“Recebimento deste apelo. Recebido, pede-se o seu conhecimento e provimento, nos termos expostos, para se reformar a retro sentença proferida em págs. 111-115, a fim de acolher o pedido da inicial, condenar o apelado ao pagamento de custas processuais e honorários sucumbenciais, na forma da lei”.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 134-136), pugnando pelo improvimento do recurso.

Relato da demanda

José Aparecido de Oliveira e Luzia Ramos do Prado Oliveira ajuizaram ação de cobrança em face do município de Cassilândia, ao argumento de que eram legítimos proprietários, em condomínio, do imóvel de matrícula nº 22.804, que foi desapropriado pelo requerido em 2011.

Alegaram que a desapropriação se deu sob ameaças de que, caso não concordassem com a venda do imóvel, o requerido desencadearia ação judicial de desapropriação que poderia resultar em indenização inferior àquela oferecida extrajudicialmente (R\$ 190.000,00).

Asseveraram que o valor oferecido foi pago em duas parcelas, sendo uma no ato da assinatura da escritura e a outra no dia 19/12/11.

Aduziram que, após a negociação, solicitaram um laudo de avaliação por corretor de imóveis, o qual concluiu que, naquela época, o imóvel valia R\$ 300.000,00. Nesse sentido, requereram o recebimento da diferença entre esses valores (a saber, R\$ 110.000,00).

Em contestação (f. 51-56), o requerido arguiu, preliminarmente, ilegitimidade ativa, e, no mérito, alegou que a desapropriação foi amigável, sendo as partes maiores e capazes à época, não existindo possibilidade de rediscussão sobre o valor da indenização paga pelo município. Negou que os requerentes tenham sido forçados a assinar qualquer transação e requereu a improcedência do pedido. Subsidiariamente, requereu que a pretensão dos autores seja limitada à sua quota parte no imóvel.

Na decisão de saneamento do feito (f. 62-64), a prejudicial de mérito foi afastada, sendo determinada a realização de avaliação do imóvel à época do fato, bem como designada audiência de instrução e julgamento.

Laudo de avaliação e fotografias foram juntadas à f. 78-82.

Na audiência (f. 92), foram ouvidas as testemunhas, tendo sido apresentadas alegações finais à f. 96-104 e 106-109.

Sobreveio a sentença recorrida.

Da desapropriação amigável

Sobre a matéria, a Constituição Federal estabelece:

“(...) 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 a vida, a liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade de utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (destacado)

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

Pedro Lenza¹ aponta:

“(...) Como regra geral, assegura-se o direito de propriedade, que deverá atender à sua função social, nos exatos termos dos arts. 182, § 2º, e 186 da CF/88.

Esse direito não é absoluto, visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e, desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV).”

Bem se sabe que a desapropriação:

“(...) é procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, pagável em dinheiro, (...)”².

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles³,

“(...) desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para superior) para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização (...)”⁴.

Na hipótese, incontroverso nos autos que a desapropriação ocorreu por força de Decreto Municipal nº 2.758/2011 que declarou o imóvel de matrícula nº 22.804 de utilidade pública, bem como o acordo de vontades dos demandantes, que foi reduzido a termo (f. 17-20). Assim, a composição das partes opera-se em torno do valor indenizatório.

Hely Lopes Meireles discorre, no tocante à indenização, que⁴:

“(...) 2.1.9.1. Indenização justa: a indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; se não o for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogados e correção monetária.

Na justa indenização inclui-se também a correção monetária, tomando-se por base o índice oficial”⁵.

Sabe-se que o valor da indenização deve recompor o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação, não devendo ser atribuído nem mais nem menos.

A expropriação também não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou expropriado, em observância ao princípio constitucional da justa indenização.

Merece destaque também a lição proferida por Diogenes Gasparini⁵:

“(...) Exige a CF que a indenização seja justa, sem o que a desapropriação não se aperfeiçoa. Destarte, cabe saber o que é essa justa indenização, já que a legislação não a

1 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 766.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 601.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 623.

5 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 646.

define. Justa é a indenização paga ao expropriado e que mantém inalterável seu patrimônio. Antes e depois da desapropriação tem-se, em valor, o mesmo montante, idêntico patrimônio. Com a desapropriação esse montante não se altera. A quantidade patrimonial é a mesma, embora tenha variado a composição dos bens. (...) Em suma: é a que possibilita ao expropriado adquirir outro bem equivalente ao tomado pelo Poder Público. Para que assim seja, a indenização deve cobrir, além do valor real do bem expropriado, as benfeitorias, a exemplo da cobertura florestal, os juros moratórios, os juros compensatórios, a correção monetária e as despesas judiciais e civis realizadas pelo expropriado em razão direta da desapropriação”.

Consta dos autos que o imóvel objeto da expropriação foi avaliado pelo presidente e membros da comissão municipal de avaliação de imóveis rurais e urbanos em R\$ 192.000,00 (cento e noventa e dois mil reais), conforme laudo de f. 11-12, datado de 17/11/11, que assim informou:

“(...) Nós abaixo assinados, presidente e membros da comissão municipal de avaliação de imóveis rurais e urbanos, nomeados por intermédio da Portaria n° 666/2011, de 04 de novembro de 2011, para avaliar uma casa residencial em alvenaria com seu respectivo lote de terreno urbano com área superficial de (1.060,00m²) de propriedade de Maria Fatima de Oliveira Martelini e outros, localizados neste município, procedemos a uma vistoria in loco, e para determinação do valor do imóvel acima descrito, efetuou-se pesquisa junto aos corretores de imóveis do município e ao setor de tributação da prefeitura municipal de Cassilândia, onde determinamos o valor médio de R\$ 192.000,00 (cento e noventa e dois mil reais)”.

Foram juntados nos autos o termo de acordo entre as partes (f. 17-20), por meio do qual consta que os apelantes anuíram com os seus termos, recebendo como pagamento da desapropriação a quantia de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais).

Veja-se (f. 19):

“(...)

Em virtude do Decreto Municipal n° 2.758/2011, de 30 de novembro de 2011, que declarou de utilidade pública para fins de desapropriação amigável ou judicial, o imóvel descrito, pertencente aos acordados acima mencionados, com destinação e finalidade para construção, instalação e funcionamento de clínicas, nesta cidade.

Os acordados acima mencionados resolvem prevenir litígio, conciliando-se na seguinte forma:

1° Os acordados, ora expropriados, concordam com a desapropriação amigável, bem como, com os valores das avaliações realizadas pela comissão de avaliação municipal.

2° E, o município de Cassilândia/MS, paga a título de desapropriação amigável referente aos imóveis acima descritos, a importância de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), valor este que será pago, em 02 (duas) parcelas da seguinte forma:

a) A primeira (1ª) parcela no valor de R\$ 100.000,00 que será paga no ato da assinatura da escritura.

b) E a segunda (2ª) e última parcela no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) que será paga no dia 19 de dezembro de 2011;”

Com a inicial, os apelantes juntaram unilateralmente laudo elaborado por corretor credenciado, produzido em 22/05/14, no qual discorre que o imóvel à época valia R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) – f. 22-23.

Confira-se:

“(…) VI – Da Avaliação:

O imóvel estava avaliado no valor de (R\$ 300.000,00) trezentos mil reais entre novembro e dezembro de 2011”

Com efeito, se os expropriados, à época, aceitaram o valor oferecido pelo expropriante, formalizando o acordo administrativo sem qualquer ressalva, não podem agora contra ele se insurgir, salvo se comprovarem a existência de vício de consentimento. Isto porque a desapropriação amigável constitui negócio jurídico e, subscrito por partes capazes, só pode ser anulada por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (art. 171, II, do CC/02).

Se nenhum desses vícios foi comprovadamente invocado pelos antigos proprietários do imóvel expropriado, não há como acolher o pedido de complementação do valor da indenização.

Acerca disso, transcreve-se parte da fundamentação da sentença (f. 112):

“(…) Os autores, após terem ciência da avaliação realizada por profissional da prefeitura à época, anuíram com a quantia ofertada, venderam a área e passaram quitação. A posterior discordância com o valor fixado e acordado pelas partes para a indenização, por si só, não permite aos contratantes sua alteração.

Destaca-se que os requerentes não trouxeram aos autos qualquer documento que indique a coação alegada, limitando-se a dizerem na inicial que os representantes do município, na época, lhes induziram mediante ameaça de ajuizarem ação judicial de desapropriação. Entretanto, não demonstram se chegaram a buscar qualquer informação com profissional competente para lhes informar os efeitos da ação de desapropriação, já que esta, em princípio, se trataria da justa indenização pelo imóvel, com avaliação judicial atualizada da propriedade, ou seja, o fato de o requerido ter dito aos autores que, se não acordassem quanto ao valor da indenização amigavelmente, ajuizaria ação de desapropriação não constitui ameaça propriamente dita, mas decorrência lógica do interesse público ou social declarado sobre o imóvel”. (destacado)

A prova testemunhal, colhida em audiência (f. 92), também não aponta qualquer vício que tenha induzido os apelantes em erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude, acerca do valor indenizatório.

Vejam-se as afirmações (f. 98-100):

“(…) Testemunha Zilmar Rezende Tiago

Que conheceu a propriedade dos requerentes e sabe que o imóvel foi vendido para a prefeitura; que na época da venda já era vizinho do imóvel; que presenciou o advogado da requerida Altair visitando o imóvel. Viu ele falando que o prefeito queria comprar aquela área para trazer uma empresa pra li; que a empresa era a Dentoflex; que ouviu comentário em relação de preço, se não acertasse no preço que a prefeitura queria pagar; ia desapropriar, precisava daquela área; que viu o Prefeito no local algumas vezes; que o Prefeito falava na redondeza que queria trazer uma empresa pra li; que ficou sabendo que o valor da desapropriação foi de R\$ 190.000,00; que depois de desapropriado os requerentes permaneceram morando no imóvel por mais de ano; que depois de desapropriado nenhuma empresa chegou a movimentar no local. Como vizinho ouviu de José Aparecido que queria R\$ 300.000,00 pelo imóvel. Perguntado se sabia dizer se o requerente foi pressionado para fazer o negócio disse que o que sabe nesse sentido é que se ele não vendesse não entrasse num acordo no preço eles iam desapropriar; mandar a caneta lá.

Testemunha Wilson Cardozo Reis

Que alugava um salão na propriedade de José Aparecido; que esse salão faz parte do imóvel, mas não sabe se foi desapropriado; que lá permaneceu até março de 2012; que o dono José Aparecido pediu para ele sair porque era inquilino dele e tinha vendido o prédio para a prefeitura.

Que existia três salões e duas casas dentro do terreno; que presenciou a presença de pessoal da prefeitura o advogado Altair. Pelo que ficava sabendo diretamente deles e que viria uma empresa instalar naquele lugar, que era Dentoflex; que depois saiu do salão e não teve acesso a nada; que acha que depois da desapropriação o requerido permaneceu morando no local.

Testemunha Rosemar Alves de Oliveira

Que fez avaliação do imóvel dos requerentes que fica na rotatória e faz frente para três ruas; que fez a perícia em 2014, levando-se conta os valores retroativos a 2011; que ficou sabendo que o imóvel foi vendido para a prefeitura, não sabendo o valor exato; que era vereador na época e soube que era para instalar no local uma tal de Dentalflex, uma coisa assim; que a empresa não chegou a vir para a cidade e pelo que sabe ela não existia no município; que atualmente no seu ponto de vista o imóvel vale em torno de quatrocentos a quatrocentos e cinquenta mil reais. Quando fez a visita no local já tinha desmanchado algumas benfeitorias mas existia em torno de uns duzentos metros de construção.

Testemunha Luciene Dias Rodrigues

Que alugava um salão de propriedade de José Aparecido que ficava na Rotatória da Av. Presidente Dutra, onde permaneceu por cerca de dois anos; quando saiu do salão o imóvel tinha sido vendido para a prefeitura; quando alugava os requeridos moravam ali, que existiam no terreno duas casas e dois salões, que presenciou a ida de funcionários da prefeitura no local na época da venda; que não conhecia as pessoas mas diziam que eram funcionários da prefeitura, procurando pelos proprietários; que conhece Dr. Altair Leonel que ele esteve por lá algumas vezes, que não eles falavam que era para desocupar logo senão eles iam desmanchar. Eles falaram que ia colocar um consultório de dentista lá, depois que era corpo de bombeiros”.

Ressalta-se, ainda, que os apelantes poderiam, à época da negociação (a saber, no ano de 2011), ter realizado pesquisa de mercado para avaliação do imóvel objeto da lide, assim como foi feito em 2014 (quando da solicitação do laudo de f. 22-24 à corretora particular), a fim de evitar a alegada discrepância do valor referente ao pagamento da indenização.

Considerando-se, portanto, que cada uma das partes formularam avaliações unilaterais que geraram valores consideravelmente distintos, e não existindo provas suficientes de que o acordo de desapropriação amigável se encontra eivado de vícios aptos a gerar a anulabilidade do negócio entabulado, a improcedência do pedido de complementação da indenização é medida que se impõe, pois entende-se que os autores anuíram de forma voluntária com o valor pago pelo apelado.

Desse modo, sem razão os apelantes quanto à insurgência em relação ao valor da indenização, motivo pelo qual a sentença não comporta reforma.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por José Aparecido de Oliveira e Luzia Ramos do Prado Oliveira, 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. Amaury da Silva Kuklinski.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abs Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 0009259-26.2011.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – SOCIEDADE DE ADVOGADOS – ISSQN – INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DECLARATÓRIA QUE DETERMINA A COBRANÇA DE ACORDO COM A BASE DE CÁLCULO PREVISTA EM LEI ESPECÍFICA – ALÍQUOTA FIXA – LEGITIMIDADE DA CDA – POSSIBILIDADE DE READEQUAÇÃO DO VALOR – REFAZIMENTO DOS CÁLCULOS COM A BASE DE CÁLCULO ADEQUADA – VALIDADE DA CDA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO.

Discute-se no presente recurso a possibilidade de aplicação dos efeitos de sentença transitada em julgado, proferida em ação declaratória, à execução fiscal em curso, e, em caso afirmativo, os efeitos incidentes na respectiva Certidão de Dívida Ativa (CDA).

Os efeitos da sentença declaratória transitada em julgado não podem ser limitados pela sentença dos presentes embargos à execução fiscal, primeiro, em razão dos efeitos óbvios da coisa julgada (artigos 502 e 503, CPC/15), e, segundo, em razão do claro efeito *ex tunc* que emana da referida proferida na ação declaratória, haja vista a ausência de qualquer limitação temporal em seu comando dispositivo.

A sentença proferida na ação declaratória não impôs óbice à cobrança do ISSQN, contudo, determinou incidência de nova base de cálculo, prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), vedando o fisco municipal de proceder à cobrança com base no faturamento da sociedade autora.

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 maioria, dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e o 2º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Aires Gonçalves e Advogados Associados S/S contra sentença proferida nos Autos nº 0009259-26.2011.8.12.0001 pelo juiz da Vara Execução Fiscal Municipal da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: embargos à execução fiscal opostos pelo apelante contra o município de Campo Grande como defesa na Execução Fiscal nº 0811985-52.2002.8.12.0001, aduzindo, em suma, a nulidade da execução, ante o reconhecimento da ilegalidade da tributação de ISSQN sobre o faturamento da sociedade, questão já reconhecida na Ação Declaratória nº 001.09.032540-1 (f. 01-12).

Sentença: julgou improcedente o pedido inicial, atribuindo a sucumbência atribuída ao réu, sem fixação de honorários de sucumbência (f. 70-78).

Apelação: interposta pela embargante Aires Gonçalves e Advogados Associados S/S, sustentando, em suma, a nulidade da execução, ante o reconhecimento da ilegalidade da tributação de ISSQN sobre o faturamento da sociedade, conforme reconhecido na Ação Declaratória nº 001.09.032540-1 (f. 81-89).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do(a) recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 92-95).

VOTO (EM 05/09/2018)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a possibilidade de aplicação dos efeitos de sentença transitada em julgado, proferida em ação declaratória, à execução fiscal em curso, e, em caso afirmativo, os efeitos incidentes na respectiva Certidão de Dívida Ativa (CDA).

Juízo de admissibilidade

Registro que a sentença recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 11/07/2016 (f. 79); tendo a respectiva intimação ocorrido em 18/07/2016 (f. 80), enquanto que o recurso do réu foi interposto em 04/08/2016 (f. 81).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 87-89).

Excesso de execução e aproveitamento da Certidão de Dívida Ativa (CDA)

Em síntese, aduz o apelante que a sentença deve ser reformada a fim de declarar a extinção da execução, devido a alegada ausência de título válido, já que a sentença proferida na Ação Declaratória de nº 0032540-79.2009.8.12.0001, declarou a ilegalidade da cobrança do ISS com base de cálculo sobre o faturamento da sociedade.

Aduz que, diferentemente do que concluiu a sentença, existem na sentença, proferida na ação declaratória, dois momentos distintos interligados pela conjunção “e”, a determinar a possibilidade de aplicação de seus efeitos também para o futuro, pois, na primeira parte a sentença declarou a ilegalidade da forma que o município ora apelado estava tributando o apelante, e, na segunda, reconheceu a necessidade de que seja aplicado o modo de tributação previsto na legislação específica, o que deve ser levado em consideração para o reconhecimento da ilegalidade da CDA.

A sentença, ao julgar improcedente o pedido formulado nos embargos à execução fiscal, concluiu que:

“[...] O embargante não tem razão.

Conforme se vê na cópia da sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, autos do Processo 001.09.032540-1, realmente respondeu-se positivamente à tese de que em face do disposto no art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68, sem nenhuma relevância advinda com a edição da Lei Complementar 116/03, a sociedade de advogados deve recolher o ISS segundo o regime especial definido no dispositivo acima referido.

Aquela sentença, firmada em novembro de 2009, para um pedido articulado no mesmo ano, trouxe, entretanto, uma limitação temporal ao determinar que o município de

Campo Grande 'passe ... a adotar a forma de tributação prevista nos §§ 1º e 3º, do art. 9º do Decreto-Lei 406/68' (f. 26). O verbo foi usado como indicação de tempo futuro; daquilo por vir. Não se referiu aos lançamentos anteriores.

O julgamento do recurso (f. 31 e ss), não introduziu modificação temporal.

Descabe, portanto, falar em amplitude, abrangência, ou outro designativo de alcance da sentença para eficácia retroativa aos lançamentos feitos antes do aforamento do pedido, principalmente porque a apresentação da questão pelo juízo não trouxe referências sobre a eficácia de algum lançamento ou mesmo cobrança. (...) Na ausência de aclaratórios, a única interpretação possível é de estar determinado pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, que o embargado passasse a observar a formula lá indicada quando fosse considerar o ISS devido pelo embargado. Também cabe considerar aqui, ter o embargante omitido qualquer especificação sobre o alcance que esperava obter com a sentença para as obrigações já lançadas e até mesmo àquelas que sabia serem objeto de execução.

Bem examinados os autos da execução e o que ficou na demanda perante o outro juízo, ressaí com maior relevo a constatação sobre a desconsideração da obrigação motivadora da execução.

Verifica-se dos autos em apenso ter o embargante arguido exceção de pré-executividade em 31/10/2006, o que é suficiente para comprovar por si mesmo o conhecimento do embargante sobre as obrigações já em execução. A falta de especificação obrigou que o juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Público considerasse a pretensão nos termos em que foi formulada e que permitia claro exercício de defesa, ou seja, qual o regime do ISS por ser observado. Isso definiu o verbo da sentença no tempo futuro.

Em outras palavras, ao tempo do aforamento do outro processo - 2009 - estava no pleno conhecimento do lá autor a reclamação sobre dívida de ISS em curso nos autos em apenso, porém optou por não incluí-la na demanda. A sentença fez determinação ao fisco para momento futuro e não foi embargada para esclarecimento. Seu alcance, por isso só respondeu para o que viria depois do pedido.

Rejeita-se, então, a tese principal dos embargos quanto a repercussão daquela sentença à obrigação aqui embargada, eis que não houve nenhuma referência e ainda não pode ser ignorada a limitação temporal fixada pelo juízo indicando estar momento muito posterior a determinação feita ao lá requerido e aqui embargado. [...].” (f. 74-75)

Da análise dos autos se vê que a sentença proferida na Ação Declaratória de nº 0032540-79.2009.8.12.0001 declarou o seguinte:

“(...) Diante do exposto, julgo procedente a presente ação, a fim de declarar ilegal a forma como o requerido vem tributando a requerente a determinar que passe o Município de Campo Grande a adotar a forma de tributação prevista nos §§ 1º e 3º do art.9 do Decreto-Lei 406/68, confirmando a liminar anteriormente concedida.”

Os efeitos da sentença declaratória transitada em julgado não podem ser limitados pela sentença dos presentes embargos à execução fiscal, primeiro, em razão dos efeitos óbvios da coisa julgada (artigos 502 e 503, CPC/15), e, segundo, em razão do claro efeito *ex tunc* que emana da referida proferida na Ação Declaratória de nº 0032540-79.2009.8.12.0001, haja vista a ausência de qualquer limitação temporal em seu comando dispositivo.

Saliente-se que o trânsito em julgado da sentença declaratória ocorreu em 13/07/2010, ou seja, antes da propositura dos presentes embargos à execução fiscal – portanto, ainda no curso da execução fiscal – , não podendo, por isso, a sentença dos embargos à execução fiscal impor condição de eficácia à coisa julgada formada antes de sua propositura.

A sentença proferida na ação declaratória não impôs óbice à cobrança do ISSQN, contudo, determinou incidência de nova base de cálculo, prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968

(alíquota fixa), vedando o fisco municipal de proceder à cobrança com base no faturamento da sociedade autora.

Assim, diferentemente do que pleiteia o devedor-embargante, a ação de execução fiscal não deve ser extinta, devendo prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não perdendo a Certidão de Dívida Ativa (CDA) a sua legitimidade, sendo cabível, na espécie, a mera adequação do valor a ser pago, mediante simples recálculo aritmético, para se adequar à forma de cobrança que considere a base de cálculo prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), conforme determinado na ação declaratória.

A propósito, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontram-se vários exemplos de adequação de eventual excesso de execução em execução fiscal, por simples cálculo aritmético, inclusive quando se declara inconstitucional a norma legal que embasou a emissão da Certidão de Dívida Ativa (CDA), sem se reconhecer, portanto, de imediato, a nulidade desta.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ARTIGO 543-C, DO CPC – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) ORIGINADA DE LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO (DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88) – VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER REVISTO – INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO – ILIQUIDEZ AFASTADA ANTE A NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO PARA EXPURGO DA PARCELA INDEVIDA DA CDA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR FORÇA DA DECISÃO, PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, QUE DECLAROU O EXCESSO E QUE OSTENTA FORÇA EXECUTIVA – DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.

1. O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a fortiori, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

2. Deveras, é certo que a fazenda pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

3. In casu, contudo, não se cuida de correção de equívoco, uma vez que o ato de formalização do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (DCTF), encampado por desnecessário ato administrativo de lançamento (Súmula 436/STJ), precedeu à declaração incidental de inconstitucionalidade formal das normas que alteraram o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.

4. O princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do Codex Tributário, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito.

5. O caso *sub judice* amolda-se no disposto no caput do artigo 144, do CTN (“O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.”), uma vez que a autoridade administrativa procedeu ao lançamento do crédito tributário formalizado pelo contribuinte (providência desnecessária por força da Súmula 436/STJ), utilizando-se da base de cálculo estipulada pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, tendo sido expedida a Resolução 49, pelo Senado Federal, em 19.10.1995.

6. Consequentemente, tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação posteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico, o que, inclusive, encontra-se, atualmente, preceituado nos artigos 18 e 19, da Lei 10.522/2002, verbis: “Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) VIII - à parcela da contribuição ao programa de integração social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores; (...) § 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis.

(...)” Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I - matérias de que trata o art. 18;

(...).

§ 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)” 7. Assim, ultrapassada a questão da nulidade do ato constitutivo do crédito tributário, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal (artigos 475-B, 475-H, 475-N e 475-I, do CPC).

8. Consectariamente, dispensa-se novo lançamento tributário e, a fortiori, emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA – BASE LEGAL – ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/1998 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF – PRESUNÇÃO DE CERTEZA, DE LIQUIDEZ E DE EXIGIBILIDADE INALTERADA – APURAÇÃO DE POSSÍVEL EXCESSO POR MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ – JULGADO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Cuida-se de recurso especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 para definição do seguinte tema: “se a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, pelo STF, afasta automaticamente a presunção de certeza e de liquidez da CDA, de modo a autorizar a extinção de ofício da Execução Fiscal”.

2. O *leading case* do STJ sobre a matéria é o REsp 1.002.502/RS, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, ocasião em que Segunda Turma reconheceu que, a despeito da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, a CDA conserva seus atributos, uma vez que: a) existem casos em que a base de cálculo apurada do PIS e da Cofins é composta integralmente por receitas que se enquadram no conceito clássico de faturamento; b) ainda que haja outras receitas estranhas à atividade operacional da empresa, é possível expurgá-las do título mediante simples cálculos aritméticos; c) eventual excesso deve ser alegado como matéria de defesa, não cabendo ao juízo da execução inverter a presunção de certeza, de liquidez e de exigibilidade do título executivo (REsp 1.002.502/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/12/2009).

3. Essa orientação acabou prevalecendo e se tornou pacífica no âmbito do STJ: AgRg nos EREsp 1.192.764/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 15/2/2012; AgRg no REsp 1.307.548/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/3/2014; AgRg no REsp 1.254.773/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2011; REsp 1.196.342/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/12/2010; REsp 1.206.158/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; AgRg no REsp 1.204.855/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16/10/2012; AgRg no REsp 1.182.086/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10/10/2011; AgRg no REsp 1.203.217/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.204.871/PE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011; AgRg no REsp 1.107.680/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/4/2010.

4. Embora alguns precedentes acima citados façam referência ao REsp 1.115.501/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, como representativo da tese ora em debate, cumpre destacar que o tema afetado naquela oportunidade se referia genericamente à possibilidade de prosseguir a Execução Fiscal quando apurado excesso no conhecimento da defesa do devedor. É o que se verifica na decisão de afetação proferida por Sua Excelência: “O presente recurso especial versa a questão referente à possibilidade de alteração do valor constante na Certidão da Dívida Ativa, quando configurado o excesso de execução, desde que a operação importe meros cálculos aritméticos, sendo certa a inexistência de mácula à liquidez do título executivo”.

5. De todo modo, os fundamentos nele assentados reforçam a posição ora confirmada, mormente a afirmação de que, “tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação ulteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico” (REsp 1.115.501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010).

6. Firma-se a seguinte tese para efeito do art. 1.039 do CPC/2015: “A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, pelo STF, não afasta automaticamente a presunção de certeza e de liquidez da CDA, motivo pelo qual é vedado extinguir de ofício, por esse motivo, a Execução Fiscal”.

7. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 1.039 do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ.” (REsp 1.386.229/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 05/10/2016)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – MEDIDA CAUTELAR–RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM–EXCEPCIONALIDADE NÃO RETIFICAÇÃO DO VALOR EXECUTADO – ERRO MATERIAL NA TRANSCRIÇÃO DA RECEITA BRUTA – CÁLCULOS ARITMÉTICOS – SUBSTITUIÇÃO DA CDA – POSSIBILIDADE – IMPENHORABILIDADE DOS BENS – ART. 730 DO CPC – MOTIVAÇÃO CONSTITUCIONAL – SÚMULA 126/STJ – FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO – SÚMULA 182/STJ.

1. *Em regra, não compete ao STJ conceder Medida Cautelar para suspender efeitos de acórdão impugnado por Recurso Especial não interposto ou pendente de juízo de admissibilidade na origem (Súmula 634/STF).*

2. *Somente em casos excepcionalíssimos, tem-se admitido o processamento da presente medida para coibir a eficácia de decisão teratológica ou em manifesta contrariedade à jurisprudência assentada pelo STJ (AgRg na MC 18.981/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/4/2012; AgRg na MC 18.871/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/3/2012; AgRg na MC 18.603/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24/11/2011).*

3. *In casu, ao ser provocada a impugnar a Exceção de Pré-Executividade apresentada pela agravante, a Administração Tributária reconheceu que houve erro material na transcrição do valor da receita correspondente ao mês de dezembro de 2006, o que motivou a retificação espontânea e favorável ao contribuinte, por meros cálculos aritméticos.*

4. *Os critérios jurídicos empregados para a apuração da base de cálculo foram estritamente preservados, de modo que a hipótese não configura novo lançamento tributário.*

5. *O decote do excesso encontrado favoreceu o contribuinte e resultou de provocação da defesa em Execução Fiscal. A vingar a tese da agravante, sempre que a Administração Tributária reconhecer, em juízo, a existência de erro de cálculo na apuração do crédito e admitir que o valor devido é inferior ao constante na CDA, a Execução Fiscal deverá ser necessariamente extinta. Tal conclusão, no entanto, não encontra amparo na ordem jurídica.*

6. *A jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, sendo suficiente a realização de meros cálculos aritméticos para adequação do título executivo montante cobrado, deve-se prosseguir com a execução fiscal, até mesmo em hipóteses nas quais houver reconhecimento pelo STF de inconstitucionalidade da base legal utilizada para a constituição do tributo (AgRg no REsp 1.366.564/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/9/2013; REsp 1.341.206/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/10/2012; AgRg no Ag 1.354.461/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 14/2/2011; AgRg no REsp 1.201.627/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2011; AgRg no REsp 941.809/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/10/2012).*

7. *Aparentemente, portanto, o acórdão recorrido não afronta a Súmula 392/STJ: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.*

8. *No tocante ao pleito de aplicação do art. 730 do CPC, a decisão monocrática é pela aplicação do óbice da Súmula 126/STJ, fundamento não impugnado no presente Agravo Regimental, o que atrai o disposto na Súmula 182/STJ: “É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.*

9. *Agravo Regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (AgRg na MC 21.924/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 28/11/2014)*

Assim, impõe-se o acolhimento parcial dos embargos à execução fiscal, pois o simples refazimento dos cálculos mediante a base de cálculo adequada, dará a solução justa ao caso, pois será retirado da Certidão de Dívida Ativa (CDA) o excesso de execução existente, que decorre de lançamento havido com base de cálculo diversa daquela determinada na Ação Declaratória de nº 0032540-79.2009.8.12.0001, permitindo-se, assim, o prosseguimento da execução fiscal, com a cobrança do débito conforme a fórmula do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa).

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Aires Gonçalves e Advogados Associados S/S e dou-lhe parcial provimento, para julgar parcialmente procedente os embargos à execução fiscal, mas apenas para determinar que, em observância à coisa julgada formada na Ação Declaratória de nº 0032540-79.2009.8.12.0001, seja recalculado o *quantum debeatur* que consta da Certidão de Dívida Ativa (CDA) que deu ensejo à presente execução fiscal, conforme a fórmula do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), excluindo-se, mediante simples cálculo aritmético a ser elaborado pelo credor, o excesso de execução decorrente da tributação com base no faturamento.

Em razão do presente julgamento, atribuo a sucumbência à ambos os litigantes, os quais arcarão com as custas e despesas processuais na proporção de cinquenta por cento (50%) cada, devendo ser apurado o percentual devido a título de honorários de sucumbência apenas na fase de liquidação, *ex vi* do disposto no inc. II, do § 4º, do art. 85, do CPC/15, respeitando-se, entretanto, o rateio da sucumbência, na forma ora estabelecida.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Alexandre Bastos), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 12/09/2018)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (1º vogal)

Pedi vista para uma melhor análise do caderno processual e, quanto ao capítulo do elemento temporal da incidência dos efeitos da sentença declaratória proferida em 2009 (que estabeleceu a incidência de ISS sobre valores fixos e, não sobre o faturamento da sociedade, nos termos do art. 9º, § 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406), com razão ao nobre relator ao dispor que:

“(...)A sentença proferida na ação declaratória não impôs óbice à cobrança do ISSQN, contudo, determinou incidência de nova base de cálculo, prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), vedando o Fisco Municipal de proceder à cobrança com base no faturamento da sociedade autora’.

Contudo, peço vênia quanto ao capítulo dos efeitos deste erro de alíquota anotado na Certidão da Dívida Ativa – CDA, mais precisamente, abro divergência quanto ao seguinte capítulo do voto:

“Assim, diferentemente do que pleiteia o devedor-embargante, a ação de execução fiscal não deve ser extinta, devendo prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não perdendo a Certidão de Dívida Ativa (CDA) a sua legitimidade, sendo cabível, na espécie, a mera adequação do valor a ser pago, mediante simples recálculo aritmético, para se adequar à forma de cobrança que considere a base de cálculo prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), conforme determinado na ação declaratória”.

E aqui ousou divergir porque não há espaço para aproveitamento de atos, como tenho insistentemente defendido na esfera cível, inclusive, em não extinguindo execução, mas apenas a sobrestando, em hipótese de reconhecimento de iliquidez e de exigência de prévia liquidação.

Aqui o embate circunda-se ao auto de infração gerador da CDA, fruto de procedimento administrativo-tributário que refoge das questões materiais e processuais de fundo meramente creditício.

Neste caso há distinção.

E essa distinção é que estamos na outra vertente de fatiamento do direito, que consiste numa relação jurídica de direito público, mais precisamente e mais restrita ainda, que é a relação tributária.

E é justamente esse o cerne em não aceitar aproveitamento de erro de cobrança de tributo, ou seja, não se aproveita erro na indicação do dispositivo legal, mas sim, mero erro material (erro de conta), ou seja, tolera-

se o aproveitamento com mero erro aritmético do *quantum debeatur* (acessório), contudo, não se permite aproveitamento no erro da obrigação/*an debeatur* (principal);

O erro na obrigação é vício insanável.

E esse vício insanável tem uma razão de ser e não se trata de excesso de formalismo cego e desmedido, mas sim, porque ao contrário do que se possa pensar, a Certidão da Dívida Ativa - CDA não é título executivo formado unilateralmente pelo credor tributário.

Ele se forma após o encerramento de um prévio procedimento administrativo com exercício das garantias constitucionais pelo contribuinte e, por esta razão, que julgamos que a CDA tem presunção de veracidade, justamente, porque é fruto de anterior procedimento administrativo e com participação, se lhe aprouver, do contribuinte. Portanto, ato necessário de validade e existência da CDA é o prévio processo de conhecimento.

Tanto é verdade que o STJ atribui o ônus da comprovação da inveracidade da CDA ao contribuinte e impõe-lhe como prova essencial, a juntada do procedimento administrativo (que é seu pressuposto de validade e existência):

“(...) Esta Corte já se manifestou no sentido de que a certidão de dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidi-la é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia. (REsp 1.627.811/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2017) 4. É cediço nesta Corte, inclusive por entendimento adotado em sede de recurso especial repetitivo, julgado na sistemática do art. 543-C, do CPC (REsp nº 879.844/MG e Resp n.º 1.111.175/SP, ambos julgados sob o rito do art. 543-C do CPC), que os débitos fiscais pagos em atraso, inclusive multa, são corrigidos pela Taxa Selic” (AgInt no AREsp 1135936/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018).

A CDA é, por questão metodologia e apenas como ilustração, uma ‘sentença’ administrativa, por assim, dizer.

Se mantivermos o aproveitamento dos atos executivos para este caso - lançamento tributários por dispositivo legal diverso do que deveria ser aplicada e, não, de mero erro material, mas sim, substancial - estaremos formando nova CDA sem o prévio procedimento administrativo, ou proferimento uma sentença administrativa sem prévio processo administrativo e, portanto, fazendo letra morta ao devido processo tributário, o que a meu ver não é possível.

Por fim, este entendimento pode ser encontrado no próprio voto proferido pelo relator:

“(...) 2. Deveras, é certo que a fazenda pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009)” (REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010)

Desta feita, encerro anotando que tenho primado pelo aproveitamento dos atos processuais e buscando todos os mecanismos de otimização do processo civil trazido pelo novo CPC, de forma em dar primazia ao julgamento pelo mérito e, incluindo, a atividade satisfativa, nos termos do art. 4º do CPC.

Contudo, entendimento este que não se aplica aos vícios insanáveis, como ocorre neste feito, em respeitando o entendimento do relator em seu claro, didático e brilhante voto.

Então e fundado nessas premissas que integram a fundamentação, não há espaço para relativização dos elementos essenciais que devem integra a CDA descritos em rol taxativo do art. 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Aires Gonçalves e Advogados Associados S/S e dou-lhe provimento, para julgar parcialmente procedente os embargos à execução fiscal, para declarar a nulidade da execução.

Condeno o requerido ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator dar parcial provimento ao recurso e o 1º vogal dar-lhe provimento.

VOTO (EM 20/09/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aires Gonçalves e Advogados Associados S/S, nos Embargos de Execução Fiscal, de nº 0009259-26.2011.8.12.0001, em que contende com município de Campo Grande.

O juiz singular nos autos dos embargos e de igual modo nos autos da execução informação de onde se extraia, em proveito do embargante, compreendeu ser a dívida resultado de cálculo do ISS por fórmula distinta daquela do art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68, julgando improcedente os embargos e decretando a extinção pelo fundamento do art. 487, I, conjugado com art. 489, ambos do CPC.

O i. Relator Des. Paulo Alberto deu parcial provimento, para julgar em parte procedente os embargos à execução fiscal, mas apenas para determinar que, em observância à coisa julgada formada na Ação Declaratória de nº 0032540-79.2009.8.12.0001, seja recalculado o *quantum debeatur* que consta da Certidão de Dívida Ativa (CDA) que deu ensejo à presente execução fiscal, conforme a fórmula do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), excluindo-se, mediante simples cálculo aritmético a ser elaborado pelo credor, o excesso de execução decorrente da tributação com base no faturamento.

O eminente vogal Des. Alexandre Bastos conheceu do recurso interposto e deu provimento, para julgar também julgar em parte procedente os embargos à execução fiscal, para declarar a nulidade da execução.

A questão posta cinge acerca da regularização do lançamento tributários por dispositivo legal diverso do que deveria ser aplicado, portanto, substancial, e não de mero erro material.

O recorrente assevera que a certidão de dívida ativa possui irregularidades insanáveis, o que a torna incerta, ilíquida e inexigível, ao passo que o i. Relator compreende haver a mera adequação do valor a ser pago, mediante simples recálculo aritmético, para se adequar à forma de cobrança que considere a base de cálculo prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406, de 31/12/1968 (alíquota fixa), conforme determinado na ação declaratória.

Com efeito, no procedimento legal de inscrição do débito em dívida ativa devem ser observados conjuntamente os requisitos estabelecidos pelo art. 202 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, confira-se:

“(...) Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterà, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.”

Art. 2º. (...)

§ 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no registro de dívida ativa;

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.” Destaque

No caso vertente, a CDA não preenche todos os requisitos legais para a exigibilidade do crédito, uma vez que cumpria indicar o expresso nos art. 202, inciso II, do CTN, e art. 2º, § 5º, inciso II, da Lei nº 6.830/80, pois não há referência correta na forma tanto exposta na lei do cálculo dos juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato, como posta na Ação Declaratória, de nº 001.09.032540-1 (nº 0032540-79.2009.8.12.0001 - f. 23-26), de modo que há motivos para modificar a sentença objurgada, conforme exposto na divergência.

Como é cediço, é possível a correção de erro material ou formal, todavia é vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009; REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010).

E para esta última hipótese os artigos 203 e 204, do Código Tributário Nacional estabelecem que a omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo 202; ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão da primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado, o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada, o que não ocorre na presente. Isto porque, conforme o segundo dispositivo, a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída, sendo a referida presunção relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA DA CDA – IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido da possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença de embargos, desde que não implique modificação do

sujeito passivo da execução, nos termos da Súmula 392 do STJ. Tal substituição também não é possível quando os vícios decorrem do próprio lançamento e/ou da inscrição. 2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.045.472/BA, sob o regime do artigo 543-C do CPC. 3. Na hipótese dos autos, não se poderia simplesmente permitir a substituição da CDA, ao fundamento da existência de mero erro material no título, pois a aplicação de fundamentação legal equivocada gera a modificação substancial do próprio lançamento tributário. 4. Recurso especial não provido. (grifo nosso) (STJ, Segunda Turma, REsp 1225978/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 17/02/2011, DJe 10/03/2011)

APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – ISS DO EXERCÍCIO DE 1995 – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR NULIDADE DA CDA – DISSONÂNCIA ENTRE O TRIBUTO COBRADO E O FUNDAMENTO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA – PRECEDENTES DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJ/SP, 15ª Câmara de Direito Público, Apel. nº 0000500-15.2000.8.26.0116, Rel. Eutálio Porto, J. 13/11/2014, V. U.)

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MUNICÍPIO DE MATÃO – ISS – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL – TÍTULO EXECUTIVO QUE INDICA ATIVIDADE QUE NÃO É DESENVOLVIDA PELO EXECUTADO – EQUÍVOCO NO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE RECONHECIDO EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO PROFERIDA EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – NULIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA – ALTERAR A OCORRÊNCIA DE ATIVIDADE ELENCADE NO SUBITEM 14.01 PARA O 07.02 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003, CONFIGURA ALTERAÇÃO DE FATO GERADOR DO ISS, O QUE NÃO É PERMITIDO, SOB PENA DE MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO PRÓPRIO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – PRECEDENTES DO STJ E DO TJ/SP. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – A EXTINÇÃO DA AÇÃO É CONSEQUÊNCIA LÓGICA ANTE A DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO POR ENQUADRAMENTO EQUIVOCADO DE ATIVIDADE TRIBUTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NAS CAUSAS PREVISTAS NO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVEM SER FIXADOS CONFORME A APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ, OBSERVANDO AS NORMAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA TANTO. HONORÁRIOS FIXADOS NA ORIGEM EM R\$ 9.832,98 E ALTERADOS PARA SE ADEQUAR ÀS REGRAS LEGAIS, FICANDO FIXADOS EM R\$ 3.600,00 – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJSP; Apelação 0503595-64.2009.8.26.0347; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Matão - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2015; Data de Registro: 11/07/2015)

Diante do exposto, peço vênias ao i. Relator e acompanho a divergência, para conhecer do recurso e dar provimento, a fim de julgar parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal, para declarar a nulidade da execução.

Julgamento suspenso, para a convocação de novo membro para a técnica do art. 942 do CPC, após o relator dar parcial provimento ao recurso e o 1º e 2º vogais lhe darem provimento.

VOTO (EM 17/12/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e o 2º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1406241-68.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – MORTE EM LAVA-JATO – ATO ILÍCITO IMPUTADO AO EMPREGADOR E A OUTRO FUNCIONÁRIO – CAUSA DE PEDIR SEM LIGAÇÃO DIRETA COM A RELAÇÃO DE TRABALHO ESTABELECIDADA ENTRE AS PARTES – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO QUE TANGE À FIXAÇÃO DE PENSIONAMENTO MENSAL.

Hipótese em que se discute: a competência da justiça comum ou do trabalho para enfrentamento da questão debatida na ação de reparação de danos morais e materiais; e a presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência consubstanciada na determinação de registro de hipoteca legal e na fixação de pensionamento mensal.

“Compete à justiça do trabalho processar e julgar ação de indenização por danos morais cuja causa de pedir refira-se a atos supostamente cometidos pelo empregador durante o vínculo laboral e em decorrência da relação de trabalho havida entre as partes” (CC 123.019/BA, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 24/04/2013, DJe 06/05/2013). No caso, a causa de pedir deduzida pelos autores-recorrentes não guarda pertinência alguma com a relação de trabalho, devendo ser mantida a competência da justiça comum.

Evidenciada a probabilidade do direito e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser concedida a tutela antecipada de urgência, no sentido de se fixar o pensionamento mensal a favor dos genitores do falecido; mantendo-se o indeferimento no tocante à constituição de hipoteca.

Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de janeiro de 2019.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marisilva Moreira da Silva e Valdeci Ferraz da Silva contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: indenização por danos materiais e morais c.c. pensão e tutela provisória de urgência proposta por Marisilva Moreira da Silva e Valdeci Ferraz da Silva contra Thiago Giovani Demarco Sena e Willian

Henrique Larrea em virtude da morte do seu filho Wesner Moreira da Silva, ocorrida em 14/02/2017, por choque hipovolêmico por hemorragia torácica aguda maciça por ruptura do esôfago, em decorrência das lesões gravíssimas praticadas pelos requeridos-recorridos em 03/02/2017.

Esclarecem que na:

“(…) na ocasião dos fatos, Wesner, que trabalhava no estabelecimento comercial do primeiro requerido (S/S Lava Jato, situado na Avenida Interlagos, Vila Morumbi, nesta capital), onde também trabalhava o segundo requerido, em horário de expediente, e sem nenhum motivo, foi imobilizado e agredido violentamente pelos requeridos, culminando com introdução e o acionamento da mangueira de ‘ar comprimido’ em seu ânus” (f. 39), dando entrada no hospital com “quadro de enfisema subcutâneo, estendendo do abdome, pescoço, face, genitália e nádegas” (f. 39), permanecendo “na área vermelha do pronto-socorro do hospital com choque hemorrágico, sangramentos ativos na boca e nariz, e alta possibilidade de evoluir a óbito, conforme laudo do Instituto de Medicina e Odontologia Legal - IMOL (f. 53-4), sendo operado e, depois, permanecendo internado até a sua morte, em 14 de fevereiro de 2017” (f. 39).

Requereram, ao final: tutela de urgência e de evidência para: constituir hipoteca legal sobre eventuais imóveis dos requeridos-recorridos, nos moldes do art. 1.489, inc. III, do Código Civil; se fixar pensão a ser paga pelos requeridos aos requerentes, no valor de dois terços (2/3) dos ganhos do falecido, ou dois terços (2/3) do valor do salário mínimo vigente; no mérito, sejam os requeridos condenados ao pagamento de pensão mensal correspondente a dois terços (2/3) dos ganhos do falecido, ou do salário mínimo, caso os ganhos não sejam comprovados, entre a data em que a vítima completaria 17 anos até a data em que completaria 25 anos; e a razão de um terço (1/3) dos seus ganhos ou do salário mínimo, da data em que a vítima completaria 25 anos até a data em que completaria 75 anos; e sejam os requeridos condenados ao pagamento de danos morais correspondente a quinhentos (500) salários mínimos a serem pagos de uma só vez, com correção monetária a partir da prática do ilícito, e juros de mora da data da fixação (f. 38-53).

Decisão interlocutória: o juízo reconheceu carecer de competência para apreciação da demanda com relação ao primeiro requerido (Thiago Giovanni Demarco), sob o argumento de que:

“(…) os danos patrimoniais e morais que os requerentes alegaram ter sofrido se deram, segundo relataram na inicial, em decorrência de relação de trabalho, visto que seu filho veio a óbito após, em tese, agressão, inclusive, perpetrada por seu empregador, enquanto estava no estabelecimento em que laborava e durante o horário de funcionamento” (f. 34), motivo pelo qual, “nos moldes do artigo 114, inciso VI da Constituição Federal, a competência para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho é da Justiça do Trabalho” (f. 35), e “desse modo, se a parte pretender a análise da causa em relação ao primeiro requerido, caberá ajuizá-la na justiça especializada competente” (f. 35).

Nestes termos, não conheceu:

“(…) da inicial em relação ao requerido Thiago Giovanni Demarco Sena, por carecer este juízo de competência absoluta para processar e julgar a causa, nos termos do artigo 114, IV da Constituição Federal e na tese firmada no Tema 242 (RE 600091), já que a vítima mantinha com o mesmo vínculo empregatício, e o dano alegado na inicial se deu em razão de relação de trabalho”; bem como indeferiu “os pedidos de tutela de urgência formulados em face do requerido Willian Henrique Larrea, porém, no exercício do poder geral de cautela, determino a expedição de ofício ao Detran e aos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca, com cópia desta decisão, para averbá-la em eventuais matrículas e prontuários de bens existentes em nome do requerido Willian Henrique Larrea” (f. 36).

Agravo de instrumento: interposto por Marisilva Moreira da Silva e Valdeci Ferraz da Silva sustentando: a inaplicabilidade, na hipótese, da Súmula Vinculante nº 22, do Supremo Tribunal Federal, e do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, vez que o caso envolve homicídio praticado por razão diversa da relação de

trabalho, e que “o réu Thiago Giovanni Demarco Sena não está sendo acionado na justiça comum estadual por conta de, na qualidade de patrão da vítima, ter-lhe causado um acidente de trabalho” (f. 14), sendo que “o homicídio de Wesner nada tem a ver com acidente de trabalho, e disto não tratou a peça exordial, razão pela qual desponta equivocada a interpretação empreendida pela juíza de primeiro grau” (f. 14), lembrando que “a imputação é de crime de homicídio praticado por duas pessoas que infelizmente eram patrão e companheiro de trabalho da vítima, em co-autoria, do que decorre o dever de indenizar na forma pleiteada”; que há, no caso, litisconsórcio facultativo unitário (art. 116, do CPC/2015), “assim, se a competência para julgar a causa em relação a um dos litisconsortes é da Justiça laboral, evidente que desta seria a competência para julgar a causa contra todos os litisconsortes passivos, sob pena de permitir-se que o mérito da causa seja decidido de forma não uniforme” (f. 17); e que “devem, pois, serem deferidas as tutelas pleiteadas, para fixação de pensão provisória mensal no valor referido (2/3 do salário mínimo), e para o registro da hipoteca legal sobre bens imóveis pertencentes aos requeridos” (f. 22).

Decisão Liminar: este Relator deferiu a tutela antecipada recursal, para o fim de fixar pensionamento mensal devido por ambos os réus-recorridos, em cinquenta por cento (50%) para cada um, do valor correspondente a dois terços (2/3) do salário mínimo (ante a ausência de provas da remuneração do extinto) até quando a vítima completaria vinte e cinco (25) anos de idade; e, a partir daí, reduzida tal pensão para um terço (1/3) do salário mínimo (50% para cada um dos réus-agravados) até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade (STJ; AgInt no REsp 1287225/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017) f. 591-603.

Contrarrazões: ofertadas por Willian Henrique Larrea (f. 613-624) e do outro réu Thiago Giovanni Demarco Sena (f. 631-642), ambos refutando as razões do recorrente, e pugnando pelo não provimento do recurso dos autores.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso: a competência da justiça comum ou do trabalho para enfrentamento da questão debatida na ação de reparação de danos morais e materiais; e a presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência consubstanciada na determinação de registro de hipoteca legal e na fixação de pensionamento mensal.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 02/05/2018 (f. 548-551 - autos na origem), e antes mesmo da intimação do *decisum*, o presente recurso foi interposto em 18/06/2018 (f. 589).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (recorrentes beneficiários da gratuidade judiciária – f. 34/37).

Competência da Justiça do Trabalho x Competência da Justiça Comum

Conforme acima relatado, a juíza singular entendeu carecer de competência para apreciação da demanda proposta contra o primeiro requerido Thiago Giovanni Demarco Sena, tendo em vista que:

“(...) os danos patrimoniais e morais que os requerentes alegaram ter sofrido se deram, segundo relataram na inicial, em decorrência de relação de trabalho, visto que seu filho veio a óbito após, em tese, agressão, inclusive, perpetrada por seu empregador, enquanto

estava no estabelecimento em que laborava e durante o horário de funcionamento” (f. 548 – autos na origem).

Como é cediço, compete à justiça do trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (artigo 114, inciso VI, da Constituição Federal).

Ou seja, a justiça do trabalho realmente é a competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Súmula vinculante nº 22).

A fixação da competência é definida pelo pedido e pela causa de pedir deduzidos. Para tanto, “*o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito*” (Luiz Guilherme Marinoni. Novas Linhas do Processo Civil, 3 ed., p. 212).

Deste modo, se:

“(…) na hipótese, o acidente de trabalho não é a causa de pedir a fundamentar a demanda indenizatória, circunstância que afasta a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a demanda. Lide de cunho eminentemente civil” (CC 140.154/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 03/11/2015).

É dizer então que:

“(…) a ação de indenização por danos materiais entre empregado e empregador, quando não relacionada ao contrato de trabalho, é de natureza civil, e cabe ser processada e julgada perante a Justiça Estadual” (AgInt no CC 146.894/RJ, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Segunda Seção, julgado em 26/10/2016, DJe 04/11/2016).

Neste termos,

“(,,) compete à justiça do trabalho processar e julgar ação de indenização por danos morais cuja causa de pedir refira-se a atos supostamente cometidos pelo empregador durante o vínculo laboral e em decorrência da relação de trabalho havida entre as partes” (CC 123.019/BA, Rel. Ministro Raul Araújo. Segunda Seção, julgado em 24/04/2013, DJe 06/05/2013).

Na espécie, como já havia sinalizado na decisão de f. 591-603, a causa de pedir deduzida pelos autores-recorrentes não guarda pertinência alguma com a relação de trabalho, nem tampouco se trata de acidente de trabalho, vez que as lesões sofridas pela vítima fatal não sobrevieram exatamente da execução de ato e/ou da atividade que lhe competia efetuar e realizar em razão de seu trabalho; isto é, não estão (as lesões) atreladas à atividade laboral e nem delas decorreram.

Os fatos narrados na exordial poderiam ter se dado em qualquer lugar, não estando sob influência do vínculo empregatício, tratando-se de ato ilícito que, inclusive, tipificam crime, tanto que tramita, concomitantemente, a Ação Penal nº 0011574-17.2017.8.12.0001, na qual os réus foram denunciados pelo Ministério Público Estadual pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso IV c.c. artigo 29, ambos do Código Penal.

Ao meu sentir, não é possível se considerar o episódio narrado na inicial como acidente de trabalho propriamente dito de modo a atrair a competência da justiça do trabalho, nos moldes do artigo 114, inciso VI¹, da Constituição Federal.

Rememore-se que:

¹ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;”

“(...) acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (artigo 19, da Lei nº 8.213, de 24/07/91 – a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social).

Portanto, o ato dos réus, de introduzirem uma mangueira de ar no ânus da vítima Wesner Moreira Silva, causando-lhe ferimentos que foram a causa de sua morte, ao meu ver, não se enquadra no conceito de acidente de trabalho a justificar reconhecimento da competência da justiça laboral. Estamos diante da responsabilidade civil pela prática de ato criminoso, justificando a manutenção dos autos na justiça comum.

Logo, neste ponto, deve ser provido o recurso dos autores da ação.

Requisitos da tutela de urgência

Na espécie, os agravantes objetivam a reforma da decisão interlocutória que não concedeu a tutela de urgência pleiteada para que fosse fixada a pensão mensal vitalícia a favor dos herdeiros/genitores do extinto (autores da ação), e para possibilitar o registro de hipoteca legal, nos termos do artigo 1.489, do Código Civil.

É certo que:

“(...) no intuito de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador institui uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar.” (Fredie Didier Jr, Rafale Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga. Curso de Direito Processual Civil - Salvador - Jus Podivm - 2015 - p. 567).

Estabelece o art. 300, do Código de Processo Civil/2015:

“(...) Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

O dispositivo legal em destaque trata da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar), sendo certo que, para a sua concessão, deve existir, basicamente, a demonstração dos seguintes requisitos: probabilidade de direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Insta salientar que o *novel* Código de Processo Civil, por cautela, preferiu falar em probabilidade em vez de plausibilidade do direito. Acerca do tema, prelecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“No direito anterior a antecipação da tutela estava condicionada à existência de ‘prova inequívoca’ capaz de convencer o juiz a respeito da verossimilhança da alegação’, expressões que sempre foram alvo de acirrado debate na doutrina. O legislador resolveu, contudo, abandoná-las, dando preferência ao conceito de probabilidade do direito. Com isso, o legislador procurou

autorizar o juiz a conceder tutelas provisórias com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos (vale dizer, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato). A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau e confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 382). (grifamos)

Por outro lado, por perigo da demora tem-se:

“(...) a existência de elementos que evidenciam o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (periculum in mora) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito” (Fredie Didier Jr, Rafale Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga. Ob cit. p. 597).

No caso, tal como já havia sinalizado na decisão de f. 591-603, com relação ao pleito de pensionamento,

“(...) a vítima, que, ao que tudo indica, pertencia a uma família humilde - se enquadrando na incontestável realidade da grande parte da população brasileira; a genitora é lides do lar (f. 93); e o genitor se encontra na dependência de benefício previdenciário (f. 60-62); família esta que, indubitavelmente, pode ser classificada como sendo de poucos recursos - e, apesar da sua pouca idade, já trabalhava, sendo inexorável e inquestionável a conclusão de que, nestas condições, efetivamente, contribuía para o sustento da humilde família à qual pertencia (tanto que necessitava trabalhar), sendo ainda de se lembrar que não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (Lei nº 13.105, de 16/03/2015 - CPC/15, art. 374, inc. IV)” (f. 601).

Então, em se tratando de pleito de verba alimentar, o que por si só denota a urgência de medida pleiteada, e concluindo-se pela existência de comprovação mínima da condição de dependência econômica (ao menos parcial) dos genitores com relação ao filho falecido, tem-se que deve ser deferida a tutela para fixação da pensão a favor dos genitores do falecido.

Por outro lado, sobre a constituição de hipoteca, sabe-se que:

“(...) a lei confere tal possibilidade ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais” (artigo 1.489, inciso III, do Código Civil).

No entanto, ao menos na atual fase do processo, na qual está em trâmite paralelamente a Ação Penal (Autos do processo nº 0011574-17.2017.8.12.0001) para responsabilização criminal dos réus pela morte da vítima, em que houve sentença desclassificando o crime de homicídio doloso qualificado, para que os réus respondam por outro crime não doloso contra a vida, a qual está pendente de recurso neste Tribunal, e não havendo notícias da existência de bens em nome dos recorridos, mais prudente que se mantenha, ao menos neste ponto, a decisão que indeferiu a tutela.

Então, com relação à tutela antecipada, assiste razão em parte aos recorrentes, devendo ser reformada a decisão agravada apenas para o fim de se fixar pensionamento mensal nos termos da decisão de f. 591-603.

Diante do exposto, conheço o agravo de instrumento interposto por Marisilva Moreira da Silva e Valdeci Ferraz da Silva e dou-lhe parcial provimento para: fixar a competência da justiça comum para análise da demanda com relação ao réu-recorrido Thiago Giovanni Demarco Sena, o qual deverá ser mantido no polo passivo da demanda; e deferir em parte a tutela antecipada, fixando pensão alimentícia a favor dos autores (genitores do extinto), devida por ambos os réus-recorridos, no valor de cinquenta por cento (50%) para cada um, do valor correspondente a dois terços (2/3) do salário mínimo (ante a ausência de provas da remuneração do extinto) até a data em que a vítima completaria vinte e cinco (25) anos de idade; e, a partir daí, reduzida tal

pensão para um terço (1/3) do salário mínimo (50% para cada um dos réus-agravados) até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade (STJ; AgInt no REsp 1287225/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017).

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. Paulo Alberto de Oliveira.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Cível

Conflito de Competência nº 1603995-52.2017.8.12.0000 - Jardim

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INVENTÁRIO – AUTOR DA HERANÇA COM DUPLO DOMICÍLIO E COM BENS IMÓVEIS EM AMBOS OS DOMICÍLIOS – COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO DE INVENTÁRIO – DUAS AÇÕES DE INVENTÁRIO PROPOSTAS EM COMARCAS DIFERENTES – LITISPENDÊNCIA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVENTO – FORO DO PROCESSO QUE FOI DISTRIBUÍDO PRIMEIRO – CONFLITO IMPROCEDENTE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Julgamento conjunto com a Apelação nº 0800870-70.2017.8.12.0013.

Discute-se no presente conflito a competência para o processo e julgamento do Processo de Inventário nº 0800491-54.2017.8.12.0038.

Quando o autor da herança não possui domicílio certo (duplo domicílio) e possui bens imóveis em mais de um foro, é competente para processar e julgar o processo de inventário qualquer um dos foros onde estão situados os bens; ou seja, há competência concorrente, sendo que, nessa hipótese, torna-se competente o juiz prevento.

No caso, há a peculiaridade de que foram ajuizadas duas ações de inventário em comarcas diferentes; ou seja, com ocorrência de litispendência. Portanto é competente para processar e julgar o processo de inventário o juízo prevento, que é o foro onde o processo foi primeiramente distribuído.

Conflito de competência julgado improcedente. Declaração de competência do juízo suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, julgar improcedente o conflito, vencido o 1º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte) que julgava procedente. Convocou-se o 3º vogal (Des. Odemilson Roberto Castro Fassa), na forma do artigo 942, § 1º do CPC que acompanhou o relator.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim contra o juiz(a) de direito da Comarca de Nioaque.

Decisão do juiz(a) de direito da Comarca de Nioaque declinou da competência para o processamento e julgamento da ação de inventário dos bens deixados por Reinaldo Martins Souza e determinou a remessa dos autos ao juízo da comarca de Jardim (f. 18-19).

Arguição de conflito negativo suscitado pelo juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim: afirma não ser o competente para o processamento e julgamento da ação (f. 1-2).

Despacho do relator: recebeu o conflito e designou o juiz(a) de direito da Comarca de Nioaque para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes (f. 3-5).

Parecer do Ministério Público: o *Parquet* deixou de se manifestar por não vislumbrar na hipótese qualquer aspecto que justifique a intervenção ministerial (f. 12-14).

VOTO(EM 20/02/2019)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente conflito a competência para o processamento e julgamento do Processo de Inventário nº 0800491-54.2017.8.12.0038.

Competência

Conforme relatado, trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim contra o juiz(a) de direito da Comarca de Nioaque para processamento e julgamento do processo de inventário dos bens deixados por Reinaldo Martins Souza.

O juiz(a) de direito da Comarca de Nioaque declinou da competência para o processamento e julgamento da ação de inventário e determinou a remessa dos autos ao juízo da comarca de Jardim (f. 18-19).

Por sua vez, o juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim arguiu o conflito negativo, pois afirma não ser o competente para o processamento e julgamento da ação (f. 1-2).

Este relator recebeu o conflito e designou o juiz(a) de direito da Comarca de Nioaque para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes (f. 3-5).

O artigo 48, do CPC/2015, prevê que o foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

O artigo 1.785 do CC/2002 prevê que a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

Portanto, em regra, o processo de inventário deve tramitar no foro do último domicílio do autor da herança.

Em consulta ao processo de inventário originário verifica-se que na certidão de óbito consta que o *de cujus* residia na Fazenda Santo Antônio, que fica na zona rural da cidade de Guia Lopes da Laguna-MS (f. 9 dos autos da origem).

Portanto, *a priori*, seria competente para processar e julgar o processo de inventário o foro da Comarca de Jardim, que é a Comarca regional responsável por julgar as ações oriundas da Comarca de Guia Lopes da Laguna-MS, que ainda não foi instalada.

Ocorre que as demais documentações acostadas aos autos indicam que o falecido também tinha como domicílio a Cidade de Nioaque-MS.

Isto porque, apesar de constar na certidão de óbito como residência do falecido a Cidade de Guia Lopes da Laguna-MS, na mesma certidão consta que o *de cujus* tinha como domicílio eleitoral a Cidade de Nioaque (f. 9 e 33 da origem). Inclusive, o falecido foi candidato ao cargo de Vice-Prefeito nas eleições de 2008 na Cidade de Nioaque.

Além disso, a carteira de motorista do falecido foi emitida na Cidade de Nioaque (f. 33 da origem) e no seu último imposto de renda o falecido também indicou como endereço local situado na Cidade de Nioaque (f 107-117).

Por sua vez, em alguns documentos apresentados o *de cujus* indicava como domicílio a Cidade de Guia Lopes, tais como: fatura de energia; notas de compra de produtos agropecuários e contratos rurais recentes (f. 38, 52-61 e 180-181 da origem).

Aliás, vale dizer que a própria herdeira inventariante não tem certeza sobre o domicílio do seu genitor, visto que propôs a ação de inventário na Comarca de Nioaque, mas na petição inicial informou que o seu falecido pai residia na Cidade de Guia Lopes da Laguna (f. 1 da origem).

Em suma, a análise dos autos indica que o falecido tinha duplo domicílio, pois é evidente que as duas cidades eram centro de interesses do *de cujus* na medida que ambas concentravam os negócios do falecido, que tomava decisões e administrava as suas propriedades rurais.

Tanto que o falecido mantinha conta bancária tanto na cidade de Nioaque (f. 44 da origem) como em Guia Lopes da Laguna (f. 119-126 e 577-582 da origem), bem como também possuía inscrição de bovinos junto ao IAGRO nos dois municípios (f. 538-539).

Aliás, as declarações acostadas no processo originário indicam que o falecido possuía residência nas duas cidades (f. 41-43 da origem).

Logo, se a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas (artigo 71 do CC/2002).

O parágrafo único do artigo 48 do CPC/2015 determina que se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente: *I o foro de situação dos bens imóveis; II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes, e III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.*

Isto é, quando o autor da herança não possui domicílio certo e possui bens imóveis em mais de um Município, é competente para processar e julgar o processo de inventário qualquer um dos foros onde estão situados os bens; ou seja, há competência concorrente.

Sobre o tema discorre Arnaldo Rizzardo:

“(...) Assim, quando diversas as residências, ou vários os centros de ocupação habituais, o foro competente não será qualquer uma das residências, ou dos centros de ocupações habituais; define-se a competência do foro pelo lugar ‘da situação dos bens’, eis que assim ordena o parágrafo único, inc. I, do art. 96 da lei processual, sempre que o autor da herança não possuir domicílio certo, o que também encontra amparo no art. 48, parágrafo único, incs. I e II, do novo CPC.

(...)

O juiz que primeiro conhecer do inventário define a competência se há bens em vários lugares, como orienta a jurisprudência ‘determina-se a competência por prevenção do juiz que primeiro conheceu do inventário, quando, ante a existência de duplo domicílio do autor da herança, com bens em vários municípios de diferentes Estados, com óbito verificado em comarca diversa das dos domicílios e da situação dos bens, se conflitam positivamente os juízes dos dois domicílios do falecido.’ (Direito das Sucessões – 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 580-581).

A documentação juntada aos autos demonstra que o falecido possuía bens imóveis nas duas cidades, Nioaque e Guia Lopes da Laguna (f. 449-537 da origem).

Portanto, considerando que o falecido tinha duplo domicílio, em tese, tanto o foro da comarca de Nioaque como o de Guia Lopes da Laguna (Jardim) são competentes para julgar o processo de inventário.

No caso, o processo de inventário que motivou o presente Conflito Negativo de Competência (Autos nº 0800491-54.2017.8.12.0038) foi ajuizado na comarca de Nioaque, em 11/07/2017, às 15:05:56 h, distribuído em 13/07/2017 e recebido/despachado pelo magistrado de primeiro grau na mesma data (f. 16 da origem).

Contudo, há a peculiaridade de que foi ajuizado outro processo de inventário, dos bens deixados por Reinaldo Martins Souza, perante a comarca de Jardim (Autos nº 0800870-70.2017.8.12.0013), que foi protocolado em 11/07/2017, às 14:23:34h e distribuído em 12/07/2017. A petição inicial do processo de inventário foi analisada pelo magistrado somente em 19/07/17, momento em que o juiz reconheceu a sua incompetência, visto que a comarca competente para tramitar a ação seria a de Nioaque, e, em consequência, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual (f. 75-76 da origem).

Ou seja, o processo de inventário que foi primeiramente protocolado e distribuído foi o da comarca de Jardim, mas o que foi primeiramente despachado foi o da comarca de Nioaque.

O juízo da comarca de Nioaque, considerando que o processo de inventário foi primeiramente distribuído na Comarca de Jardim, declinou da competência para julgamento do Inventário nº 0800491-54.2017.8.12.0038 para o juízo da comarca de Jardim, em 25/08/17 (f. 277-278 da origem).

Por sua vez, o magistrado da comarca de Jardim, sob o fundamento de que já tinha extinto o primeiro processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, ante a incompetência do juízo (Autos nº 0800870-70.2017.8.12.0013), suscitou o presente conflito negativo de competência (f. 333-334 da origem).

O artigo 337, § 3º, do CPC/2015 prevê que há litispendência quando se repete ação que está em curso.

No caso, foi exatamente o que aconteceu, pois foram ajuizados dois processos de inventário idênticos em comarcas diferentes; ou seja, há litispendência.

O artigo 485, inciso V, do CPC/2015 estipula que o juiz não resolverá o mérito quando reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada.

Assim, de fato, impõe-se a extinção de uma das demandas, com a manutenção da tramitação da outra ação perante o juízo competente.

À despeito do posicionamento esboçado pelo Exmo. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, no julgamento da Apelação 0828420-81.2014.8.12.0001, em 03/08/2016, no sentido de que existindo litispendência deve ser mantido o processo em que já houve nomeação de inventariante; ou seja, que foi primeiramente apreciado/despachado, tenho que tal entendimento não deve prevalecer.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

“(...) A ação de inventário e de partilha de bens é de natureza contenciosa e se submete a procedimento especial regulado pelo próprio CPC/15, de modo que a ela se aplicam às regras relacionadas ao momento de propositura da ação, à prevenção e à litispendência e que se encontram na parte geral do código. A data da nomeação do inventariante não pode ser elemento temporal definidor acerca de qual ação litispendente deve seguir em tramitação, seja porque inexistente previsão legal nesse sentido, seja porque se trata de marco temporal inseguro, porque vinculado à movimentações e atos processuais que independem exclusivamente das partes, devendo ser fixado, como marco definidor acerca de qual das ações idênticas deve prosseguir, a data de seu registro ou distribuição, nos termos dos arts. 59 e 312, ambos do CPC/15.” (REsp 1739872 / MG, Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, DJe 22/11/2018).

Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp 1609326 / PI, Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 13/10/2016 e Ag no REsp 51.513-AgRg, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 28/03/2012.

Do mesmo modo, não merece prevalecer a antiga tese existente no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a primeira citação é o determinante para se descobrir qual das ações idênticas deve ser mantida, pois com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o artigo 59, deixa claro que o registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

Logo, deve ser extinto, sem julgamento de mérito, por ocorrência de litispendência, o processo que foi registrado/distribuído por último, com continuidade de tramitação do processo que foi distribuído primeiro no juízo prevento.

Sobre o tema este Tribunal de Justiça também já decidiu:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVENTÁRIO – LITISPENDÊNCIA – PROCESSO DISTRIBUÍDO POSTERIORMENTE – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – ART. 267, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.” (TJMS - Apelação nº 0801783-49.2012.8.12.0006, Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto, 2ª Câmara Cível, 7 de julho de 2015).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – LITISPENDÊNCIA – PREVENÇÃO – PROCESSO DISTRIBUÍDO EM PRIMEIRO LUGAR – PREVALÊNCIA – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO. Havendo litispendência deve prevalecer o processo distribuído por primeiro” (TJMS - Apelação nº 0009396-08.2011.8.12.0001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, 9 de setembro de 2014).

Na espécie, conforme mencionado anteriormente, o primeiro processo de Inventário que foi registrado e distribuído foi o protocolado na comarca de Jardim (Autos nº 0800870-70.2017.8.12.0013), que foi protocolado em 11/07/2017, às 14:23:34h, e distribuído em 12/07/2017, pois o processo de inventário que motivou o presente Conflito de Competência (Autos nº 0800491-54.2017.8.12.0038) foi ajuizado na comarca de Nioaque, em 11/07/2017, às 15:05:56h e só foi distribuído em 13/07/17; ou seja, este último foi protocolado no mesmo dia aproximadamente quarenta (40) minutos depois e distribuído um dia depois em comparação com o primeiro.

Portanto, considerando que os dois juízos (Nioaque e Jardim) tinham, num primeiro momento, competência concorrente para processar e julgar o processo de inventário (duplo domicílio do *de cujus*), neste caso, deve prevalecer a competência do juízo da comarca de Jardim, que foi o foro no qual a ação de inventário foi distribuída primeiro (Autos nº 0800870-70.2017.8.12.0013), conforme a norma de prevenção.

Em consequência, o presente conflito deve ser rejeitado, com a remessa dos autos que originou o presente conflito (Autos nº 0800491-54.2017.8.12.0038) ao juiz declarado competente, que é o da comarca de Jardim.

De se ressaltar que o juízo da comarca de Jardim, ao receber a ação, deve ponderar sobre a necessidade de extinção do Processo nº 0800491-54.2017.8.12.0038, sem resolução do mérito, por ocorrência de litispendência com os Autos nº 0800870-70.2017.8.12.0013, o que não se faz no presente momento, porquanto tal análise foge da matéria devolvida no presente conflito de competência, que deve limitar-se a definir qual é o juízo competente para processar e julgar a ação.

Diante do exposto, conheço o conflito negativo de competência e o rejeito para fixar a competência do douto juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim para processar e julgar a Ação de Inventário nº 0800491-54.2017.8.12.0038.

Deixo de discorrer sobre a validade dos atos praticados pelo juízo incompetente, da comarca de Nioaque, conforme determina o artigo 957, do CPC/2015, visto que tal análise deverá ser realizada pelo juízo da comarca de Jardim após o julgamento da Apelação Cível nº 0800870-70.2017.8.12.0013, que está sendo julgada em conjunto por esta Câmara Cível.

Oficie-se aos doutos juízos, comunicando-se a decisão, encaminhando-se os autos imediatamente para o douto juízo suscitante.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º vogal).

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juízo de direito da 2ª Vara da comarca de Jardim em face do juízo de direito da comarca de Nioaque.

Consta dos autos que, Luciene Franco dos Santos, no dia 11.7.2017, às 14:23h, na condição de cônjuge do falecido Reinaldo Martins de Souza, ajuizou a Ação de Inventário nº 0800870-70.2017.8.12.0013, perante a 2ª Vara da comarca de Jardim.

Ao seu turno, infere-se dos autos que, Regiane Penajo Fuchs, no dia 11.7.2017, às 15:05, na condição de filha do falecido Reinaldo Martins de Souza, protocolou a Ação de Inventário nº 0800491-54.2017.8.12.0038, perante a Comarca de Nioaque.

O relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, votou pela improcedência do conflito, reconhecendo a competência do juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim para processar o inventário dos bens deixados por Reinaldo Martins de Souza.

Sr Presidente, tive acesso ao voto do eminente relator e, em que pese o entendimento por ele adotado ouso divergir.

O art. 1.785, do Código Civil, estabelece que “*A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido*”.

Prevê o art. 337, § 3º, do Código de Processo Civil/2015, que: “*Há litispendência quando se repete ação que está em curso*”.

Assim, para que seja configurada a litispendência é preciso que as ações sejam idênticas, isto é, as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

No caso em apreço, é incontroverso que estamos diante de uma litispendência, assim, o cerne da questão reside em saber qual o juízo competente para processar o jugar o inventário dos bens deixados Reinaldo Martins de Souza, se o juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim ou o juízo de direito da Comarca de Nioaque.

Inicialmente, insta esclarecer que a competência territorial não é absoluta, mas sim relativa.

Não obstante a regra estabelecida no art. 59, do Código de Processo Civil/2015, invocada pelo eminente relator, contudo, entendo que, na espécie, a Ação de Inventário nº 0800491-54.2017.8.12.0038 (proposto na Comarca de Nioaque) deva prevalecer, em observância aos princípios constitucionais da economia processual e da razoável duração do processo, isso porque, em consulta ao S.A.J. (Sistema de Automação Judiciária) pude constatar que ele encontra-se em instrução avançada, inclusive com nomeação de inventariante e apresentação das primeiras declarações e plano de partilha.

Nesse sentido, a 4ª Câmara Cível (antiga composição), assim decidiu:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – CPC/73 – AÇÃO DE INVENTÁRIO – LITISPENDÊNCIA RECONHECIDA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA – PREVALÊNCIA DA AÇÃO EM QUE JÁ HOVE NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Aplica-se o CPC/73 aos recursos interpostos contra sentenças proferidas na sua vigência.

Haverá litispendência quando houver identidade de partes, pedido e causa de pedir.

Embora a ação ajuizada pela recorrente tenha sido distribuída em data anterior à Ação de Inventário nº 0828869-39.2014.8.12.0001, considerando que na ação ajuizada posteriormente já houve nomeação de inventariante e, inclusive, foram prestadas as primeiras declarações, não é razoável a manutenção deste processo.” (TJ-MS, Apelação Cível nº 0828420-81.2014.8.12.0001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, julgado em 3.8.2016) Destaquei.

Além do mais, tenho que a fixação da competência do juízo da Comarca de Nioaque não trará prejuízo ao cônjuge convivente (Luciene Franco dos Santos), que poderá intervir no feito como terceira interessada, uma vez que há em curso a Ação Declaratória de Inexistência de União Estável nº 0801167-77.2017.8.12.0013, em que se busca a declaração de inexistência da alegada união estável entre ela (Luciene Franco dos Santos) e o falecido Reinaldo Martins de Souza.

Não bastasse isso, verifica-se que Luciene Franco dos Santos apresentou incidente de Remoção de Inventariante em Inventário nº 0000629-54.2017.8.12.0038, na Comarca de Nioaque, pleiteando a remoção de Regiane Penajo Fuchsda, nomeando-a (Luciene Franco dos Santos) como inventariante dos bens deixados pelo falecido.

Dispositivo

Ante o exposto, com a devida vênia ao nobre relator, dirirjo para, em respeito aos princípios constitucionais da economia processual e da razoável duração do processo, julgar procedente o conflito negativo, cabendo ao juízo suscitado (juízo de direito da Comarca de Nioaque) processar e julgar a Ação de Inventário nº 0825073-69.2016.8.12.0001, com fundamento no art. 957, do CPC/2015.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, julgaram improcedente o conflito, vencido o 1º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte) que julgava procedente. Convocou-se o o 3º vogal (Des. Odemilson Roberto Castro Fassa), na forma do artigo 942, § 1º do CPC que acompanhou o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1407053-47.2017.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/05 – MITIGAÇÃO – REGISTRO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PERANTE O CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – NECESSIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Os créditos bancários decorrentes dos contratos de que tratam o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 – se os referidos contratos não tiverem sido devidamente registrados no Cartório de Registro de Títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, nos termos do que preceitua o art. 1361 do CC/02 –, não é possível excluí-los do processo de soerguimento da empresa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Safra S.A. contra a decisão proferida nos autos da ação de recuperação judicial movida por SF - Fôrmass para Construção Civil Ltda, SF Escoramentos Ltda e SF Sistema de Fôrmass para Concreto Ltda.

O banco agravante aduz, em síntese, que:

“(...) Pois bem, diversamente da fundamentação lançada na decisão guerreada, as instituições financeiras não se encontram excluídas do processo de recuperação judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o crédito fiscal, sobre o qual, aliás, não se rebelou o juiz singular. Em verdade, não se sujeitam aos efeitos do referido procedimento determinados créditos e garantias, o que, na percepção do legislador, tem por escopo privilegiar a segurança no exercício do direito de propriedade, fomentando a economia (f. 9).

Aliás, equivoca-se o julgador de piso ao asseverar que a Lei 11.101/20015 privilegia o interesse de uma minoria, instituições financeiras, em detrimento da população em geral, ou seja, desrespeitando o interesse público. Diferentemente do exposto, a igualdade justamente se realiza na medida em que as desigualdades são estabelecidas (f. 12).

Também errado dizer que o art. 49, § 3º Lei 11.101/05 conflita com o art. 170 da Constituição Federal, eis que decorre justamente dos princípios da ordem econômica, direito de propriedade e função social estabelecidos no dispositivo constitucional (f. 14).

Paralelamente, tem-se que a diretiva relativa à empresa e à necessidade de sua manutenção, em vista do interesse social, também foi exposta de forma principiológica, de modo que se faz necessária a ponderação entre os princípios da preservação da empresa e da valorização do trabalho e da livre iniciativa (f. 22).

De todo o exposto, resta clarividente que a decisão agravada viola o direito de propriedade da Agravante e de todos os demais credores titulares de garantia fiduciária, arrendamento mercantil e demais previstos no art. 49, §§3º e 4º da Lei 11.101/2005, devendo, portanto, ser rechaçada por esse Tribunal (f. 24).

Vê-se que a decisão vergastada, em verdadeira defesa antecipada das agravadas, dispõe que, ainda que entenda o Tribunal Estadual pela sua reforma, no que tange à declaração incidental de inconstitucionalidade do §§3º e 4º da Lei 11.101/2005, deve manter o crédito fiduciário sob os efeitos da recuperação judicial, caso não comprovado o registro das cédulas perante o cartório de títulos pelos respectivos credores, amparando-se, para tanto, no art. 1.361 do Código Civil (f. 25).

Tem-se, portanto, que, a despeito do prévio e regular registro da cédula de crédito bancário, este não é necessário para a validade da propriedade fiduciária, o que, de igual forma, impõe a cassação ou reforma do decisum, a fim de ver excluído o crédito correspondente dos efeitos da recuperação judicial (f. 32).

Ao final, requer “a) seja atribuído ao mesmo o efeito suspensivo, a fim de sustar os efeitos da decisão agravada, sobretudo quanto à declaração incidental de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º da Lei 11.101/2005, bem como sujeição do crédito fiduciário aos efeitos da recuperação judicial em caso de ausência de registro do instrumento; b) seja ao final, conhecido e provido o recurso, a fim de se reconhecer a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, excluindo-se, por consequência, o crédito fiduciário e adiantamento de câmbio dos efeitos da recuperação judicial; Requer por fim, que todas as intimações e notificações se façam exclusivamente em nome do Dr. Marco André Honda Flores (OAB/MS 6.171), sob pena de nulidade” (f. 35).

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 243-249).

Devidamente intimados, os agravados apresentaram contraminuta às f. 252-274.

O feito permaneceu suspenso até o julgamento pelo órgão especial do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50001.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Safra S.A. contra a decisão proferida nos autos da ação de recuperação judicial movida por SF - Fôrmas para Construção Civil Ltda, SF Escoramentos Ltda e SF Sistema de Fôrmas para Concreto Ltda.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

O tema, recuperação judicial de empresas é diferenciado, possui detalhes, princípios e procedimentos totalmente diversos dos demais procedimentos judiciais conhecidos.

Para se ter uma ideia, em 13.9.2016, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1532943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 10/10/2016), entendeu que as garantias reais e fidejussórias podem simplesmente ser desconsideradas, suprimidas, caso o plano seja aprovado, pelo voto da maioria dos credores na assembleia geral e conste essa hipótese no plano de recuperação, ou seja, até o princípio pacta sunt servanda, foi flexibilizado

pelo STJ, quando o processo for relativo ao soergimento da empresa. E, essa deliberação aplica-se indistintamente a todos os credores da mesma classe.

(...)

A inconstitucionalidade dos parágrafos do artigo 49 da Lei 11.101/05, supra referidos foi confirmada pelos brilhantes votos do relator, Desembargador Amaury da Silva Kuklinski, professor de direito empresarial, especialista no tema falência e recuperações judiciais de empresas, com vasta experiência do assunto, visto que atuou vários anos como juiz titular da Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande, portanto, vivenciou as transmutações da legislação brasileira no que se refere ao soergimento de empresas.

Acompanhou as mudanças desde os tempos de vigência do Decreto Lei 7661/45 e quando a Lei nova, 11.101/05, entrou em vigor; era o juiz titular da Vara especializada desta Capital. Exímio conhecedor, portanto, não só das questões técnicas jurídicas, mas, principalmente, acompanhou por longo tempo de sua carreira na magistratura, os pormenores, detalhes, o dia a dia, das empresas que passam por dificuldades financeiras.

Manteve a declaração de inconstitucionalidade nos Agravos de Instrumento números 1411998-14.2016.8.12.0000, 1411707-14.2016.8.12.0000, 1411956-62.2016.8.12.0000, 1411836-19.2016.8.12.0000 e 1411914-13.2016.8.12.0000, todos julgados em 08 de março de 2.017.

Os ínclitos Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Dorival Renato Pavan, acompanharam o voto do relator, portanto, negados por unanimidade os recursos interpostos pelas instituições financeiras.

(...)

Passa-se, então, a examinar as normas inconstitucionais. Na relação dos créditos apresentados pela recuperanda, estão incluídos alguns pertencentes às instituições financeiras, protegidos pelos parágrafos terceiro e quarto da atual lei de falências e recuperações judiciais.

No entanto, essa blindagem dos créditos das instituições financeiras não pode prevalecer diante de sua flagrante inconstitucionalidade.

(...)

É evidente que o interesse público sempre deve prevalecer. As normas legais devem ser analisadas buscando a todo custo a realização do interesse social.

Isso não é novidade. No entanto, a Lei nº 11.101 de 2005, Lei de Falências e Recuperação de Empresas, agride, viola, descumpre de forma clara, cristalina, várias normas e princípios constitucionais, quando ofereceu uma “blindagem”, uma proteção aos créditos bancários, em detrimento dos demais.

A lei de falências e recuperações de empresas diz o seguinte: todos os credores, como por exemplo, empregados, fornecedores, prestadores de serviços, etc., se submetem à recuperação judicial, mas as instituições financeiras não.

Não existe mais razão para se entender que esses créditos não estão sujeitos a recuperação judicial. Inúmeros doutrinadores e renomados advogados que atuam patrocinando os interesses das instituições financeiras, tem afirmado publicamente, em congressos jurídicos sobre esse tema, que todos os credores devem se submeter ao processo de recuperação, inclusive o fisco.

No entanto, enquanto isso não ocorre, continuando a esclarecer sobre os créditos bancários, oportuna é a observação do Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho, que exercia suas funções na Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo, que na sua obra Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 148, no tocante ao § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, asseverou o seguinte: esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a lei deixasse de ser conhecida como 'lei de recuperação de empresas' e passasse a ser conhecida como 'lei de recuperação do crédito bancário', ou 'crédito financeiro', ao estabelecer que tais bens não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial. Ou seja, nenhum dos bens da empresa que for objeto de alienação fiduciária, arrendamento mercantil ou reserva de domínio estará englobado pela recuperação”.

(...)

Os direitos fundamentais devem ser aplicados, senão serão apenas esclarecimentos políticos e morais, sem eficácia, sendo a Constituição que os abriga tornada letra morta, inserindo-se num plano irreal, utópico.

A exclusão da submissão dos créditos bancários à recuperação judicial, praticamente inviabiliza a possibilidade de retirar a empresa desse período de difícil situação econômica.

Em praticamente todos os processos de recuperação empresarial, a maioria dos credores são as instituições financeiras, bem como seus créditos são os de maior valor.

Deve-se tratar, por conseguinte, todos os credores de forma igual, com isonomia. Incluindo-se os créditos bancários no rol dos credores sujeitos a recuperação, gera a possibilidade clara de se conceder o fôlego necessário para a empresa se recuperar, mantendo-se os empregos dos trabalhadores, dando continuidade ao recolhimento dos impostos e gerando benefícios a população em geral.

(...)

A ordem econômica, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal, funda-se na valorização do trabalho e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca do pleno emprego.

A recuperação da empresa então passou a ser analisada não para buscar a efetividade dos interesses dos sócios, mas sim com o objetivo de se fazer prevalecer o interesse público, exposto no art. 170 da Constituição Federal.

Deve prevalecer, por conseguinte, a função social da empresa. Os créditos das instituições financeiras são sempre os de maior valor.

É necessário, portanto, que se submetam também, à lei de recuperação de empresas, como determina o caput do art. 49 da Lei 11.101/2005, igualmente, como todos os demais credores, obedecendo-se o princípio constitucional da isonomia.

Caso contrário, como se tem visto habitualmente no dia a dia forense, nas varas de falências e de recuperação judicial, uma empresa que poderia continuar suas atividades têm que fechar as portas. Assim, extinguem-se os empregos; as famílias dos demitidos passam por situação de penúria; outras empresas que prestam serviços para a recuperanda também vão à falência.

É uma reação em cadeia.

Toda a sociedade perde, até mesmo a União, Estado e Município, em decorrência do não recolhimento dos tributos.

A não submissão dos créditos bancários a lei 11.101/ 2005, fere as determinações do art. 170 da Constituição Federal, principalmente no que se refere a função social da propriedade.

Assim, qualquer benefício concedido às instituições financeiras pela lei 11.101/ 2005, está em desacordo com o art. 170 da Constituição Federal, portanto, inconstitucional, e não será aplicado por este juízo.

(...)

Nossos egrégios tribunais reiteradamente vêm tendo avanços, decidindo em benefício da coletividade, interpretando as normas legais de modo a buscar o fim social a que se destina, não medindo esforços para possibilitar a recuperação das empresas, como é o caso do Superior Tribunal De Justiça.

(...)

Nossos egrégios tribunais, verificando os equívocos contidos na legislação falimentar, passaram a corrigi-los, conforme os acórdãos referidos, buscando viabilizar a efetividade da legislação, justamente para que seja atingido o fim precípuo, a função social da empresa.

(...)

Posto isso, com base nos fundamentos expostos e, diante da inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da Lei 11.101/2005, deixo de aplicá-los na presente ação, posto que está em desacordo com as normas e princípios constitucionais (artigos 170 e 1º, I da CF), principalmente os que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas, declarando que os créditos bancários decorrentes dos institutos jurídicos descritos nos parágrafos referidos, credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; bem como adiantamento de contrato de câmbio, estão sujeitos à recuperação judicial.

No decorrer da presente ação, outras normas legais contidas na lei 11.101/ 2005 também poderão deixar de ser aplicadas, se estiverem em desacordo com os princípios constitucionais anteriormente mencionados.

Caso o Tribunal não entenda pela inconstitucionalidade dos artigos legais supramencionados, deve-se enfatizar que de qualquer forma os créditos bancários decorrentes de contratos como os mencionados no art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05 - caso referidos contratos não tenham sido devidamente registrados no Cartório de Registro de Títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, como preceitua o art. 1361 do CC/ 02 - devem se submeter à recuperação judicial.

(...)

A interpretação dos dispositivos legais contidos na lei 11.101/05 deve ser efetuada com base no princípio da preservação da empresa, adotado pelo legislador de 2005, que prestigiou este novo paradigma, haja vista que pelo referido princípio temos que, na solução da crise econômico-financeira da empresa, devem ser considerados primordialmente os interesses da coletividade, que em geral, correspondem à preservação da empresa.

A empresa representa hoje um dos principais pilares da economia moderna, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho, de rendas tributárias, de fornecimento de

produtos e serviços em geral, além de ser o motor do sistema da livre concorrência, dentre muitas outras funções.

Destarte, consubstanciada numa unidade de distribuição de bens e serviços, um ponto de alocação de trabalho e oferta de empregos, integra como elo de uma imensa corrente do mercado cuja falência certamente causará sequelas irreversíveis.

Assim, a liquidação definitiva de uma empresa que, apesar de acometida de dificuldades financeiras se mostre viável, representa um grande prejuízo para a sociedade, eis que se perdem, principalmente, postos de trabalho e fontes de renda tributária.

(...)

Posto isso, em face dos argumentos expendidos, preenchidos os requisitos e pressupostos, especialmente sob a égide do princípio da preservação da empresa, defiro o processamento da recuperação judicial pleiteada por SF Fôrmas para Construção Civil Ltda. (CNPJ nº 00.110.268/0001-86), SF Escoramentos Ltda. (CNPJ nº 13.419.097/0001-13) e SF Sistema de Fôrmas para Concreto Ltda. (CNPJ nº 15.114.179/0001-85). Nomeio como administradora judicial a empresa Vinicius Coutinho Consultoria e Perícia S/S Ltda, pessoa jurídica de direito privado, especializada em perícia, avaliação e administração judicial, com endereço à Rua 13 de maio, 2.500, sl. 1307, 13º andar, Centro, Campo Grande (MS), telefone (67) 3389-3000 e endereço eletrônico intimacao@vcpericia.com.br; que detém equipe multidisciplinar; conforme exigência da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, em decorrência do programa nacional de modernização das varas especializadas de falência e recuperação judicial.

(...)

Da impugnação a relação de credores (artigos 8º, 11, 12, 13 da LFR) o comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação no DJ/MS da relação referida no art. 7º, § 2º, (edital que publica a relação de credores elaborada pelo administrador), nos termos do art. 8º da mesma lei.

Apresentada a petição inicial da Impugnação a relação de credores, os credores cujos créditos foram impugnados deverão ser intimados para contestar em cinco dias.

Transcorrido esse prazo, o devedor e comitê, se houver, deverão ser intimados para apresentar manifestação em cinco dias.

Na sequência, ultrapassado os cinco dias, o administrador deverá ser intimado para apresentar seu parecer, bem como o Ministério Público, em cinco dias e em seguida os autos deverão ser remetidos a conclusão. Tratando-se de várias impugnações sobre o mesmo crédito, haverá apenas uma autuação (§ único do art. 13).

(...)

Assim, diante dos fundamentos expostos, reconheço a desnecessidade de instauração de processo de habilitação trabalhista retardatária.

Determino, portanto, que não sejam distribuídas ações incidentais de habilitações trabalhistas retardatárias.

O empregado deverá enviar ao e-mail do administrador judicial, intimacao@vcpericia.com.br, a certidão de crédito trabalhista, ou sentença trabalhista, e demais documentos que entender necessários, para que seu crédito seja incluído na relação de credores e, posteriormente, no quadro geral de credores.

O banco ora agravante insurgiu-se contra a decisão supramencionada, alegando, em síntese, que o art. 49, §§3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005 é constitucional e aplicável, devendo os créditos mencionados em tais artigos permanecerem, eis que não se sujeitam à recuperação judicial; e não se faz necessário o registro da Cédula de Crédito Bancário para a validade da propriedade fiduciária e, por consequência, aplicação do § 3º, do art. 49, da Lei nº 11.101/2005.

No caso, inexistiu qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz José Henrique Neiva de Carvalho e Silva, o qual bem analisou os fundamentos de fato e de direito contidos nos autos.

Nego, portanto, provimento ao recurso interposto.

Com efeito, as matérias questionadas cingem-se a verificar se deve ou não subsistir a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, dispensando os contratos de registro para que a garantia real tenha valor.

Em razão da Instauração do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50001, a tramitação do presente recurso foi sobrestada (f. 337-338).

Julgado improcedente o incidente supramencionado, e declarando a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005 (f. 343-371), o acórdão ficou assim emendado:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 49, §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 SUSCITADO PELOS MEMBROS DA 4ª CÂMARA CÍVEL DESSA CORTE – DECISÃO DO MAGISTRADO DA VARA DE FALÊNCIAS, RECUPERAÇÕES, INSOLVÊNCIAS E CARTAS PRECATÓRIAS CÍVEIS DA CAPITAL QUE SUBMETEU AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OS CRÉDITOS BANCÁRIOS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES RELACIONADAS AOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO E CESSÃO FIDUCIÁRIA NO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA PREVISTO NO ARTIGO 47 DEVE SER INTERPRETADO COM CAUTELA A FIM DE NÃO COLIDIR COM OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA NORMA EM HARMONIA COMO UM TODO – SISTEMA FINANCEIRO E ECONÔMICO PRECEDENTES DO STJ PARA NÃO BANALIZAR A LEI DE FORMA QUE TODOS OS CRÉDITOS SEJAM SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PREVISÃO EXPRESSA DA EXCEÇÃO QUE DEVE SER OBSERVADA A LEGISLAÇÃO RESPECTIVA – DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS §§3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/2005 NO CASO CONCRETO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM – IMPROCEDENTE. 1- Na Lei de Falências e de Recuperação de Empresas há vários dispositivos amparados para atendimento ao princípio da preservação da empresa. Exemplos: artigos 6º, caput; 50; 58, §§1º e 2º; 59; 60, § único; 64, caput, 67; 95. No entanto, é preciso destacar a impossibilidade de manter uma empresa em crise financeira a qualquer custo, pois a criação de ofertas de créditos mais privilegiados com a redução dos encargos financeiros com garantias é também propiciar a segurança e a confiabilidade do mercado econômico como um todo, a fim de que as operações de crédito tenham redução dos riscos. Daí que deve prevalecer a conclusão lógica de que se houver menor risco há menor taxa de juros. 2- Há de se ater a segurança jurídica e a previsibilidade dos efeitos que tragam clareza ao mercado financeiro de forma que não prevaleçam maiores consequências socioeconômicas na interpretação da norma. 3- O posicionamento doutrinário adotado por Fabio Ulhoa Coelho dá uma interpretação sistemática dos créditos privilegiados: “(...) A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um

todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito. (...)”. 4- *Os contratos de créditos com direitos reais em garantias como a alienação fiduciária e a cessão fiduciária de direitos creditórios possuem juros mais atrativos, por isso são comum que as empresas procurem estes tipos de créditos quando necessitam para dar continuidade ao seu desenvolvimento econômico.* 5- *O dispositivo trazido no § 3º do art. 49 da Lei nº 11101/2005 traduz que o credor é proprietário do bem segundo a lei, eis que há uma transferência da propriedade resolúvel daquele bem (móvel ou imóvel), e se a obrigação não for cumprida pelo devedor tal propriedade se opera, vindo a expor que os créditos dessa natureza (alienação fiduciária) não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.* 6- *Precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.412.529/SP: (...) “1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.”* 7- *Reconhecimento para declarar a constitucionalidade dos §§3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 para manter os dispositivos expressos prevalecendo a intenção do legislador quando excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis e de arrendar mercantil, bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio em razão que assim entendeu com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico para fomentar a oferta de créditos pelas instituições financeiras com taxas de juros reduzidas menores que os praticados no mercado financeiro atendendo o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social, inexistindo conflito e ofensa aos princípios emanados no art. 170 da Constituição Federal.*

Contudo, a conclusão apresentada certamente trará prejuízos irreparáveis à recuperanda e não para o banco.

Como é cediço, a intenção da Lei nº 11.101/2005, ao menos era criar mecanismos eficientes para que o empresário consiga, efetivamente, se reerguer, superando a situação de crise econômico-financeira por meio dos princípios que norteiam o instituto, quais sejam, o da preservação da empresa, do desenvolvimento de sua função social e principalmente, o estímulo da atividade econômica, de forma a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, a fim de que, uma vez saneada, a empresa possa continuar a produção de bens e serviços, geração de riquezas e o fomento da economia brasileira.

No presente caso, ainda que não se trate de bens de capital, a cessão fiduciária dos “recebíveis” da empresa recuperanda, conhecida como ‘trava bancária’, instituto pelo qual os empréstimos bancários concedidos às sociedades empresárias são garantidos mediante retenção direta do débito, impossibilita a movimentação financeira nas contas dos devedores, até a quitação total, inviabilizando totalmente o funcionamento da empresa recuperanda, indo, portanto, de encontro a todos os princípios que regem a recuperação judicial.

Assim sendo, até que o Superior Tribunal de Justiça reveja esta questão em sede de recurso representativo de controvérsia, mantenho a suspensão da trava bancária, dependendo, caso a caso, do contrato estar registrado ou não.

Na hipótese, ao contrário do afirmado pelo banco ora agravante, não merece reforma a decisão no que tange à submissão à recuperação judicial dos contratos que não foram registrados no Cartório de Registro de Títulos antes do ajuizamento da ação de recuperação, em conformidade com o que determina o artigo 1.361 do Código Civil. Confira-se:

Art. 1.361.

(...)

§ 10. Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Grifei.

Registre-se, por oportuno, que é imprescindível para constituição da propriedade fiduciária que os respectivos créditos estejam devidamente formalizados e registrados no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor.

Assim, caso os referidos contratos não tenham sido devidamente registrados no Cartório de Registro de Títulos, antes da propositura da ação de recuperação judicial, estes deverão ser submetidos ao regime de recuperação judicial.

Portanto, havendo o registro do contrato antes da propositura da ação, o crédito não se sujeita à recuperação, sendo portanto permitida a trava bancária. E, não havendo o registro, o crédito se sujeita ao regime de recuperação, sendo suspensa a trava bancária.

Nesse sentido, eis o posicionamento adotado pela jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/2005 – ENTENDIMENTO DA QUINTA CÂMARA CÍVEL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO AMPARADA POR GARANTIA DA CESSÃO FIDUCIÁRIA NÃO PODE SER CLASSIFICADA COMO CRÉDITO EXTRACONCURSAL, MAS, SIM, QUIROGRAFÁRIO, UMA VEZ NÃO REGISTRADA, NA FORMA DO ART. 1.361, PAR. 1º, DO CC/2002, ANTES DO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA – INTERPRETAÇÃO DA ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/2005 – HONORÁRIO DO ADMINISTRADOR – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...) A cédula de crédito bancário garantida por alienação/cessão fiduciária que não tenha sido registrada perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos, afronta o que determina o artigo 1.361, parágrafo 1º, do Código Civil, requisito indispensável para a constituição da propriedade fiduciária, não se tratando tal ato de mera publicização a fim de conferir-lhe efeito erga omnes. Os créditos decorrentes do aludido contrato não podem ser considerados extraconcursais, mas sim, quirografários, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados no domicílio da agravada, antes de iniciada a recuperação judicial, não está a agravante na posição de proprietária fiduciária. Embora o artigo 42 da Lei nº 10.931/04 estabeleça que “a validade e eficácia da cédula de crédito bancário não dependem de registro”, também prevê que “as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável”. **Ocorre a inaplicabilidade do par. 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05, face ao não registro do crédito bancário e sua garantia no cartório de títulos e documentos para valer contra terceiros. O crédito da Agravante, apesar de garantido por alienação fiduciária, está submetido ao regime da Recuperação Judicial da devedora, não sendo possível a execução imediata do objeto da garantia. A cobrança da cédula bancária sem submissão à disciplina da recuperação causaria grave prejuízo à agravada, retirando-lhe a disponibilidade do crédito, justamente quando enfrenta reconhecida crise financeira. (...)**¹ Grifei*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 49 DA LEI 11.101/05 – AFASTADA – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – ART. 1.361, § 1º, DO CC – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – RECURSO DESPROVIDO. (...) Os créditos decorrentes de Cédulas de Crédito Bancário garantidos por alienação fiduciária, não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o credor na posição de proprietário fiduciário, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por tal razão, não incide o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, sujeitando-se ao regime da recuperação judicial.*² Grifei

¹ Agravo de Instrumento nº 1404247-73.2016.8.12.0000 - Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/07/2016; Data de registro: 18/07/2016

² Agravo de Instrumento nº 1410362-47.2015.8.12.0000 - Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 17/11/2015

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDAS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – ART. 1.361, § 1º, DO CC – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE DE POSSIBILITAR A EFETIVA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA – PROBABILIDADE DO DIREITO E RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO – PLAUSIBILIDADE DA TESE DE INAPLICABILIDADE DO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – RECURSO IMPROVIDO. Em princípio e apenas para efeito de análise de tutela de urgência (probabilidade do direito alegado), a norma prescrita nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01 não se aplica aos créditos decorrentes de cédulas de crédito bancário garantidos por alienação fiduciária, haja vista que eles não podem ser considerados extraconcursais, devido à ausência de registro anterior ao pedido de recuperação judicial.³ grifei

Nesse passo, os créditos decorrentes desse tipo de contrato não podem ser considerados extraconcursais, pois não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o detentor do título na posição de proprietário fiduciário.

Frise-se que, ainda que fosse possível reconhecer que os créditos fiduciários enquadram-se na exceção prevista no § 3º, do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, entendo que seria necessário o registro do contrato, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil, o que não ocorreu na espécie.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Banco Safra S.A., mantendo intacta a decisão hostilizada.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2018.

³ TJ/MS - AI nº 1411220-44.2016.8.12.0000 - Relator(a): Des. Claudionor Miguel Absz Duarte; Comarca: Paranaíba; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/12/2016; Data de registro: 16/12/2016

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0805575-87.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO OU SUPRIMENTO OU RESTAURAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO DO AVÔ MATERNO E ACRÉSCIMO DO DA AVÓ MATERNA – JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de retificação do registro público civil.

A regra é a inalterabilidade do registro civil (tanto do prenome quanto do patronímico), somente excepcionada em casos sobejamente justificados, não sendo possível admiti-la por questão de ordem meramente pessoal. Não estando configurados os requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei de Registros Públicos.

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, 22 de janeiro de 2019.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Luciano Mendes Campos contra a sentença (f. 21-23) proferida nos autos da ação de retificação ou suprimento ou restauração de registro civil em epígrafe.

O apelante recorre, afirmando, em suma, que:

“(...) Em suma, a douta juíza de piso inferiu o pleito do apelante acerca da modificação de seu sobrenome indicado no registro civil, sob a justificativa de que, em seu entender, não há justa causa. (f. 32)

Destaca-se que o recorrente pretende com a presente demanda judicial obter o sobrenome Sousa por ser esse o que identifica sua linhagem materna. (f. 33)

Portanto, o anseio tem cerne histórico e sentimental, cuja satisfação não pode ser tolhida, visto que trará felicidade a ele; serão preservados os sobrenomes familiares já que seu nome será composto por Sousa (sobrenome de origem materna) e Campos (sobrenome de origem paterna); e não causará prejuízos a ninguém. (f. 33)”

Ao final, requer:

“(...) seja o presente recurso conhecido e no mérito provido, para o fim de que o decismum de f. 21/23, seja reformada julgando-se procedente o pedido formulado na petição

inicial acerca da alteração de sobrenome do Apelante para que ele passe a ter por nome Luciano Sousa Campos, pelos motivos aqui explicitados” (f. 36)

Devidamente intimado, o interessado apresentou manifestação às f. 41-45.

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer às f. 55-59, manifestando-se pelo:

“(...) conhecimento e provimento do apelo para que seja expedido ofício ao cartório competente a fim de retificar o registro civil do recorrente para que passe a chamar Luciano Sousa Campos ou, subsidiariamente, Luciano Sousa Mendes Campos.”

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Luciano Mendes Campos contra a sentença (f. 21-23) proferida nos autos da ação de retificação ou suprimimento ou restauração de registro civil em epígrafe.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes termos:

“(...) Trata-se de pedido de alteração de registro civil formulado por Luciano Mendes Campos, visando excluir de seu assento de nascimento o sobrenome de sua mãe “Mendes”, trocando-o pelo patronímico “Souza” que pertence ao seu avô materno.

É sabido, que a Lei dos Registros Públicos prescreve o princípio da imutabilidade do nome, porém, admite a substituição do nome apenas em casos excepcionais.

No caso em exame alegam os representantes do autor que não tinham a intenção de registrar o filho com o sobrenome do avô materno, mas sim com o do sobrenome da avó materna, e que agora ele possui o sobrenome diferente da irmã.

Vejo, contudo, que não há motivação plausível a justificar a presente lide, isso porque a alteração do nome ou sobrenome só é possível em situações excepcionais previstas em lei dentre as quais não se encaixa a situação do autor.

Ressalte-se que o requerente herdou o sobrenome de seus genitores, o que torna perfeita a sua identificação familiar, visto que o sobrenome tem função de identificar a procedência da pessoa, indicando a sua filiação, não admitindo-se, portanto, a exclusão dos apelidos de família sem motivação relevante.

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

Ademais, analisando os documentos pessoais do autor juntados às f. 11, note-se que além do prenome, já compõem seu nome um patronímico do tronco familiar materno (Souza) e outro paterno (Campos), não ensejando justo motivo para a alteração pretendida. Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial (...).”

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que: a douta juíza de piso inferiu o pleito do apelante acerca da modificação de seu sobrenome indicado no registro civil, sob a justificativa de que, em seu entender, não há justa causa (f. 32); o anseio tem cerne histórico e sentimental, cuja satisfação não pode ser tolhida (...), serão preservados os sobrenomes familiares já que seu nome será composto por Sousa (sobrenome de origem materna) e Campos (sobrenome de origem paterna); e não causará prejuízos a ninguém (f. 33); pretende com a presente demanda judicial obter o sobrenome Sousa por ser esse o que identifica sua linhagem materna (f. 33).

Ao final, requer que:

(...) 'seja o presente recurso conhecido e no mérito provido, para o fim de que o decisum de f. 21-23, seja reformada julgando-se procedente o pedido formulado na petição inicial acerca da alteração de sobrenome do apelante para que ele passe a ter por nome Luciano Sousa Campos, pelos motivos aqui explicitados' (f. 36) (sic)

No caso, da análise dos autos e da leitura da decisão supratranscrita, verifico a inexistência de fundamentos que autorizem a modificação da conclusão a que chegou a magistrada de piso, juíza Aline Beatriz de Oliveira Lacerda.

Nego provimento ao recurso.

Acerca do tema, prevê a Lei de Registros Públicos:

(...)

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei."

Não é possível enquadrar o recorrente na primeira hipótese (art. 56), eis que trata-se de menor de idade.

Quanto à segunda hipótese (art. 57), há de se analisar a origem do desejo de mudança.

E, ao se analisar a motivação declinada pelo apelante, não se pode classificá-la, juridicamente falando, como situação excepcional que justifique o acolhimento do pleito. Almeja o requerente a supressão do patronímico do avô materno e o acréscimo do patronímico da avó materna, sustentando que no momento do registro, o oficial recursou-se a fazer desta forma, justificando que somente poderia ser registrado com o sobrenome do avô materno e não da avó.

Sustenta, ainda, que no ano de 2017, nasceu a irmã do requerente, a qual não teve empecilhos para ser registrada da forma supracitada. Logo, a fim de regularizar o registro civil do filho, harmonizando seu nome para que conste o sobrenome da avó materna, ajuizou a presente ação.

Contudo, verifica-se que o requerente tem 9 (nove) anos e quando ingressou com a ação tinha apenas 8 (oito) anos de idade, o que torna a medida proposta demasiadamente precipitada. Ademais, não há nos autos alegações reais de necessidade, o que faz concluir, com a devida vênia, que está relacionada a mera vontade da genitora, especialmente tendo em vista a idade do autor.

Some-se a isso o fato de que em momento algum restou comprovada a recusa do oficial do cartório em efetivar o registro da forma requerida na peça exordial.

Desta feita, considerando que os registros públicos se regem pelo princípio da imutabilidade e que o recorrente deixou de comprovar que se trata de situação excepcional, apta a determinar a exclusão do patronímico do avô materno e da inclusão do patronímico da avó materna, impõe-se o improvimento do apelo.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ACRÉSCIMO DE SOBRENOME AVOENGO – JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. A regra é a inalterabilidade do registro civil (tanto do prenome quanto do patronímico), somente excepcionada em casos sobejamente justificados, não sendo possível admiti-la por questão de ordem meramente pessoal. Não estando configurados os

requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei de Registros Públicos.¹

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. A alteração do nome só pode ser permitida de forma excepcional e justificada. O nome que não provoca prejuízo a quem o ostenta, tampouco expõe a pessoa ao ridículo, exclui-se dentre as hipóteses de retificação permitidas pela Lei de Registros Públicos (artigos 56 e 57). NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.²

Como se vê, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, posto que a regra é a imutabilidade do registro, sendo possível fazê-lo apenas em casos excepcionais, situação esta, frise-se, que não restou demonstrada pelo apelante no presente caso.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença de origem.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1 TJMS. Apelação nº 0806765-50.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 14/12/2015, p: 14/01/2016
2 TJRS. Apelação Cível nº 70059861724. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Publicação: Diário da Justiça do dia 25/11/2014.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0600109-72.2012.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – DEFERIDA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA CÔNJUGE DO RÉU INVENTARIANTE EM AÇÃO DE SONEGADOS – NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 10, § 1º, INCISO I E ART. 47, AMBOS DO CPC DE 1973 – CÔNJUGE CASADA EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE BENS SONEGADOS – RESULTADO DA LIDE QUE INTERFERE DIRETAMENTE NO PATRIMÔNIO DOS CÔNJUGES – NULIDADE PROCESSUAL INSANÁVEL – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – SENTENÇA REFORMADA – RECUSOS PROVIDOS.

Presentes os requisitos previstos no artigo 1.012, § 4º, do CPC, o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo.

Reforma-se a sentença para julgar procedente a ação declaratória de nulidade, porquanto não requerida e promovida a citação da cônjuge do réu da ação de sonegados, casados sob o regime de comunhão universal de bens, de rigor o reconhecimento da nulidade do processo, eis que configurada a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 10, § 1º, I, e art. 47, ambos do CPC de 1973.

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 maioria, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que negava provimento aos recursos. Julgamento nos moldes do artigo 942 do CPC. Indeferida a sustentação oral, em razão de já estar em conclusão de julgamento.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Eunice Aroma Fernandes e Abel Aroma Fernandes contra a sentença (f. 1657-1667) proferida nos autos da ação declaratória de nulidade em epígrafe.

Eunice Aroma Fernandes afirma, em síntese, que:

“[...] A presunção equivocada de que a ciência de terceiro não participante da lide, sobre a existência de ação que poderá lhe atingir, não supre a necessidade normativa de sua inclusão do polo passivo da ação para fins de lhe viabilizar o exercício das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. (f. 1688)

A garantia que se pretende ver reconhecida é de participação no processo para fins de defender seus interesses na qualidade de cônjuge e não de herdeira. Não se pode confundir as duas intenções. [...] (f. 1690)

[...], o fato de a ação ser personalíssima não significa que somente possa ter um réu. Como já mencionado, a pretensão deve ser deduzida em juízo contra aquele que irá suportar os efeitos da decisão judicial. Logo, mesmo sendo personalíssima, isso não impede que mais de uma pessoa esteja obrigada a suportar os efeitos da pretensão. (f. 1692)

Logo, a contrário senso, se a suposta sonogação recaiu sobre imóveis, tal qual a hipótese dos autos, é o caso de se considerar como ação real imobiliária, aplicando-se, assim, a norma processual que obriga a citação do cônjuge, de modo que o reconhecimento da nulidade do processo se impõe, ante a ausência de pressuposto de validade. (f. 1695-1696).”

Ao final, requer:

“(...) seja concedido efeito suspensivo ao presente recurso, na forma do §4º, do artigo 1.012 do CPC, haja vista a demonstração de probabilidade de provimento deste recurso, para o fim de manter a suspensão dos efeitos da sentença prolatada na ação de sonogados, até o trânsito em julgado da presente ação; o conhecimento e provimento do presente para o fim de reformar a sentença recorrida, acolhendo os pedidos iniciais formulados pela recorrente, anulando a sentença proferida nos autos da ação de sonogados pela não inclusão do litisconsorte necessário no polo passivo, com a consequente inversão do ônus da sucumbência.” (f. 1703-1704)

Por sua vez, Abel Aroma Fernandes alega, em suma, que:

“(...) Todavia, o fato é que quando fora apresentado o pedido de ingresso no feito, ainda corria prazo para outros assistentes apresentarem memoriais. Logo, diferentemente do que assentou o juízo a quo não havia sido encerrado ainda o prazo para memoriais e o processo não estava concluso para sentença. (f. 1719)

Assim, não poderia o julgador simplesmente ignorar o pedido de ingresso deixando para apreciá-lo apenas na sentença, quase quatro meses depois. (f. 1720)

Na remora hipótese de não ser reconhecida a nulidade da sentença recorrida, seguramente haverá reforma, pois não houve a correta aplicação do direito ao caso. [...] (f. 1721)

Todavia, esqueceu-se o julgador que a formação da relação jurídica processual não é uma faculdade da parte. O autor de uma demanda deve incluir no polo passivo aqueles que sofrerão as consequências da procedência do seu pedido. Não o fazendo, há o vício insanável no processo a merecer sua invalidação. (f. 1721)

E mesmo que assim não fosse, em razão do regime de bens de casamento, a autora deveria compor aquele efeito, pois obviamente que a sua procedência teria aptidão para atingir seus interesses processuais. (f. 1722)”

Ao final, requer:

“(...) o conhecimento e provimento deste recurso, para o fim de reconhecer a nulidade da sentença vergastada, ante a patente violação ao contraditório e ampla defesa, ou, caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, que seja provido para reformar a sentença recorrida, julgando procedente o pedido da autora.” (f. 1722)

Devidamente intimada, Neide Aroma apresentou contrarrazões às f. 1750-1757.

VOTO (EM 27/11/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Eunice Aroma Fernandes e Abel Aroma Fernandes contra a sentença (f. 1657-1667) proferida nos autos da ação declaratória de nulidade em epígrafe.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

II – Fundamentação

Versam os autos de ação declaratória de nulidade movida por Eunice Aroma Fernandes em face de Neide Aroma e outros.

Pretende a autora, através do presente processo judicial, ver anulado os autos de ação de sonogados movida pelos requeridos exclusivamente contra o falecido Manoel Fontes Fernandes (esposo da autora), uma vez que a requerente não foi devidamente citada nos autos referidos, sendo de imposição legal a sua citação, eis que se trata de litisconsórcio necessário.

Antes de adentrar o mérito, necessário que se decida com relação à preliminar suscitada em sede de contestação.

Da ocorrência da coisa julgada

Diz a parte requerida em sua contestação, como preliminar prejudicial de mérito, que a mesma alegação formulada nestes autos (necessidade de integrar a lide, como litisconsorte necessário), já foi formulada pelo marido da autora quando da interposição da sua apelação, apreciada e rejeitada no v. acórdão, pois, naqueles autos a autora poderia ter ingressado ou sido denunciada à lide pelo marido.

Sem razão a parte requerente.

Com efeito, fazendo larga digressão sobre os autos de sonogados, pode-se observar que na contestação formulada pelo falecido Manoel Fontes Fernandes não foi formulado pedido de denúncia à lide do litisconsórcio necessário (f. 1223-1228), não foi objeto de decisão no juízo de primeiro grau (f. 1260-1.273), nem mesmo objeto de recurso de apelação (f. 1274-1289), sendo que o fato de constar do acórdão (“não há cogitar da necessidade de integração à lide de sua esposa, como litisconsorte necessário” – f. 1309), não faz coisa julgada, pois, decidida de forma incidental, sem provocação das partes, a teor do contido nos artigos 504, inciso I do Código de Processo Civil.

Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito.

Do Mérito.

Referente ao mérito, duas questões deverão ser observadas e decididas de modo a que se promova a prestação jurisdicional pretendida: a falta de citação da autora nos autos de sonogados, e, como consequência, a formação do litisconsórcio necessário.

Para tal deiderato, deve-se ter em conta o que a doutrina entende por citação.

Segundo leciona Daniel Amorim Assumpção Neves, “citação é o ato pelo qual se chama o réu ou o interessado a fim de se defender”.¹

Sem destoar, Fredie Didier Jr., define como “o ato processual de comunicação ao sujeito passivo da relação jurídica processual (réu ou interessado) de que em face dele foi proposta uma demanda, a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou manifestar-se”.²

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Editora Método, 3ª ed., pág. 321.

² DIDIER, Fredie Jr., **curso de direito processual civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Editora Podium, 11ª ed., pág. 463.

Fica então definido que citação é o ato pelo qual se chama alguém a juízo para vir se defender.

Além das formas de citação estabelecidas pela lei (citação pelo correio, citação por mandado, citação por edital e citação eletrônica, tendo o novo CPC acrescentado a citação através do escrivão ou chefe de secretaria), pode-se dizer se existe alguma outra forma pela qual a parte toma conhecimento do processo e vem aos autos para se defender, querendo?

Tenho para mim que sim, pois, o réu pode comparecer espontaneamente aos autos, tal como previa o artigo 214, § 1º do CPC e promover a sua defesa, e reafirmado no artigo 239, § 1º do NCPC.

E, independentemente do ato formal de citação da autora que não se realizou nos autos de ação de sonogados, teria a autora tomado conhecimento da ação proposta em face de seu falecido marido, e deixado de comparecer a juízo por sua deliberada vontade, não formando o litisconsórcio necessário, pois que assim decidiu?

A parte requerida traz em sua contestação prova documental emprestada (dos autos de sonogados movidos contra o falecido Manoel, contra ela própria e na ação de arrolamento de bens proposta contra a autora), que evidenciam que a autora tinha ciência da ação proposta contra ela, e que efetivamente não compareceu aos autos de ação de sonogados proposta em face de Manoel Fontes Fernandes, por sua deliberada escolha.

Frise-se, então, que foi movida uma ação de sonogados em face da requerente (Autos nº 95.5010231-9), uma outra em face de seu esposo Manoel Fontes Fernandes (Autos nº 95.5010232-7) e a de arrolamento de bens em face do casal (Autos nº 021.00.001744-3), sendo que a ação movida contra a autora foi na qualidade de herdeira e contra seu marido pelo exercício da inventariança.

São provas robustas de que a autora tinha conhecimento da ação intentada contra seu falecido marido:

Nos autos de nº 95.5010232-7 (ação de sonogados contra Manoel Fontes Fernandes), a esposa do requerido, e autora nestes, recebeu e assinou o mandado de intimação para a audiência de instrução e julgamento, consoante se observa de sua assinatura à f. 1230 vº, e certificado à f. 1231.

Nestes mesmos autos, o falecido Manoel Fontes Fernandes constituiu o mesmo advogado que Eunice Aroma Fernandes, na mesma data (20/04/1995), sendo que constou do instrumento de procuração outorgado por Manoel Fontes Fernandes, o mesmo número do processo de sonogados movido contra Eunice Aroma Fernandes, consoante se observa de f. 1123-1126.

De igual forma, na ação de sonogados movida contra Manoel Fontes Fernandes, este, em sua peça de contestação afirma “que os próprios autores acostaram à inicial da outra ação de sonogados que promovem em face de Eunice Aroma Fernandes, cuja cópia também é juntada a esta contestação”, f. 1.226, enquanto que Eunice Aroma Fernandes, na contestação de ação de sonogados movida contra si (Autos nº 95.5010231-9), fez constar: “refutar esse possível argumento com os próprios documentos acostados à inicial e a peça vestibular da ação de sonogados que eles também promoveram em face de seu marido Manoel Fontes Fernandes”, f. 1129.

Diante deste quadro, é cristalino que a autora desta ação anulatória sempre teve conhecimento da ação de sonogados movida em face de seu marido Manoel Fontes Fernandes, e, se ali não compareceu para se defender, o fez por sua liberalidade.

Acrescente-se, mais, que foi proposta ação de arrolamento de bens, promovida pela requerida Neide Aroma em face de Manoel Fontes Fernandes e Eunice Aroma Fernandes, onde faz-se referência aos processos principais de sonogados, f. 1197-1198, sendo que a

autora Eunice Aroma Fernandes ficou como depositária dos bens arrolados, tal como se vê à f. 1204, tendo sido na mesma data citada de referida cautelar, assim como seu marido – f. 1205.

Em mencionada ação de arrolamento de bens, adrede mencionada, foi realizada audiência de conciliação, sendo que a ora requerente, compareceu pessoalmente, e de todo o processado tomou conhecimento – f. 585, dos autos de arrolamento.

Tem-se, portanto, as razões e as provas que atestam que a autora sempre teve conhecimento da ação de sonogados movida em face de seu marido Manoel Fontes Fernandes.

Diante de todo o exposto, resta evidente que a autora, não obstante a ausência do ato formal de citação, através de mandado expedido e cumprido por oficial de justiça, tinha pleno conhecimento da ação de sonogados movida em face do marido.

Todavia, ainda que assim não fosse, resta a análise acerca da necessidade da sua citação, ou seja, perquirir se o litisconsórcio era necessário, eis que, não sendo o litisconsórcio necessário, torna-se prescindível a sua citação naqueles autos de sonogados, e, ainda, em sendo necessário, se era ainda, unitário e, quais as consequências da ausência da integração do contraditório.

A priori cumpre esclarecer a distinção entre litisconsórcio necessário e unitário, cuja confusão trazida pelo artigo 47 do CPC/73, o Novo Código de Processo Civil de 2015 tratou de afastar.

Com efeito, haverá litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da decisão depender da citação de todos que devam ser litisconsortes (art. 114 do CPC).

No caso da ação de sonogados, não há que se cogitar de litisconsórcio necessário por expressa disposição legal, tendo em vista o disposto no artigo 621 do CPC/2015 e 994 do CPC/73, que não deixa dúvidas de que a ação de sonogados deve ser movida em face do inventariante.

Dispõe o artigo 621 do Código de Processo Civil que “**Só se pode arguir sonegação ao inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar.**” (grifo nosso)

Neste contexto, tem-se que, não tendo a autora assumido o encargo de inventariante nos autos de inventário de seu falecido pai, mas, tão somente o seu falecido marido, e, tendo ele, na qualidade de inventariante sonogado bens, somente em desfavor dele é que deveria ter sido ajuizada a ação de sonogados, a qual tem natureza personalíssima.

Neste sentido é a jurisprudência,

[...]

Assim, tendo a ação de sonogados, natureza personalíssima, somente figurando no polo passivo da ação o inventariante, não há que se cogitar de formação de litisconsórcio entre o inventariante e sua cônjuge, ora autora. Não havendo litisconsórcio necessário, não há razão para a declaração de nulidade, face a ausência de citação da autora.

O argumento trazido pela autora de que, por ser casada com o inventariante, no regime da comunhão universal de bens, faz com que o litisconsórcio seja necessário, não merece prosperar, vez que confunde litisconsórcio necessário com unitário.

O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

No caso da ação de sonogados, como alhures mencionados não há litisconsórcio necessário e, mesmo que assim não fosse, a decisão não poderia ser uniforme para o inventariante e para a herdeira, ora autora destes autos.

Isso porque, não tendo a autora sonogado bens ao descrever os bens na ação de inventário, justamente por não exercer o cargo de inventariante, não poderia sofrer os efeitos advindos da sonegação.

Poderia, outrossim, a autora, na qualidade de herdeira, ter contra si ajuizada ação de sonogados, em razão da doação inoficiosa, como de fato o foi, mas na ação de sonogados movida em desfavor do inventariante, a autora não poderia ser ré. Isso, porque, na qualidade de herdeira, sofreu, assim como as demais herdeiras, ora requeridas, os efeitos da sonegação dos bens, que deixaram de integrar o espólio, e, por consequência deixaram de ser partilhados entre as herdeiras.

Insta salientar, que a autora, até o presente momento, somente não experimentou os prejuízos advindos da sonegação de bens, pois, em verdade, era casada com o sonegador dos bens, em regime de comunhão universal de bens.

O ingresso da autora nos autos de sonogados, na qualidade de ré se mostra totalmente contraditório, pois descabe o ajuizamento de ação de sonogados em face de herdeira que sofreu os prejuízos da sonegação perpetrada pelo inventariante.

Assim, vislumbra-se totalmente desnecessária a citação da ré nos autos de sonogados movido em face do esposo, porque, na qualidade de herdeira, haveria de integrar o polo ativo da demanda e, não o polo passivo.

Não se pode acolher sua pretensão – decorrente de sua incúria – para anular o processo de sonogados movido contra Manoel Fontes Fernandes, que passou pela Justiça Estadual, largamente discutido através de série de recursos admitidos, chegando finalmente ao Superior Tribunal de Justiça, mantendo-se a sentença de 1º grau, condenando-se Manoel Fontes Fernandes a restituir ao espólio os bens sonogados ou os valores equivalentes, quando se sabe que foi a própria autora que escolheu por não fazer parte da ação de sonogados movida em face de seu marido Manoel Fontes Fernandes.

Finalmente, deve-se registrar que, quando do inventário de Abel Francisco Aroma, genitor da autora e das requeridas, estas eram menores, e à época, foram prejudicadas com a sonegação/dilapidação do patrimônio do falecido Abel Francisco Aroma, tanto pela autora (condenada que foi nos autos de sonogados movido contra ela a trazer à conferência e à colação – Autos nº 95.5010231-9), quando pelo seu marido, Manoel Fontes Fernandes (condenado a restituir ao espólio os bens sonogados ou os valores equivalentes), e, agora, novamente são prejudicadas, com os requerimentos formulados por Manoel Fontes Fernandes, e por seu espólio, dizendo-se idoso, doente, como se as requeridas destes autos também não o fossem, promovendo levantamento de valores de significativo valor, que pode, no caso de rejeição dos termos da inicial (quer por este juízo, quer a nível de tribunais superiores, em caso de recurso), trazer prejuízos irrecuperáveis às requeridas.

Da condenação da autora nas penas de litigância de má-fé.

Não é o caso de litigância de má-fé, nos termos do artigo 80 do novo Código de Processo Civil, como postulado pela parte requerida, e, sim, um direito de petição que assiste à requerente.

Aliás, deve-se dizer com toda franqueza, teses jurídicas abraçadas pelas partes com elevada relevância, motivo de pesquisa e reflexão, quer dos advogados, quer dos julgadores, de forma que não posso reconhecer a litigância de má-fé por parte da autora.

III - Dispositivo

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado nestes autos de ação declaratória de nulidade movida por Eunice Aroma Fernandes em face de Neide Aroma e Outros. Por consequência, julgo extinto o feito, o que faço com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Custas pela autora. Condeno a requerente no pagamento de honorários advocatícios em favor da advogada da parte requerida que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, como previsto no artigo 85, § 2º, e incisos do Código de Processo Civil.

Mantenho a decisão de f. 780-781, que indeferiu o pedido de tutela antecipada.

Junte-se cópia da presente decisão nos Autos 0806628-74.2015.12.0021 e Autos 0001744-60.2000.8.12.0021.

Procuração de f. 1639: anote-se.

P.R.I.

Certificado o trânsito em julgado, e observadas as formalidades archive-se.

Irresignados com a sentença supratranscrita, Eunice Aroma Fernandes e Abel Aroma Fernandes apelam, alegando, em síntese, que: teve seu patrimônio atingido pela procedência da ação de sonogados movida em face de seu esposo Manoel Fontes Fernandes, eis que é casada em comunhão universal de bens com o mesmo; era necessária a sua inclusão no polo passivo daquela demanda, em razão de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 47 e art. 10, § 1º, I, ambos do CPC de 1973 (atuais art. 114 e 73, § 1º, I, do CPC de 2015); deve ser concedido o efeito suspensivo ao recurso.

Aprecio em conjunto os apelos, porquanto as matérias neles expostas encontram-se entrelaçadas.

Da concessão do efeito suspensivo.

A apelante requer o recebimento do presente recurso no efeito suspensivo para evitar a eficácia da sentença que julgou improcedentes a presente ação anulatória, mantendo a decisão de f. 780-781 que indeferiu o pedido de tutela provisória.

Acerca da concessão do efeito suspensivo, o Código de Processo Civil estabelece que:

“(…)

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

[…]

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. (destaquei)

Verifica-se ser possível a concessão do efeito suspensivo quando comprovado dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

No caso vertente, verifico a probabilidade do direito da recorrente no tocante à nulidade absoluta ocorrida na ação de sonegados em razão da ausência de sua citação para compor a lide.

Outrossim, há fundamentação relevante capaz de causar dano grave ou de difícil reparação, uma vez que, por óbvio, com a procedência da sentença proferida na ação de sonegados, o patrimônio da apelante poderá ser desfalcado para fins de sobrepartilha, causa suficiente para demonstrar lesão grave ou de difícil reparação.

Posto isso, defiro o pedido de concessão do efeito suspensivo ao presente recurso de apelação e passo à análise do mérito.

Mérito.

No caso, da análise dos autos e da leitura da sentença supratranscrita, constato a presença de fundamentos que impõem a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz Rogério Ursi Ventura.

Dou provimento aos recursos.

Com efeito, a controvérsia dos autos cinge-se em analisar se a ausência de citação de cônjuge para compor o polo passivo da Ação de Sonegados (nº 0010232-77.1995.8.12.0021 - 021.95-010232-7) é causa passível de nulidade processual.

Anoto, por oportuno, que não se está discutindo na presente demanda qualquer matéria relativa ao mérito do que restou decidido na ação de sonegados.

A insurgência da apelante refere-se à ausência de sua citação para compor a supramencionada lide na condição de litisconsorte passivo necessário, porquanto é casada em regime de comunhão universal de bens com Manoel Fontes Fernandes, inventariante, o qual foi condenado a restituir, para a sobrepartilha, bens que teriam sido sonegados ou, caso não fosse possível a restituição, devolver o equivalente em dinheiro.

É incontroverso nos autos que a apelante não integrou a lide referente à ação de sonegados, tendo sido incluído no polo passivo e citado tão somente o cônjuge da ora apelante, Manoel Fontes Fernandes, por ser inventariante.

Ora, se não houve a aludida citação, não há como pressupor que a recorrente tinha conhecimento da referida ação de sonegados, fato que ilidiria a imprescindibilidade do ato processual.

Entendo, portanto, que não era obrigação da recorrente buscar integrar lide a qual não foi nem mesmo citada.

Analisando-se os autos, nada obstante o argumento da sentença combatida de que a ação de sonegados é personalíssima, devendo ser ajuizada somente quanto ao inventariante, verifico a necessidade de inclusão da recorrente no polo passivo da ação de sonegados, na condição de cônjuge do inventariante.

Explico.

O artigo 47, do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 114 do CPC de 2015) prevê:

“(...) Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as

partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. (Grifei)”

Da leitura do supramencionado dispositivo, é possível inferir que o litisconsórcio necessário decorre de lei ou da natureza da relação jurídica.

O art. 10, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da citação, pontuava, que:

“(…)

Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

[…]

No caso em comento, como afirmado, restou incontroverso que a recorrente era casada com o inventariante, réu na ação de sonegados, em regime de comunhão universal de bens.

A ação de sonegados que se pretende o reconhecimento de nulidade, por sua vez, possui natureza jurídica de direito real imobiliário, tendo em vista que nela se busca o reconhecimento do desvio de bens, com a consequente punição do responsável determinado a restituição dos bens que foram ocultados na partilha.

Assim, resta evidente que a sentença que se pretende invalidar decidiu questão de direito real imobiliário, mostrando-se, por conseguinte, imprescindível a realização da citação da recorrente, cônjuge do inventariante réu, na ação de sonegados.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em caso análogo sobre a impossibilidade de aplicação do art. 10, § 1º, inciso I, do CPC de 1973 quando a sonegação recair sobre valores recebidos para a aquisição de imóveis e não sobre os próprios imóveis, fato que ensejaria em ação de direito pessoal e não de direito real. Veja-se:

RECURSOS ESPECIAIS – AÇÃO DE SONEGADOS – BENS IMÓVEIS ADQUIRIDOS COM VALORES PRESTADOS PELO DE CUJUSE NÃO DECLARADOS PELOS HERDEIROS – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA – PRESCRIÇÃO DECENAL CONTADA A PARTIR DA DATA DO ENCERRAMENTO DO INVENTÁRIO – CITAÇÃO DO CÔNJUGE – DESNECESSIDADE ANTE A SONEGAÇÃO DO VALOR DOS BENS, E NÃO DE IMÓVEIS – INEXISTÊNCIA DE DOLO – AFASTAMENTO DA PENA DE PERDA DOS BENS – RESTITUIÇÃO EM DINHEIRO, PELA METADE, DOS VALORES DOADOS – ILEGITIMIDADE ATIVA DA VIÚVA MEEIRA PARA A AÇÃO DE SONEGADOS.

1. Afasta-se a alegação de negativa de prestação jurisdicional (CPC, art. 535) quando há suficiente motivação do acórdão recorrido, congruente com o dispositivo que deles decorreu, de modo a constituir julgamento válido.

2. É cabível o ajuizamento da ação de sonegados quando não trazidos à colação os numerários doados pelo pai a alguns dos herdeiros para a aquisição de bens imóveis.

3. A prescrição da ação de sonegados, de dez anos, conta-se a partir do encerramento do inventário, pois, até essa data, podem ocorrer novas declarações, trazendo-se bens a inventariar.

4. No caso de entrega de dinheiro pelo de cujus para a aquisição de bens imóveis, a sonegação é dos valores entregues, e não dos próprios imóveis, o que afasta o acionamento dos cônjuges em litisconsórcio necessário (CPC, arts. 10, § 1º, I, e 47).

5. *A simples renitência do herdeiro, mesmo após interpelação, não configura dolo, sendo necessário, para tanto, demonstração inequívoca de que seu comportamento foi inspirado pela fraude. Não caracterizado o dolo de sonegar, afasta-se a pena da perda dos bens (CC, art. 1.992).*

6. *No regime da comunhão universal de bens, cada cônjuge tem a posse e propriedade em comum, indivisa de todos os bens, cabendo a cada um a metade ideal. Assim, entende-se que cada cônjuge contribui com metade das doações feitas, razão pela qual não se pode apontar como sonegada, no inventário do marido, a metade doada pela esposa.*

7. *Como a colação tem por escopo equalizar as legítimas dos herdeiros necessários, falece interesse jurídico à viúva meeira para o ajuizamento das ações de sonegados, visto que estes não serão acrescidos à sua meação.*

8. *Recursos especiais providos em parte.*³

Nesta seara, a *contrario sensu*, quando a sonegação recair sobre imóvel ao qual é determinada a restituição, como se vislumbra no caso vertente, trata-se de ação real imobiliária, onde se mostra imprescindível a citação do cônjuge, nos termos do art. 10, § 1º, I, do CPC de 1973.

Ademais, é indiscutível que o resultado da ação de sonegados interfere diretamente no patrimônio da ora recorrente, eis que casada sob o regime de em comunhão universal de bens com o réu da aludida lide.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a existência de litisconsórcio passivo necessário do cônjuge em ação que irá atingir bens transferidos na constância do casamento. Confira-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS AJUIZADA EM FACE DE HOMEM CASADO SOB O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL – PARTILHA DE BENS IMÓVEIS – EXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO EM RELAÇÃO À ESPOSA DO RECORRENTE – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 47 DO CPC CONFIGURADA.

1. *Em ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens imóveis ajuizada em face de homem casado sob o regime da comunhão universal, deve a esposa figurar no polo passivo da demanda, ante o litisconsórcio passivo necessário.*

2. *Na hipótese, os bens imóveis foram adquiridos na constância do casamento, impondo-se a citação do cônjuge, que é coproprietário, na forma do artigo 47 do Código de Processo Civil.*

3. *Recurso especial provido.*⁴ (destaquei)

Como é cediço, a ausência de citação é caso de nulidade absoluta do processo, por se tratar de pressuposto de existência da relação processual, podendo ser arguida a qualquer momento e decretada até mesmo de ofício, não gerando, portanto, a preclusão.

A ausência de citação, portanto, é vício insanável, que se traduz em afronta direta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, veja-se jurisprudência:

REVISÃO DE CONTRATO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CAPITALIZAÇÃO – CITAÇÃO INVÁLIDA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO – VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DIMENSÕES CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – NULIDADE DA SENTENÇA – POSSIBILIDADE. 1. A falta do ato citatório válido compromete a relação processual e

³ REsp 1196946/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 05/09/2014.

⁴ REsp 885.951/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009.

torna insubsistente a sentença, nos termos do Art. 239 do Código de Processo Civil. 2. A citação é um requisito de validade processual intrínseco, por meio da qual se completa a estrutura triplíce da relação jurídica processual. Portanto, constitui pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo e sua ausência impõe a nulidade da sentença. 3. Em um cenário processual com essas nuances, avulta a violação ao princípio do devido processo legal nas dimensões ampla defesa e contraditório a não observância do ato citatório válido. 4. Recursos conhecidos. Acolhida a preliminar de nulidade de citação do réu. Sentença cassada. Recurso do autor prejudicado⁵. (destaquei)

RECURSO DE APELAÇÃO – USUCAPLÃO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA CÔNJUGE DO RÉU – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 10, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NULIDADE PROCESSUAL INTRANSPONÍVEL. 1- Nos termos do artigo 10, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, é imprescindível a citação do cônjuge do réu nas demandas sobre direito real imobiliário, a exemplo da usucapião. 2- Não requerida e promovida a citação do cônjuge, por se tratar de litisconsórcio passivo necessário, é nula a sentença proferida, especialmente quando o pedido é julgado procedente. Nulidade declarada de ofício.⁶ (grifei)

Outrossim, também não merece estar correto o entendimento do magistrado de piso de que a recorrente, na condição de herdeira, seria beneficiada com a sentença que condenou seu cônjuge a devolver os bens desviados, eis que não se está discutindo seu interesse como herdeira, mas sim como cônjuge do inventariante.

Insta ressaltar, que a condição de casado do réu já era conhecida pelos autores da ação de sonogados por ocasião da propositura da ação, motivo pelo qual deveriam ter promovido a citação da cônjuge e, ante a ausência de tal ato e a necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário, não há outra alternativa senão declarar a nulidade da sentença proferida.

Ante o exposto, defiro o pedido de concessão do efeito suspensivo e, no mérito, dou provimento aos recursos para, reformando a sentença hostilizada, julgar procedente a ação declaratória de nulidade da sentença proferida nos autos da Ação de Sonogados nº 0010232-77.1995.8.12.0021 (021.95-010232-7), desde a sua origem, em razão de nulidade processual absoluta.

Por consequência, inverte os ônus sucumbenciais, os quais deverão ser suportados integralmente pela parte requerida.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Rasslan), após o relator ter dado provimento ao recurso, o 2º Vogal aguarda.

VOTO (EM 29/01/2019)

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º vogal)

Cuidam-se de apelações cíveis interpostas por Eunice Aroma Fernandes e Abel Aroma Fernandes em face da sentença (f. 1.657-1.667) que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação declaratória de nulidade movida em desfavor de Neide Aroma e Outros, julgando extinto o feito com resolução do mérito.

Como consta no relatório,

“(…) a insurgência da apelante refere-se à ausência de sua citação para compor a supramencionada lide na condição de litisconsorte passivo necessário, porquanto é casada em regime de comunhão universal de bens com Manoel Fontes Fernandes, inventariante, o qual foi condenado a restituir, para a sobrepartilha, bens que teriam sido sonogados ou, caso não fosse possível a restituição, devolver o equivalente em dinheiro.”

5 TJ-DF 20150110722526 0021169-49.2015.8.07.0001, Relator: Gislene Pinheiro, Data de Julgamento: 17/08/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 23/08/2016. Pág.: 161/177.

6 TJMS. Apelação nº 0033420-71.2009.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Geraldo de Almeida Santiago, j: 09/11/2015, p: 13/11/2015.

O relator Desembargador Sérgio Fernandes Martins deu provimento aos recursos para, reformando a sentença, julgar procedente a ação declaratória de nulidade da sentença proferida nos autos da Ação de Sonogados nº 0010232-77.1995.8.12.0021 (021.95-010232-7), desde a sua origem, em razão da nulidade processual absoluta, consistente na ausência de citação válida da apelante, cônjuge de Manoel Fontes Fernandes, requerido na supracitada demanda.

É incontroverso que a apelante Eunice Aroma Fernandes não integrou a ação de sonogados movida em desfavor do seu cônjuge, Manoel Fontes Fernandes, então inventariante; sendo que a questão posta à análise cinge-se em averiguar a necessidade de citação da mesma e inclusão no polo passivo de referida demanda, sob pena de nulidade.

O artigo 47 do Código Processual Civil de 1973, correspondente ao artigo 114 do CPC/2015, dispõe que:

“(...) há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Assim o sendo, o artigo 10 § 1º, I de referido *Códex*, vigente à época da citação, preconizava, que *“ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações que versem sobre direitos reais imobiliários”*, verificando-se, assim, a presença do litisconsórcio necessário, especialmente porque a recorrente era casada com o inventariante, réu na ação de sonogados, em regime de comunhão universal de bens.

Como destacado pelo relator,

“(...) a ação de sonogados que se pretende o reconhecimento de nulidade, por sua vez, possui natureza jurídica de direito real imobiliário, tendo em vista que nela se busca o reconhecimento do desvio de bens, com a conseqüente punição do responsável determinado a restituição dos bens que foram ocultados na partilha”.

Além da sonegação recair sobre imóvel ao qual é determinada a restituição, é indiscutível que o resultado da ação de sonogados interferirá diretamente no patrimônio da recorrente, eis que, repise-se, casada sob o regime de comunhão parcial de bens, como já destacado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de caso análogo:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS AJUIZADA EM FACE DE HOMEM CASADO SOB O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL – PARTILHA DE BENS IMÓVEIS – EXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO EM RELAÇÃO À ESPOSA DO RECORRENTE – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 47 DO CPC CONFIGURADA. 1. Em ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens imóveis ajuizada em face de homem casado sob o regime da comunhão universal, deve a esposa figurar no polo passivo da demanda, ante o litisconsórcio passivo necessário. 2. Na hipótese, os bens imóveis foram adquiridos na constância do casamento, impondo-se a citação do cônjuge, que é coproprietário, na forma do artigo 47 do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial provido.” (REsp 885.951/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/05/2009)

Considerando que a ausência de citação é pressuposto de existência da relação processual, podendo ser arguida a qualquer momento e decretada até mesmo de ofício, não gerando a preclusão, cabível a nulidade absoluta do processo, eis que vício insanável, que se traduz em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Nesta linha de raciocínio, veja-se o seguinte precedente:

“RECURSO DE APELAÇÃO – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA CÔNJUGE DO RÉU – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 10, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NULIDADE PROCESSUAL INTRANSPONÍVEL. 1- Nos termos do

artigo 10, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, é imprescindível a citação do cônjuge do réu nas demandas sobre direito real imobiliário, a exemplo da usucapião. 2- Não requerida e promovida a citação do cônjuge, por se tratar de litisconsórcio passivo necessário, é nula a sentença proferida, especialmente quando o pedido é julgado procedente. Nulidade declarada de ofício.” (TJMS. Apelação nº 0033420-71.2009.8.12.0001, 2ª Câmara Cível, Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago, j: 09/11/2015)

Ante o exposto, diante da nulidade absoluta por ausência de citação, acompanho integralmente o posicionamento adotado pelo relator Des. Sérgio Fernandes Martins e dou provimento aos recursos para, *“reformando a sentença hostilizada, julgar procedente a ação declaratória de nulidade da sentença proferida nos autos da Ação de Sonogados nº 0010232-77.1995.8.12.0021 (021.95-010232-7), desde a sua origem”*.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (2º vogal)

Peço vênias ao e. relator para dele divergir.

Pelo que deduzi destes autos, a apelante Eunice, ao argumento de que não foi citada nos autos de ação de sonogados movida pelos requeridos contra Manoel Fontes Fernandes, pretende anular todo aquele processo de ação de sonogados. Afirma que na qualidade de cônjuge de Manoel deveria ter sido citada.

Pinçando dados objetivos não só destes autos, mas também de uma ação de sonogados que foi movida em face de Eunice (apelante) e de outra ação de arrolamento de bens promovida pelos aqui apelados (autores da ação em discussão) em face da própria Eunice e de seu esposo, Manoel, a r. sentença deixou bem evidente o que segue.

A apelante (Eunice) tinha pleno conhecimento daquela ação de sonogados promovida contra seu marido Manoel, mas ficou silente por longo tempo. Agora, quando a ação de sonogados, depois de longo tempo de tramitação, chegou, inclusive, ao STJ, chega ao seu final, com a sentença condenando Manoel a restituir os bens por ele sonogados, pretende anular todo o processo, recomeçando tudo novamente. E pretende anular todo o processo ao argumento de que não tinha conhecimento desse processo – é dizer, não foi citada – quando está bem demonstrado pela r. sentença que ela tinha efetivamente conhecimento da ação e preferiu quedar-se inerte, aguardando o desfecho da ação de sonogados proposta contra seu marido, Manoel.

Assim, lanço mão de um princípio, no sentido de que não se pode alegar em benefício próprio uma nulidade a que deu causa. Ora, Eunice sabia da existência da ação de sonogados e isto foi demonstrado pela sentença. Então, ela não pode alegar, agora, esse benefício em favor de si mesma para anular todo um processo que tramitou por um longo período.

Mas ainda que assim não seja, ficou demonstrado nos autos, e a sentença aduz isto expressamente, que aquela ação de sonogados que a apelante quer anular, não contém bens pertencentes ao casal (ou seja, bens pertencentes a Eunice – autora – e ao seu cônjuge, Manoel). Naquela ação de sonogados, o marido da apelante (Manoel) foi quem assumiu a função de inventariante dos bens deixados pela morte do pai de Eunice (e certamente também pai de demais partes envolvidas nos litígios apontados na sentença). Ou seja, não foram bens pertencentes ao casal/adquiridos no intercurso do casamento ou demais hipóteses, mas sim bens deixados pelo genitor de Eunice e na qualidade de inventariante desses bens deixados pelo pai de Eunice e demais partes (apelantes/apelados), Manoel (o marido de Eunice e genro do falecido), como inventariante, sonegou bens do inventário.

Nesta esteira, não vislumbro nulidade na ausência de Eunice na parte passiva da ação de sonogados promovida contra seu marido Manoel por ato praticado na ação de inventário de bens pertencentes a terceira pessoa.

Pelo exposto, com o respeito costumeiro, divirjo do i. relator e nego provimento aos recursos, mantendo a sentença de primeiro grau.

Em caso deste voto ser o condutor, majoro os honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 4º, III e § 11, do CPC/15.

Por maioria, deram provimento aos recursos, nos termos do relator, vencido o 2º vogal, que negava provimento aos recursos. Assim, a conclusão de julgamento fica adiada para os fins do artigo 942 do CPC.

VOTO (EM 19/02/2019)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (4º vogal)

Acompanha o i. relator Des. Sérgio Fernandes Martins, para dar provimento ao recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que negava provimento aos recursos. Julgamento nos moldes do artigo 942 do CPC. Indeferida a sustentação oral, em razão de já estar em conclusão de julgamento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. João Maria Lós, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0012872-46.2014.8.12.0002 - Dourados

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – IDENTIDADE DE MARCAS – CONFUSÃO – CONTRAFAÇÃO – MIMETISMO VISUAL – CONCORRÊNCIA DESLEAL – NÃO VERIFICADOS – MARCAS DISTINTAS – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O fato da requerida possuir a marca Revista Saúde Atual não traz qualquer confusão com a marca da apelante (Revista Saúde), mormente porque tanto o logotipo (escrita) quanto a logomarca (desenho) são diversos.

A revista da autora possui a palavra Revista em letras menores e Saúde em letras maiores, com imagem semelhante a de uma pessoa no início das palavras, está com braço erguido até um símbolo horizontal que termina em uma bola. Já a marca dos requeridos, embora conste a palavra revista em letras menores e a palavra saúde em letras maiores, ainda conta com a palavra atual após saúde e um símbolo horizontal antes da palavra atual, o que a diferencia por completo. Portanto, ao contrário do que defende a apelante, além do nome revista saúde, a marca dos requeridos possui a palavra atual, o que a diferencia de qualquer outra marca, mesmo da apelante.

Importante notar que a marca é representada graficamente pela logo e pela identidade visual. Compreende o símbolo, o logotipo, as emoções e as cores. É o elemento principal da identidade visual da empresa, e é através dela que a empresa será identificada em qualquer lugar, independente do conceito gráfico em que está inserida. Desta forma, considerando que as marcas das litigantes são distintas, é possível concluir que as empresas, por certo, serão devidamente identificadas pelos consumidores, não havendo possibilidade de confusão.

Somada à inexistência de mimetismo visual entre as marcas (seja quanto ao caráter nominativo ou mesmo quanto à logotíпия), é de se verificar que a autora atua no Estado do Paraná, enquanto os requeridos comercializam seus produtos em Mato Grosso do Sul, de forma que possuem públicos diversos, o que contribui para a ausência de confusão entre as empresas.

De outro norte, a apelante não logrou êxito em comprovar a alegada confusão entre as marcas pelos consumidores, porquanto a prova documental não é suficiente para tal desiderato, sendo certo que desistiu da prova testemunhal. Tampouco ficaram demonstrados os lucros cessantes, pois ainda que a apelante tenha acostado aos autos contrato de franquia firmado com terceiro, deixou de comprovar que o fraqueado teve prejuízos na venda de seus produtos em decorrência da marca utilizada pelos requeridos, ônus que lhe competia por força da regra de distribuição do ônus da prova contida no art. 373 do CPC.

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, 12 de fevereiro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Lopes e Rampani Ltda – ME - interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de não fazer, c/c indenização por perdas e danos, que ajuizou em desfavor de Mirian G. V. P. da Silva (Revista Saúde Atual), Vilson Pinheiro da Silva e Nilton Pinheiro da Silva, na qual foram julgados improcedentes os pedidos. Sustenta que, embora a palavra “revista” não tenha exclusividade, as palavras “revista saúde” usadas juntas, bem como os símbolos distintivos da marca não podem ser utilizados por outrem, sob pena de usurpação dela, pois de acordo com o princípio da especialidade, não se admite a existência de marcas idênticas ou semelhantes. Assevera que a Lei da Propriedade Industrial dá ao detentor da marca legitimidade para impedir que terceiros utilizem indevidamente a expressão, cujos poderes assemelham-se ao da propriedade. Prossegue, defendendo a suficiência da prova documental para o decreto condenatório e tece considerações sobre os prejuízos material e moral em razão da confusão causada pelos requeridos aos consumidores. Alega ainda que o julgador singelo não levou em consideração os fatos incansavelmente debatidos para fins de concessão da tutela antecipada, bem como não consultou o INPI para comprovar de fato o registro da marca. Pugna pelo provimento do recurso para a reforma da sentença.

Contrarrazões pelo desprovimento, com juntada de documentos, sobre os quais a parte contrária se manifestou.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Lopes e Rampani Ltda – ME - interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de não fazer, c/c indenização por perdas e danos, que ajuizou em desfavor de Mirian G. V. P. da Silva (Revista Saúde Atual), Vilson Pinheiro da Silva e Nilton Pinheiro da Silva objetivando sua reforma.

Narra a autora que os requeridos estão praticando concorrência desleal ao vender sua marca na forma de imitação, confundindo os consumidores e causando prejuízos aos franqueados que adquirem referida marca. Pugnou para que os requeridos se abstenham de utilizar sua marca e que lhes indenize pelos lucros cessantes e danos morais.

Os pedidos foram julgados improcedentes, sob o fundamento de que não restou comprovada a alegada concorrência desleal praticada pelos requeridos, tampouco a venda da marca da autora em forma de imitação.

Inconformada, recorre a autora alegando que, embora a palavra “revista” não tenha exclusividade, as palavras “revista saúde” usadas juntas, bem como os símbolos distintivos da marca não podem ser utilizados por outrem, sob pena de usurpação dela, pois de acordo com o princípio da especialidade, não se admite a existência de marcas idênticas ou semelhantes. Alega ainda que o julgador singelo não levou em consideração os fatos incansavelmente debatidos para fins de concessão da tutela antecipada, bem como não consultou o INPI para comprovar de fato o registro da marca. Pugna pelo provimento do recurso para a reforma da sentença.

Sem razão a recorrente.

Com efeito, a Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, dispõe sobre o registro das marcas:

“(...) Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.”

A revista da autora/apelante denomina-se “Revista Saúde”, enquanto o produto dos requeridos/apelados tem como marca “Revista Saúde Atual”, sendo certo que, conforme se infere do registro da marca pela autora no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, consta expressamente a seguinte restrição:

“CONCEDIDA SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA EXPRESSÃO REVISTA” (f. 41).

Disso decorre que o fato da requerida possuir a marca Revista Saúde Atual não traz qualquer confusão com a marca da apelante, mormente porque tanto o logotipo (escrita) quanto a logomarca (desenho) são diversos.

Como bem destacou o julgador singelo, a marca desenvolvida pelos requeridos não se confunde com a marca da autora. A revista da autora possui a palavra revista em letras menores e saúde em letras maiores, com imagem semelhante a de uma pessoa no início das palavras, está com braço erguido até um símbolo horizontal que termina em uma bola. Já a marca dos requeridos, embora consta a palavra revista em letras menores e a palavra saúde em letras maiores, ainda conta com a palavra atual após saúde e um símbolo horizontal antes da palavra atual, o que a diferencia por completo.

Portanto, ao contrário do que defende a apelante, além do nome revista saúde, a marca dos requeridos possui a palavra atual, o que a diferencia de qualquer outra marca, mesmo da apelante.

Importante notar que a marca é representada graficamente pela logo e pela identidade visual. Compreende o símbolo, o logotipo, as emoções e as cores. É o elemento principal da identidade visual da empresa, é através dela que a empresa será identificada em qualquer lugar, independente do conceito gráfico em que está inserida.

Desta forma, considerando que as marcas das litigantes são distintas, é possível concluir que as empresas, por certo, serão devidamente identificadas pelos consumidores, não havendo possibilidade de confusão.

Somada à inexistência de mimetismo visual entre as marcas (seja quanto ao caráter nominativo ou mesmo quanto à logotipia), é de se verificar que a autora atua no Estado do Paraná, enquanto os requeridos comercializam seus produtos em Mato Grosso do Sul, de forma que possuem públicos diversos, o que contribui para a ausência de confusão entre as empresas.

De outro norte, a apelante não logrou êxito em comprovar a alegada confusão entre as marcas pelos consumidores, porquanto a prova documental não é suficiente para tal desiderato, sendo certo que desistiu da prova testemunhal.

Tampouco ficaram demonstrados os lucros cessantes, pois ainda que a apelante tenha acostado aos autos contrato de franquia firmado com terceiro (f. 51-55), deixou de comprovar que o fraqueado teve prejuízos na venda de seus produtos em decorrência da marca utilizada pelos requeridos, ônus que lhe competia por força da regra de distribuição do ônus da prova contida no art. 373 do CPC.

Nesta senda, fica afastada a alegada contrafação, vez que efetivamente fica descartada a possibilidade de reprodução de obra protegida por direitos autorais sem autorização da entidade que detém a sua propriedade intelectual.

Portanto, não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre estar a demandada se aproveitando da fama e do prestígio mercadológicos da autora para se destacar no seu âmbito de atuação. Ausente imitação do caráter nominativo da marca, além da inexistência de mimetismo visual, conjuga concorrência desleal, ou mesmo de associação entre as marcas, inviável o acolhimento dos pedidos iniciais.

Sobre o tema, oportuno colacionar precedentes dos Tribunais Pátrios:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INIBITÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – DESENHO INDUSTRIAL – CONTRAFAÇÃO – CONCORRÊNCIA DESLEAL – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA MANTIDA. I - A proteção ao desenho industrial é conferida a partir do depósito do pedido junto ao INPI, conforme disposição do art. 109 da Lei 9.279/06. Provado nos autos que a autora possui o registro do desenho industrial, ela detém o direito de produção e comercialização daquilo que está protegido pelo desenho industrial regularmente depositado no INPI, o que perdura pelo tempo legalmente previsto. II - Contudo, constatada pela perícia e demais elementos probatórios dos autos, a inexistência de prática de contrafação e de concorrência desleal, pois ausente a confusão entre os produtos pelo público, levando a desvio de clientela, ante as visíveis diferenças existentes entre os produtos comercializados pelas partes em litígio, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe. (TJMG-Apeleção Cível 1.0452.11.006882-5/003, Relator(a): Des.(a) João Cancio, 18ª Câmara Cível, julgamento em 19/09/2017, publicação da súmula em 22/09/2017)

E ainda,

“APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA E CONCORRÊNCIA DESLEAL – IDENTIDADE DE MARCAS – CONFUSÃO – CONTRAFAÇÃO – CONCORRÊNCIA DESLEAL. 1. Agravo retido: 1.1 Inépcia da inicial: a argumentação da autora acerca do uso, pela ré, de marca idêntica a sua, na descrição dos pedidos, constitui-se em mero erro material, que não evidencia a impossibilidade jurídica do pedido. 1.2 Falta de condições da ação: o fato de a demandante não ter se oposto na esfera administrativa ao pedido de registro da ré não é óbice ao processamento do presente feito, considerando não estar em debate a validade dos registros reivindicados perante o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial. 1- Utilização de variação de marca registrada - “Garotas do Brasil” e “Garota Brasil”: na hipótese de exame acerca de contrafação de marcas, o que importa é estabelecer as semelhanças entre os sinais, não as diferenças. No caso, a única semelhança entre as marcas das litigantes é a utilização dos termos “garota(s)” e “Brasil”, cuja proteção conferida à marca da autora não se estende aos referidos termos usados isoladamente ou em outra formatação. Ademais, não há mimetismo visual capaz de confundir a pessoa de diligência mediana. A marca da autora, por outro lado, compõe juntamente a sua marca principal “Via Marte” o conjunto marcário que a identifica no mercado. Inexistindo imitação de marca, viável a convivência mercadológica das marcas das empresas litigantes. 2 – Concorrência desleal e associação parasitária: somada à inexistência de mimetismo visual entre as marcas (seja quanto ao caráter nominativo ou mesmo quanto à logotipia), a falta de concorrência propriamente dita entre as marcas das recorrentes - pois empresas operantes em ramos de mercado diversos, sendo a autora comerciante de produtos de alto valor agregado (calçados e bolsas), ao passo que a demandada vende bijuterias, pequenos acessórios femininos e kits de maquiagem - torna inquestionável a ausência de confusão da marca da ré com a marca registrada pela autora, a configurar ato de concorrência desleal. Inclusive, como referido acima, a marca da autora faz parte do conjunto marcário que ela usa no mercado, a saber, “Via Marte. Garotas do Brasil”, sem que tenha ela evidenciado haver se utilizado da marca, ora em discussão, isoladamente. Do mesmo modo, não se diagnostica qualquer tentativa da requerida de associar seu logotipo à marca registrada da autora, no que se convencionou chamar de ato de associação parasitária. Não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre estar a demandada se aproveitando da fama e do prestígio mercadológicos da autora para se destacar no seu âmbito de atuação. Ausente imitação do caráter nominativo da marca, além da inexistência de mimetismo visual, conjuga concorrência desleal, ou mesmo de associação

entre as marcas, inviável o acolhimento dos pedidos iniciais. Agravo retido desprovido. Apelo da demandada provido e da autora prejudicado.” (Apelação Cível nº 70039093992, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 09/05/2013) frisei

Finalmente, registro que a decisão que concedeu a tutela antecipada proferida no juízo do Estado do Paraná não vincula este julgador, especialmente porque no decorrer do processo verificou-se a ausência de razões para a procedência dos pedidos iniciais.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto pela autora e, em consequência, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. Fica mantida a sentença nos demais termos e efeitos.

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. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação nº 0839472-11.2013.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – ARREMATACÃO DE IMÓVEL NO CURSO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO – NOTIFICAÇÃO PARA PAGAMENTO DE ALUGUÉIS – DENÚNCIA PARA DESOCUPAÇÃO NÃO REALIZADA NO PRAZO LEGAL – MANUTENÇÃO DA LOCAÇÃO – POSSE JUSTA – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INICIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A microempresa ré firmou contrato de locação comercial pelo prazo improrrogável de 36 meses. Nesse ínterim, o imóvel foi à leilão, tendo sido arrematado pela a autora que, então, tomou a providência de notificar a ré sobre a aquisição do bem e que a partir de então estaria assumindo a posição de locadora no contrato de locação ainda em curso, sem pedido de entrega do bem.

Nos termos do § 2º, do art. 8º, da Lei nº 8.245/1991 (Lei de locação), a denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias, contados do registro da venda, presumindo-se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação.

No caso, a autora notificou a ré para desocupação do imóvel após o prazo de 90 dias e também após ter assumido a condição de locadora em notificação anterior. Por isso, o reconhecimento da relação locatícia estabelecida entre as partes após a aquisição do bem pela autora é medida de rigor.

Logo, diante da existência de contrato locação entre as partes quando do ajuizamento desta ação, improcedente a pretensão de imissão de posse, porque ausente o requisito de posse injusta exercida pela ré. Em caso de inadimplemento dos aluguéis ou resolução do contrato por seu termo, compete à empresa locadora ajuizar ação de despejo, sendo esta demanda inadequada a este fim.

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, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Eli Francisco Lino – ME - interpôs recurso de apelação para reforma da sentença de procedência proferida nos autos da ação de imissão de posse promovida por CBEI – Capital Brasileiro de Empreendimentos Imobiliários Ltda. Alega que, conforme documentos acostados aos autos, vem pagando fielmente a taxa de ocupação, desde que sanada a dúvida com relação a compra da propriedade em questão; que os próprios apelados, antes de ter consolidada a propriedade, já tinham notificado o apelante para efetuar o pagamento dos aluguéis, tendo, inclusive, ingressado com ação de cobrança referente aos meses em que o apelante havia pago os valores ao antigo proprietário, caracterizando a locação do imóvel. Insurge-se, ainda, quanto ao valor dos

honorários de sucumbência, pois os considera excessivos diante do proveito econômico obtido pela apelada, o que impede também o pagamento. Impugna o valor do imóvel e defende a necessidade de ser indenizado por perder seu local de comércio, ante o indevido despejo. Pugna pelo provimento.

A apelada apresentou contrarrazões pela manutenção da sentença. À f. 400 foi ratificado o efeito suspensivo do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Eli Francisco Lino – ME - interpôs recurso de apelação para reforma da sentença de procedência proferida nos autos da ação de imissão de posse promovida por CBEI – Capital Brasileiro de Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Extrai-se dos autos que a empresa autora/apelada ajuizou a presente ação sob a alegação de que adquiriu em leilão extrajudicial realizado pelo banco credor fiduciário a propriedade do imóvel objeto desta lide, que estava ocupado pela empresa ré, ora apelante. Requereu, então, com amparo no art. 30, da Lei nº 9.514/97, a imediata desocupação.

Em contestação, a ré defendeu que havia firmado contrato de aluguel com proprietário anterior e que foi notificada pela empresa autora a depositar-lhe a partir da arrematação os valores mensais, assumindo, portanto, a condição de locadora. Sustentou que, por isso, não se aplica a Lei 9.514/97 (SFH), mas sim a Lei nº 8.245/91 (locação). Conclui que está em dia com os aluguéis, devendo ser julgado improcedente o pedido inicial.

O juízo *a quo* considerou encerrado em 05/10/2015 o contrato de locação firmado com proprietário anterior e não comprovada a relação locatícia entre as partes e, diante da aquisição em leilão do imóvel pela autora, julgou procedente o pedido de imissão de posse, condenando a ré ao pagamento de honorários em 10% do valor da causa.

A ré interpõe recurso de apelação, onde alega, conforme relatado, que vem pagando os aluguéis, estando comprovada a locação pela notificação realizada pela autora para pagamento de aluguel, inclusive ingressou com ação de cobrança para receber os valores referentes aos meses que a ré tinha pago ao antigo proprietário, estando caracterizada a locação do imóvel. Insurge-se, ainda, contra o valor dos honorários de sucumbência, considerando-os excessivos. Por fim, defende a necessidade de ser indenizada por perder seu local de comércio, ante o indevido despejo. Pugna pelo provimento.

Pois bem. A meu ver a sentença merece reforma.

Restou comprovado nos autos que a microempresa ré firmou contrato de locação comercial com El Kadri Participações Imobiliárias Ltda, pelo prazo improrrogável de 36 meses, com início em 05/10/2012 e término em 05/10/2015 (f. 135).

Por outro lado, está também comprovado documentalmente nos autos que, nesse ínterim, o imóvel foi à leilão, tendo sido arrematado pela a autora em 03/04/2013 (f. 29), outorgando-se a ela a escritura em 28/06/2013 (f. 27).

Ocorre, porém, que a autora/apelada, ciente da existência de locação em curso, não notificou o réu para entrega do bem ou ajuizou de imediato a presente ação de imissão de posse. Verifica-se da notificação de f. 125, que a empresa autora, uma semana após a arrematação (11/04/2013), tomou a providência de notificar a ré sobre a aquisição do bem e que a partir de então estaria assumindo a posição de locadora no contrato de locação ainda em curso, sem pedido de entrega do bem, nos seguintes termos:

“(...) Serve a presente para dar ciência inequívoca ao senhor de que os aluguéis doravante deverão ser pagos através de depósito bancário na conta a seguir.”

Dispõe, com efeito, a Lei nº 8.245/1991 (Lei de locação):

“Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

§ 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

§ 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo-se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação.”

Ocorre que o grupo El Kadri entendia que a arrematação não lhe retirava a propriedade sobre fração ideal de 10 metros de frente por 64 metros de fundo do mesmo imóvel, ocupada pelo inquilino, conforme notificação de f. 129-130, insistindo ser o legítimo locador e credor dos aluguéis. Estabeleceu-se, assim, celeuma quanto a propriedade e crédito dos aluguéis, como se evidencia pelo e-mail de f. 127, razão pela qual a empresa inquilina, ora apelante, ajuizou em 07/10/2013 a Ação de Consignação em Pagamento nº 0835341-90.2013 (f. 131), a qual, conforme se verifica pelo SAJ (Sistema de Automação do Judiciário), foi resolvida por acordo onde a El Kadri Participações Ltda. reconhece que os aluguéis são devidos à CBEI, ora autora (f. 210/212 daquele feito).

Veja, ainda, que somente em 24/09/2013, portanto após o período de 90 dias previsto no referido 8º, da Lei nº 8.245/91, a autora CBEI, após ter assumido a locação em 11/04/2013, notificou a ré para desocupação do imóvel, nos termos da Lei 9.514/97 (SFH), pela arrematação do imóvel.

Por isso, o reconhecimento da relação locatícia estabelecida entre as partes após a aquisição do bem pela autora é medida de rigor. Consequentemente, não se aplica ao caso o disposto no art. 30, da Lei nº 9.514/97, invocado pela autora na inicial desta ação para imissão de posse, de seguinte redação:

“(...) Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.”

Logo, diante da existência de contrato locação entre as partes quando do ajuizamento desta ação, improcedente a pretensão de imissão de posse, porque ausente o requisito de posse injusta exercida pela ré. Em caso de inadimplemento dos aluguéis ou resolução do contrato por seu termo, compete à empresa locadora ajuizar ação de despejo, sendo esta demanda inadequada a este fim.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial. Por consequência, inverte o ônus da sucumbência e condeno a autora a arcar integralmente com as custas e honorários que arbitro em 12% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

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. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

5ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1411747-25.2018.8.12.0000 - Fátima do Sul

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – PRORROGAÇÃO DA DÍVIDA – NÃO COMPROVAÇÃO DE REQUERIMENTO DO DEVEDOR – CLÁUSULA NULA – PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL A CONTAR DO VENCIMENTO DA DÍVIDA – DEMORA NA CITAÇÃO POR DESÍDIA DO EXEQUENTE – DECISÃO REFORMADA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA – CREDOR CONDENADO NAS CUSTAS E HONORÁRIOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A prorrogação da dívida é permitida quando a lei autorizar e, por sua vez, quando o produtor rural manifestar formalmente à instituição financeira sua pretensão de alongar a dívida, o que não restou demonstrado no caso em tela. Considerando que as prorrogações da dívida constantes da cédula de rural pignoratícia objeto da presente ação foram apostas por mero carimbo com assinatura apenas da instituição financeira, sem qualquer pedido do devedor, estando, por isso, em desacordo com a norma de regência, tais cláusulas devem ser anuladas.

A Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663 de 24 de janeiro de 1966) prevê em seu artigo 70 o prazo trienal. Assim, sendo nulas as prorrogações por falta de pedido do devedor, prevalece a data de vencimento inicial, qual seja, 1/05/2010. E, contando o prazo de 3 anos a partir do vencimento, a pretensão de execução restaria fulminada pela prescrição em 2013. Como a ação foi proposta em 2011, por certo que não atingida pela prescrição. Porém, dada a desídia do exequente para promover a citação, a qual ocorreu somente em fevereiro de 2017, ou seja, mais de cinco anos da propositura da ação, inarredável o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Decisão reformada. Exceção de pré-executividade acolhida, com extinção do processo executivo, nos termos do art. 487, II, do CPC. Condenação do credor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o proveito econômico, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Luiz Gabriel interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos da execução de título extrajudicial que lhe move o Banco do Brasil S/A, na qual foi rejeitada a exceção de pré-executividade. Sustenta a tempestividade de sua manifestação em vista das publicações efetuadas pelo cartório. Pugna pela

concessão de efeito suspensivo e ao final pelo provimento. Sustenta a prescrição da pretensão executória, porquanto até a presente data não houve sua citação, bem como não pode ser aceito como termo inicial do prazo a data de vencimento da última parcela do título, contabilizando seu aditivo. Aduz que o vencimento do título ocorreu em 01/05/2010 e o protocolo da petição inicial somente se deu em 16/12/2011, sendo certo que decorridos oito anos do vencimento da obrigação e seis anos da propositura da ação, ainda não houve citação. Pugna pela concessão do efeito suspensivo e ao final pelo provimento.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos. A parte agravada apresentou contraminuta pugnando pelo desprovimento.

VOTO (EM 18/12/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Luiz Gabriel interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos da execução de título extrajudicial que lhe move o Banco do Brasil S/A, na qual foi rejeitada a exceção de pré-executividade.

Consoante relatado, o recorrente sustenta a prescrição da pretensão executória, porquanto até a presente data não houve sua citação, bem como não pode ser aceito como termo inicial do prazo a data de vencimento da última parcela do título, contabilizando seu aditivo. Aduz que o vencimento do título ocorreu em 01/05/2010 e o protocolo da petição inicial somente se deu em 16/12/2011, sendo certo que decorridos oito anos do vencimento da obrigação e seis anos da propositura da ação, ainda não houve citação.

Assiste-lhe razão, porém por outros fundamentos.

Com efeito, o agravante firmou com o banco/agravado cédula rural pignoratícia e hipotecária, com vencimento em 1º de maio de 2010, cujo documento, embora conste prorrogação do prazo para pagamento, esta ocorreu apenas por carimbos com assinatura unicamente do gerente do banco (f. 47 e 48 da origem), quando a prorrogação de dívida pressupõe requerimento do devedor. Frise-se que não consta dos autos nenhum requerimento do devedor (agravante) na via administrativa, para fins de prorrogação da dívida.

Com efeito, dispõe o § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 10.177/01, e o § 1º do artigo 1º, da Resolução do Bacen nº 3.314, *in verbis*:

“Art. 3º Os bancos administradores dos fundos constitucionais de financiamento ficam autorizados a adotar, nas assunções, renegociações, prorrogações e composições de dívidas, as seguintes condições:

(...)

*§ 2º Os mutuários interessados na renegociação, prorrogação e composição de dívidas de que trata este artigo **deverão manifestar formalmente seu interesse aos bancos administradores.***

Art. 1º (...)

*§ 1º A prorrogação, contemplando operações formalizadas em todo o território nacional, **se fará mediante solicitação formal do mutuário** e apresentação dos comprovantes de depósito do produto colhido, até 15 de setembro de 2005, dispensada a formalização de aditivo ao instrumento de crédito”. destaquei*

Esta Corte já se pronunciou a respeito:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRESCRIÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – PRORROGAÇÃO DA DÍVIDA EM DESCOMPASSO COM A NORMA DE REGÊNCIA – NECESSIDADE DE TERMO ADITIVO – ART. 62, PARÁGRAFO ÚNICO

DO DECRETO-LEI Nº 167/67 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1 – A cédula de crédito rural vencida admite prorrogação, entretanto, apenas pela via da formalização de aditivo, nos termos do art. 62, parágrafo único do Decreto-Lei nº 167/67. Prorrogado o vencimento da dívida de forma equivocada, mediante simples menção no título, a cláusula é nula de pleno direito, não obstando o início do prazo prescricional de três anos para execução do título (art. 60, caput, do Decreto-lei nº 167-67 c/c art. 70 da Lei Uniforme de Genebra). 2 – Recurso conhecido e desprovido.” (Apelação nº 0500014-57.2013.8.12.0002 – Dourados, Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 04/05/2015; Data de registro: 07/05/2015)

E ainda,

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA E MANDAMENTAL DE PRORROGAÇÃO DE DÍVIDA EM DECORRÊNCIA DE FRUSTRAÇÃO DE SAFRA C/C CONSTITUTIVA NEGATIVA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS DE CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL – MATÉRIA JÁ ANALISADA NO AGRAVO RETIDO MANEJADO NOS AUTOS – MÉRITO – ALEGADO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA OBTENÇÃO DO ALONGAMENTO E ENQUADRAMENTO DO DÉBITO NA LEI 11.775/2008 – DESCABIMENTO DO DIREITO À CONCESSÃO DA PRORROGAÇÃO – AUSÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO AO BANCO REQUERIDO PARA ALONGAMENTO DA DÍVIDA ANTES DO VENCIMENTO DAS PARCELAS CONTRATADAS – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – POSSIBILIDADE – PREVISÃO EXPRESSA NO CONTRATO – SÚMULA 93 DO STJ – ENCARGOS MORATÓRIOS – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADOS COM A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. **O alongamento do débito rural objeto dos autos não é possível, vez que os apelados não demonstraram terem solicitado-a administrativamente junto à instituição financeira requerida, nem mesmo fizeram prova do preenchimento dos requisitos exigidos pela Lei nº 9.138/95...**” (Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Rio Brilhante; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/12/2015; Data de registro: 18/12/2015) destaquei

E, também o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – ALONGAMENTO DE DÍVIDA DE CRÉDITO RURAL – DECISÃO MANTIDA. 1. A ausência de particularização do dispositivo de lei federal a que os acórdãos - recorrido e paradigma - teriam dado interpretação discrepante consubstancia deficiência bastante, com sede própria nas razões recursais, a inviabilizar a abertura da instância especial. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Alterar a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que os recorridos não demonstraram que o empréstimo em questão nos autos se enquadrava nos dispositivos da Lei 4.829/65, se caracterizando como crédito rural, demanda reexaminar contexto probatório, não realizável na via especial. Incidência de súmula 7/STJ. 3. **O recorrente deixou de refutar o fundamento que sustentou a negativa de prorrogação de dívida, no sentido de ausência de demonstração de ter sido requerido à cooperativa credora a prorrogação e ter sido recusada, o que caracteriza deficiência de fundamentação recursal, nos termos das súmulas 283 e 284/STF.** 4. Não realizada a demonstração analítica da divergência alegada, visto que ausente do recurso especial transcrição dos trechos que configurem o dissenso, mencionando as circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, ônus do qual não se desincumbiu o recorrente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1250316/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015) destaquei.

Logo, considerando que as prorrogações da dívida constantes da Cédula de Rural Pignoratícia objeto da presente ação (f. 47-48 da origem) foram apostas por mero carimbo, com assinatura apenas da instituição

financeira, sem anuência do devedor, estando, por isso, em desacordo com a norma de regência, tais cláusulas devem ser desconsideradas, postos que sem valor algum, nulas.

Fixada essa premissa, passa-se à análise da prescrição.

O Decreto-Lei nº 167/07, dispõe no art. 60:

“(...) Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.”

A Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663 de 24 de janeiro de 1966) prevê em seu artigo 70 o prazo trienal:

“(...) Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em 3 (três) anos a contar do seu vencimento.”

Assim, sendo nulas as prorrogações por falta de pedido do devedor, prevalece a data de vencimento inicial, qual seja, 1º/05/2010 (f. 38 da origem). Contando o prazo de 3 anos a partir do vencimento, a pretensão de execução restaria fulminada pela prescrição em 2013. No entanto, a ação foi proposta em dezembro de 2011, de forma que não atingida pela prescrição.

De outro norte, como visto, a ação foi proposta em 14/12/2011 e o executado/agravante só foi citado em 24/02/2017 (f. 609-610 da origem), por desídia do próprio exequente, conforme assentou o julgador singelo na decisão agravada (f. 738), tendo em vista que, em diversas oportunidades, deixou de impulsionar o processo quando lhe competia, seja deixando de distribuir carta precatória na Comarca de Palotina-PR para a citação do executado, seja por ter deixado de pagar as custas para a realização desse ato.

Diante disso, tenho por inarredável o reconhecimento da prescrição intercorrente, posto que demorou mais de 5 anos para ocorrer a citação do executado.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA. Não tendo o exequente realizado diligências úteis no processo na busca da satisfação do crédito tributário, e passados mais de cinco anos desde a última causa interruptiva da prescrição despacho de citação, configurada está a prescrição intercorrente, face à inércia plena do exequente que sequer obteve êxito na citação da executada. Insustentável o argumento quanto à demora na efetivação da citação dos executados, pautado na súmula 106 do STJ, já que o decurso do prazo prescricional não ocorreu em razão de demora imputável exclusivamente ao Judiciário, muito pelo contrário, no caso. Apelação cível desprovida. Unânime. (Apelação Cível Nº 70078582020, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 28/11/2018)

E ainda,

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INTIMAÇÃO DA PARTE AUTORA – OCORRÊNCIA – MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO – INOCORRÊNCIA – PARTE EXECUTADA NÃO ENCONTRADA NOS ENDEREÇOS APONTADOS PELO EXQUENTE – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. Dada à parte oportunidade de se manifestar previamente, conforme determina o parágrafo único do art. 487, do CPC, não há falar em nulidade da sentença que reconheceu a prescrição intercorrente. Não comprovada a morosidade do Poder Judiciário para a concretização da citação da parte exequente, não há óbice para o reconhecimento da prescrição intercorrente. (TJMG - Apelação Cível 1.0079.11.019804-5/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, julgamento em 30/08/2018, publicação da súmula em 06/09/2018)

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente agravo de instrumento para o fim de reformar a decisão agravada e acolher a exceção de pré-executividade ofertada pelo devedor para reconhecer a prescrição da pretensão executiva. Em consequência, julgo extinto o processo executivo, Autos nº 0003414-83.2011.8.12.0010, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/15. Em consequência, condeno o exequente Banco do Brasil ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o proveito econômico, equivalente ao valor do débito - R\$ 86.614,78 (f. 3), nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, já levado em conta inclusive o trabalho recursal.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 26/02/2019 em face do pedido de vista do Des. Luiz Tadeu, após o relator dar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 26/02/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria posta *sub judice*, qual seja, verificar se a pretensão de cobrança deduzida pela instituição financeira está ou não fulminada pela prescrição intercorrente, prejudicial esta acolhida pelo relator.

Tal conclusão depende da apreciação do título executivo que lastreia a execução (cédula rural pignoratícia) e dos demais documentos que o acompanham, para que se possa firmar entendimento seguro sobre a matéria.

Conforme o título executivo, que se consubstancia em cédula rural pignoratícia (f. 58-71), em 2002 a parte executada se comprometeu ao pagamento, em 01 de maio de 2010, da quantia de R\$ 54.900,00 (cinquenta e quatro mil e novecentos reais).

De f. 68 constam dois carimbos do banco (equivalentes a um único carimbo, sendo realizados dois apenas para efeito de lançamento da sexta parcela), indicando que em 08 de junho de 2005 o devedor teria anuído com o reescalonamento da dívida, projetando o vencimento final do título de crédito para 01 de maio de 2011, a ser pago em 06 (seis) prestações anuais de R\$ 6.862,50 (seis mil, oitocentos e sessenta e dois reais e cinquenta centavos), com vencimentos em 01 de maio dos anos de 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011.

De f. 67 consta outro carimbo do banco, indicando devedor teria anuído, em 22 de junho de 2006, com novo reescalonamento do vencimento final do título de crédito, desta vez para 01 de maio de 2012, a ser pago em 06 (seis) prestações anuais de R\$ 6.862,50 (seis mil, oitocentos e sessenta e dois reais e cinquenta centavos), com vencimentos em 01 de maio dos anos de 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012.

De f. 68 consta um último carimbo, desta vez indicando que o devedor anuiu, em 27 de novembro de 2008, com terceiro reescalonamento final do título de crédito que lastreia a execução, desta vez a ser paga em 08 (oito) prestações anuais de R\$ 4.650,97 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais e noventa e sete centavos), com vencimentos previstos em 01 de maio dos anos de 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016.

No último carimbo mencionado, por sua vez, constam os seguintes dizeres (f. 68), os quais se transcreve em razão da importância para a solução do conflito:

“O financiador, com base nas disposições da MP 432 e Resoluções do CMN decorrentes e pedido formal de adesão às medidas divulgadas por estes normativos, firmados pelo(s) mutuário(s) e coobrigado(s), concede ao(s) financiado(s) prorrogação da dívida objeto deste instrumento, fixando novo cronograma de retorno conforme a seguir:

R\$ 4.650,97 em 01/05/2009;

R\$ 4.650,97 em 01/05/2010;

R\$ 4.650,97 em 01/05/2011;

R\$ 14.650,97 em 01/05/2012;

R\$ 4.650,97 em 01/05/2013;

R\$ 4.650,97 em 01/05/2014;

R\$ 4.650,97 em 01/05/2015;

R\$ 4.650,97 em 01/05/2016.”

Dos documentos que instruem o presente agravo de instrumento é possível constatar que o mutuário consentiu com o alongamento da dívida, ainda que os carimbos acima mencionados não contem com a assinatura do devedor, o que corrobora a alegação do banco no sentido de que houve prorrogação do contrato pelas partes.

E assim compreendo em razão do seguinte capítulo da sentença proferida nos embargos à execução (f. 191-192), que nada mais fez que reproduzir em outras palavras as alegações do embargante agravante, extraídas da inicial dos embargos à execução originários. Confira-se:

“SIMPLES ALONGAMENTO DA DÍVIDA NÃO CONFIGURA NOVAÇÃO.

O embargante alegou que, em 27 de novembro de 2008, por força da Medida Provisória nº 432, houve o parcelamento da dívida rural exequenda em 08 parcelas de R\$ 4.650,97, operando-se, assim, uma verdadeira novação da obrigação anterior.

Alegou, ainda, que considerando as amortizações realizadas e utilizando-se das mesmas premissas apresentadas pelo próprio embargado, mas aplicando-se juros de 1% ao mês, na forma simples, o débito atualizado até a data da propositura da ação executiva perfazia um montante de R\$ 32.396,65.

De fato, constam na Cédula Rural Pignoratória e Hipotecária nº 21/90393-X e em seu aditivo de ratificação dois alongamentos do prazo para pagamento do débito como novas formas para sua quitação, o primeiro em 08.06.2005 e o último em 27.11.2008 (f. 40).

Contudo, o alongamento da dívida dos executados nada mais é do que uma convenção das partes, no sentido de refinanciar o débito principal, não podendo ser considerada novação. Isso porque as partes, com a securitização da dívida, não pretenderam extinguir a antiga relação, estando cientes os executados de que apenas lhes foram oportunizadas novas formas de quitar o débito.

Ou seja, a renegociação da dívida, com a prorrogação do prazo para o seu pagamento, considerando nas parcelas estipuladas a amortização dos valores pagos, não são aptos para configuração do instituto da novação.

Isso porque a novação é a operação jurídica por meio da qual uma obrigação nova substitui a obrigação originária, entretanto, para que ocorra, devem estar caracterizados alguns requisitos legais, como a constituição de uma nova obrigação (aliquid novi) e a intenção de novar entre os contraentes (animus novandi), tendo em vista que o Código Civil dispõe que ela não se presume, deve vir expressa, seja de forma escrita ou tácita:

Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

No presente caso, o alongamento do prazo para pagamento do débito rural por força da Medida Provisória nº 432, convertida na Lei nº 11.775, de 17.09.2008, cujo objetivo era estimular a liquidação e regularização das dívidas originárias de operações de crédito rural, não extinguiu a dívida anterior, mas sim a confirmou, tendo em vista que não houve intenção das partes em extinguir a obrigação estabelecida na Cédula Rural Pignoratória e Hipotecária nº 21/90393-X e em seu aditivo de ratificação.

Sendo assim, rejeito a alegação de novação da obrigação trazida pela parte embargante.”

Através da transcrita passagem, é possível concluir que a parte executada não nega que tenha realizado renegociação da dívida com o banco, tanto que pretende caracteriza-la como novação, o que foi afastado pelo juízo *a quo*, o que significa dizer que a arguida nulidade das prorrogações da dívida suscitada de ofício pelo relator não encontra amparo nas provas constantes dos autos, já que nos embargos à execução o alongamento da dívida foi expressamente admitido pela parte devedora.

Diante deste contexto fático, ainda que não haja assinatura do executado aposta juntamente aos carimbos de f. 67-68, é cristalino que o devedor, de fato, solicitou o alongamento da dívida decorrente da cédula rural pignoratória que lastreia a execução, o que significa dizer que o prazo prescricional trienal aplicável à espécie teve sua contagem iniciada em 01 de maio de 2016, data esta de vencimento da última prestação, conforme o último reescalonamento.

Logo, a instituição financeira exequente teria até a data de 01 de maio de 2019 para o ajuizamento da execução, não sendo possível à parte executada, assim, arguir a ocorrência de prescrição intercorrente, pois em que pese a execução ter sido proposta em dezembro de 2011 e a citação ter se concretizado em fevereiro de 2017, o encerramento do prazo prescricional somente se concretiza em 2019.

Não se pode perder de vista um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o da boa-fé, sendo certo que não parece aceitável que o executado seja beneficiado com a prescrição da pretensão de cobrança quando sequer alegou que não anuiu com o alongamento da dívida, o que significa dizer que a fluência do prazo prescricional iniciou-se, repise-se, em 2016.

O seguinte julgado do STJ corrobora esta compreensão:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO – INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que, o prazo prescricional da ação de execução de cédula de crédito rural é de 3 (três) anos, a contar da data do vencimento do título, nos termos do art. 60 do Decreto-Lei nº 167/67 e do art. 70 do Decreto nº 57.663/66. Precedentes. 2. O vencimento antecipado da dívida não enseja a alteração do termo inicial do prazo de prescrição, que é contado da data do vencimento da última parcela. Precedentes. 3. A conformidade do acórdão recorrido com o entendimento desta Corte impede o conhecimento da pretensão recursal, nos termos da Súmula 83/STJ, óbice aplicável tanto aos recursos interpostos pela alínea “a” do permissivo constitucional, como pela alínea “c”. 4. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no REsp 1408664/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 30/04/2018).

Assim, não se revela possível que o executado, após admitir expressamente a renegociação da dívida e a prorrogação das parcelas, através de benefícios concedidos pelo Governo Federal aos produtores rurais, seja beneficiado com a declaração de prescrição intercorrente da pretensão de cobrança.

Ainda que as instituições financeiras, em primeiro lugar, visem a obtenção de lucro, não se pode negar que são de fundamental importância para a economia nacional, posto que frequentemente aqueles que exercem atividade agrícola necessitam de seus serviços, até mesmo como forma de dar continuidade às atividades no mercado, oferecendo aos produtores rurais uma variada gama de linhas de crédito das quais lançam mão para alavancar o empreendimento e se estabelecer no mercado.

Em verdade, quando o Governo Federal adota medidas pontuais para facilitar o pagamento das dívidas pelos produtores rurais, não o faz com o objetivo de proteger as instituições financeiras, mas sim com o claro intuito de viabilizar o crescimento econômico daqueles que se valem destas alternativas para tanto, de modo que condições mais atrativas lhes possam ser ofertadas.

Feito este registro, tenho que a análise dos documentos constante dos autos à luz da legislação aplicável deve ser feita de modo coerente, inclusive conforme as regras de interpretação das relações contratuais, pois a apreciação engessada, que se vale de rigorismo exacerbado em prol do devedor que não honra seus compromissos no tempo e modo preestabelecidos, pode acarretar a bancarrota da ordem econômica e financeira, até mesmo porque não se pode perder de vista que o sistema capitalista é o vigente no país, ainda que apresente desvantagens sob determinadas óticas.

Compreendo, pois, que a declaração de prescrição da pretensão de cobrança no caso concreto é posicionamento que destoa das provas produzidas no bojo da execução, bem como dos princípios que regem as relações contratuais em geral, favorecendo a parte executada com fundamento em detalhes que sequer foram por ela arguidos, culminando em incentivo à inadimplência e desestímulo às instituições financeiras fomentarem a atividade rural.

Não se pode estimular o lucro fácil, tampouco que o agricultor se beneficie de sua própria incúria. Há de prevalecer a boa fé objetiva nas relações negociais, sob pena de premiar o devedor recalcitrante. Afinal, quantas e quantas vezes se viu carta-circular do Banco Central permitindo a prorrogação de vencimento da dívida agrícola, como benefício ao produtor rural e sem qualquer exigência outra!

Posto isso, dirirjo do voto do relator e nego provimento ao recurso, rejeitando a prejudicial de prescrição.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1410062-80.2018.8.12.0000 - Coxim

Relator Designado Des. Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SUSPENSÃO DE CONTRATO DE PUBLICIDADE POR INADIMPLÊNCIA COM SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES.

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, ante sua inércia ao cumprimento da lei e da Constituição Federal. Hipótese de suspensão de contrato de publicidade evidenciado como desnecessário por irregularidade no pagamento da remuneração dos servidores públicos municipais.

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 maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que conhecia parcialmente do apelo e, na parte conhecida, dar provimento.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2019.

Des. Vilson Bertelli – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Município de Coxim, nos autos de Ação Civil Pública de nº 0900014-86.2018.8.12.0011, em que contende com o Ministério Público Estadual, interpõe agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo.

O recorrente, em síntese, aduz que:

A decisão liminar é nula, por ser necessária a formação do litisconsórcio passivo necessário, haja vista os interesses jurídicos da empresa mencionada na petição inicial e pelo juízo singular, de modo que o autor deve promover a regularização processual;

Merece reforma a decisão objurgada porque, ao deferir a medida liminar, a magistrada singular analisou o mérito do ato administrativo discricionário, o que é vedado em sede de controle jurisdicional, em razão do princípio da separação de poderes;

Admite-se a revisão do ato administrativo discricionário, especialmente no que se refere à parte vinculada do ato (competência, finalidade e forma), porém não é possível questionar o mérito (oportunidade e conveniência), por fazer parte da esfera de liberdade do administrador;

Houve violação ao princípio da separação dos poderes, bem como o Estado Democrático de Direito;

A decisão também é nula, pois a juíza singular decidiu além do pedido formulado pela parte autora; e,

Em momento algum o Ministério Público requereu a suspensão do contrato envolvendo as referidas partes, de modo que a magistrada não poderia decidir neste sentido, por ofensa ao disposto no artigo 492, do CPC.

Pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, após processado, seja conhecido e provido para cassar/reformar a decisão objurgada.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 50-54).

Devidamente intimado, o agravado apresentou resposta, batendo-se preliminarmente pelo conhecimento parcial da súplica e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da preliminar arguida pelo agravado, pela perda do objeto em relação à nulidade da decisão ante a ausência de formação do litisconsórcio passivo necessários e, no mérito, pelo não acolhimento das razões recursais.

Ainda, o município se manifestou quanto à preliminar arguida em contrarrazões.

VOTO (EM 17/12/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Município de Coxim, nos autos de Ação Civil Pública de nº 0900014-86.2018.8.12.0011, em que contende com o Ministério Público Estadual, interpõe agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo.

Conforme relatado, trata-se de recurso interposto contra a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Coxim que, no presente feito, deferiu o pedido de tutela de urgência, estando a parte dispositiva assim redigida:

“Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, presentes os requisitos do artigo 300 do CPC e com fundamento nos artigos 1º, inciso, III, 7º, inciso X e 37, caput, todos da Constituição Federal, concedo a liminar vindicada para o fim especial de:

a) determinar ao Município de Coxim que se abstenha de realizar gastos com publicidade, propaganda e marketing relativos ao contrato entabulado com a empresa JMRS Publicidade Ltda - ME, ou outra que a suceda, até que seja regularizada a folha de pagamento dos servidores e empregados públicos municipais, bem como o pagamento das contribuições previdenciárias patronais ao IMPC;

b) normalizar, no prazo de três meses, o pagamento da folha dos servidores e empregados públicos municipais, isto é, efetuar o pagamento do salário integral, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 459, da CLT.

Para o caso de descumprimento de alguma das determinações acima, fixo multa mensal no valor de dez mil reais.

Cite-se o Município de Coxim para que, querendo, apresente contestação, no prazo legal. Com a contestação, o Município réu deverá apresentar os documentos indicados no item “g” (f. 31) da petição inicial.

Intimem-se o IMPC (Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de Coxim) e o SIMSC (Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Coxim) para que, querendo, ingressem na lide na condição de assistente do Parquet, fazendo constar o prazo de quinze dias para manifestação.

Neste recurso, o agravante busca a reforma da decisão objurgada, ao argumento de que a referida decisão é nula, por ser necessária a formação do litisconsórcio passivo necessário com a empresa de publicidade

JMRS Publicidade Ltda – ME; que houve análise do mérito do ato administrativo discricionário, violando o princípio da separação dos poderes; e, por fim, que a decisão foi além do pedido inicial, pois não foi requerida a suspensão do contrato de publicidade com tal empresa; além de se verificar o perigo da demora.

Pois bem. Passo ao exame do recurso, antes, porém, analiso as preliminares suscitadas nas contrarrazões e na manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça.

Preliminar de não conhecimento parcial do recurso.

Insistem o agravado e a Procuradoria-Geral de Justiça que o recurso deve ser conhecido apenas com relação à insurgência ao ponto ‘a’ da decisão agravada, porquanto não apresentou fundamentos suficientes para confrontar a decisão agravada quanto ao seu tópico ‘b’, ofendendo, assim, o princípio da dialeticidade.

A súplica não procede.

Em que pesem tais alegações, não vejo como dividir a pretensão recursal para conhecer em parte do recurso.

É bem verdade que, na decisão agravada, a juíza singular, ao proferi-la, concedeu a medida liminar para o fim especial de:

“(...) a) determinar ao município de Coxim que se abstenha de realizar gastos com publicidade, propaganda e marketing relativos ao contrato entabulado com a empresa JMRS Publicidade Ltda - ME, ou outra que a suceda, até que seja regularizada a folha de pagamento dos servidores e empregados públicos municipais, bem como o pagamento das contribuições previdenciárias patronais ao IMPC” e “b) normalizar, no prazo de três meses, o pagamento da folha dos servidores e empregados públicos municipais, isto é, efetuar o pagamento do salário integral, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 459, da CLT”.

Entretanto, os motivos que levaram a juíza a proferir tal entendimento devem ser entendidos em todo o contexto. Isso porque, a magistrada, ao decidir pela concessão da liminar, trouxe uma só motivação, qual seja, ponderou acerca da natureza do salário dos servidores, a necessidade de seu pagamento ser efetuado em dias, os atrasos constatados nos autos, e, diante da existência do contrato de propaganda e publicidade neste contexto social, entendeu por impor as determinações acima especificadas. Não se pode afirmar que a fundamentação foi distinta para cada determinação imposta na referida decisão.

Neste contexto, uma vez que o recorrente insurge-se contra a decisão agravada, sendo possível extrair de suas razões recursais os motivos pelos quais busca a revogação da liminar, entendo que está satisfeito o princípio da dialeticidade.

Aliás, é sabido que, por esse princípio, há a necessidade do recorrente deixar claro e explícito os motivos e causas que ensejam a modificação da decisão. Assim, a parte agravante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais pretende a anulação ou reforma da decisão recorrida. Sem isso, o recurso não pode ser conhecido.

Oportuna a doutrina de Nelson Nery Júnior Veja-se:

“A doutrina costuma mencionar a existência de um princípio da dialeticidade dos recursos. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com o ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Rigorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se.” (Teoria Geral dos Recursos. 6. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 176-178.)

No caso, como já dito, a parte requerente demonstrou satisfatoriamente os motivos pelos quais pretende a reforma da decisão, indicando expressamente a nulidade da decisão, por ausência de ingresso da citada empresa no polo passivo da lide, bem como impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, em razão do princípio da separação dos poderes.

Portanto, deve ser rejeitada a preliminar arguida em contrarrazões.

Preliminar de nulidade da decisão.

Ainda que o agravante não tenha trazido a questão como matéria preliminar, entendo que as insurgências contra a decisão ao argumento de que é nula, por ausência de formação de litisconsórcio passivo, bem como por analisar questão não posta em julgamento (decidir além do pedido) devem ser analisadas como preliminares de mérito.

Pois bem. Insiste o agravante que a decisão é nula, por ser necessária a formação do litisconsórcio passivo necessário, porquanto a empresa JMRS Publicidade Ltda – ME não integrou a lide e possui interesses jurídicos em questão.

Neste ponto, como bem destacou o membro do Ministério Público, tenho que o recurso perdeu seu objeto.

Isso porque, conforme consulta ao processo principal, observa-se que o Ministério Público requereu o aditamento da inicial para incluir na demanda a empresa JMRS Publicidade Ltda – ME, pedido este que o município não se opôs.

Ainda, alega o agravante que a decisão é nula por ter decidido além do pedido inicial, uma vez que a parte autora não requereu a suspensão do contrato de propaganda firmado com a empresa JMRS Publicidade Ltda – ME.

Tenho que esta preliminar não prospera, pois, ainda que o autor não tenha especificadamente pedido pela suspensão do contrato firmado entre as partes, mas de forma genérica pela proibição de contratar ou efetuar gastos com publicidade e propaganda até que sejam regularizados os pagamentos, é certo que a pretensão inicial está amparada na irregularidade deste contrato firmado com JMRS Publicidade Ltda - ME diante dos atrasos no pagamento dos salários.

O que se pode extrair da decisão agravada é que a medida liminar foi proferida em menor extensão do que o autor requereu, pois na inicial seu pedido era genérico, para que fossem suspensos todos os pagamentos com publicidade, enquanto que a magistrada determinou a suspensão em relação apenas ao contrato mencionado na inicial.

Assim, não há como aduzir ter a magistrada decidido fora do pedido ou além da pretensão liminar inicial.

Mérito.

Insiste o agravante que a decisão combatida deve ser reformada, porquanto a magistrada singular, ao deferir a liminar, analisou o mérito do ato administrativo discricionário, o que é vedado em sede de controle jurisdicional, em razão do princípio da separação dos poderes.

Pois bem.

Examinando-se os autos, a decisão liminar foi no sentido de suspender a execução de contrato de publicidade, propaganda e marketing regularmente firmado com a empresa JMRS Publicidade Ltda – ME até que se resolvessem as questões referentes aos salários dos servidores públicos municipais, bem como o pagamento das contribuições previdenciárias patronais. Ainda, determinou que o ente público normalizasse, no prazo de três meses, o pagamento da folha dos servidores e empregados públicos municipais, efetuando o pagamento integral dos salários, até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido.

Ocorre que, ressalvada a situação vivenciada pelos servidores públicos locais com supostos atrasos no pagamento de proventos, entendo que, ao menos nesta fase inicial da demanda, não se mostra cabível ao Poder Judiciário intervir nos atos da Administração Pública, referentes às ordenações de despesas.

Primeiramente, suspender o cumprimento de um contrato administrativo, para o qual não foi apontada qualquer irregularidade no processo licitatório e, a princípio, encontra-se em cumprimento regular, atingindo terceiro que sequer integravam a lixeira, mostra-se precipitado em fase de medida liminar.

O Poder Judiciário deve sim realizar o controle sobre os atos administrativos, porém a sua competência restringe ao controle da legalidade e da legitimidade, o que, a princípio, não corresponde ao caso em questão, pois não se verificou qualquer irregularidade no contrato de publicidade em si para determinar a sua suspensão em medida liminar, de modo que, assim procedendo, estar-se-á adentrando no mérito administrativo, ou seja, na conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato administrativo, matéria reservada ao executivo.

Aliás, a pretensão do Ministério Público em suspender qualquer gasto com propaganda e publicidade até a regularização dos salários, a princípio, não teria cabimento.

A atuação do Poder Judiciário é permitida excepcionalmente, sob pena de transformar este poder em planejador de políticas públicas e ordenador de despesas, funções estas atribuídas constitucionalmente ao Poder Executivo, a quem compete avaliar as prioridades e direcionar a aplicação das verbas públicas.

A despeito dos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, a previsão orçamentária efetuada no início de cada exercício deve incluir as despesas referente à folha de pagamento dos servidores e por ter o salário caráter alimentar, deve ser pago corretamente. Porém, não há nos autos documentos que apontem que a verba destinada para o pagamento de servidores foi desviada para outros fins, em especial para o pagamento do contrato de propaganda e publicidade firmado com a empresa JMRS Publicidade Ltda-ME.

Neste ponto, importante registrar a ausência, ao menos neste momento da demanda, de qualquer vinculação entre o contrato de publicidade e propaganda aos supostos atrasos de salários.

Aliás, de uma rápida análise, sabe-se que o orçamento público é definido através de uma lei específica, que estima a receita e fixa despesas para um determinado exercício. Por causa dessa característica, as despesas só poderão ser realizadas se forem previstas ou incorporadas ao orçamento.

Adicionalmente ao ditame constitucional, é importante observar o citado no art. 2º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, transcrito a seguir:

“Art. 2º. A Lei de Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica, financeira e programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade”.

E, ainda que possa parecer afrontoso a Administração Pública Municipal realizar contrato de propaganda e publicidade em época que há atrasos de salários dos servidores públicos, a princípio, não há qualquer irregularidade nestas contratações, já que a previsão orçamentária certamente estabeleceu valores a serem gastos com publicidade, propaganda e marketing, assim como definiu despesas com outras frentes necessárias – pessoal e encargos, sociais, investimentos, saúde, obras e infraestrutura, educação etc., como é possível observar da Lei Municipal de nº 1782/2017.

Portanto, há que se considerar os limites orçamentários e a reserva do possível nas tomadas de decisões administrativas e nas políticas públicas, de modo a não confundir a ineficiência administrativa com o pagamento dos salários dos servidores (já que o orçamento inicial previu determinada quantia para despesas com pessoal) com desvio ou omissão na gestão promovida pela administração local, o que justificaria excepcional interferência do Poder Judiciário.

Assim, sem a indicação de que houve desvio de receitas, a determinação de suspensão do contrato de propaganda e publicidade mostra-se equivocada.

Ademais, cumpre ressaltar que, em resposta inicial, o Município de Coxim trouxe para os autos documentos que evidenciam que os pagamentos dos servidores públicos estariam em dia (documento de página 1.997), bem como os repasses para a previdência, conforme certificado pelo próprio IMPC (Instituto Municipal de Previdência dos Servidores de Coxim), noticiando a formalização de contrato para pagamento de dívidas pretéritas – documento de página 1.988.

E, neste ponto, ainda que possa existir discussão de que os pagamentos dos servidores estariam sendo realizados apenas quanto ao valor líquido, sem os encargos como IMPC, empréstimo e convênios, não observo, neste momento processual, os requisitos necessários para o que o Poder Judiciário intervenha na Administração Pública local e imponha obrigação liminar.

Por fim, quanto à documentação apresentada pelo Ministério Público, em sua inicial, é importante ressaltar que os quatro inquéritos civis mencionados (IC nº 002/2012, 43/2016, 30/2014 e 24/2015), estão em andamento, ou seja, ainda não foram concluídos, porquanto em fevereiro de 2018 houve a prorrogação do prazo de conclusão por mais um ano (f. 1.236, 1.419, 1.701 e 1.969).

Assim, concluo por ausentes os requisitos necessários para a concessão da medida liminar requerida inicialmente.

Diante do exposto e contra o parecer, conheço em parte deste recurso e dou-lhe provimento para revogar a liminar concedida inicialmente.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Wilson Bertelli), após o relator conhecer em parte do recurso e dar-lhe provimento. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 23/01/2019)

O Sr. Des. Wilson Bertelli. (1º vogal)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Coxim contra decisão proferida nos Autos de Processo nº 0900014-86.2018.8.12.0011, da 2ª Vara da Comarca de Coxim, determinando a abstenção do agravante realizar gastos com publicidade, propaganda e marketing relativos ao contrato entabulado com a empresa JMRS Publicidade Ltda ME, ou outra que a suceda, até regularização da folha de pagamento dos servidores e empregados públicos municipais, bem como o pagamento das contribuições previdenciárias patronais ao IMPC; também determinou a normalização, no prazo de três meses, do pagamento da folha dos servidores e empregados públicos municipais, isto é, o pagamento do salário integral, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 459, da CLT.

O relator, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, votou para rejeitar as preliminares suscitadas e dar provimento ao recurso, reformando a decisão. Pedi vista dos autos e peço a vênua para divergir do relator, apenas em relação ao mérito.

Não se trata da hipótese geral de impossibilidade do Poder Judiciário intervir nos atos administrativos do Poder Executivo. Ao contrário, trata-se da exceção em razão do descumprimento de direito fundamental constitucionalmente assegurado e não observado pelo Município de Coxim.

O salário constitui direito fundamental social assegurado no art. 7º da Constituição Federal, além de previsto especificamente o direito à remuneração dos servidores públicos, de acordo com o art. 37, X e XI e art. 39, *caput* e § 1º, ambos da CF.

O art. 169 da CF estabelece que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta só poderão ser feitas se houver prévia dotação

orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Trata-se de exposição do princípio do equilíbrio orçamentário, também previsto no art. 165 da CF, segundo o qual deve haver equalização de receitas e gastos, com harmonia entre capacidade contributiva, legalidade, entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico.

“(...) A CF 88 fez a opção pelo princípio do equilíbrio econômico, sob a reserva do possível. Aderiu, indubitavelmente, à ideia da necessidade do equilíbrio orçamentário, a se viabilizar pela legislação ordinária; mas não lhe pretendeu atribuir eficácia vinculante, pois permitiu o endividamento, ainda que limitado. Apesar de não haver a explícita proibição de déficit, desaparecida em 1969, a CF contém inúmeras normas que induzem o equilíbrio orçamentário, muitas delas inspiradas no modelo alemão.” (CANOTILHO, Gomes, et al. Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva/Almedina: São Paulo, 2013, art. 165, p. 1767).

Nesse contexto, ao contrário do sustentado pelo des. relator, não há necessidade de evidenciar a irregularidade na contratação com a empresa de publicidade, mas basta a evidência do desequilíbrio econômico e financeiro do município e a contratação desnecessária.

Conforme se verifica dos documentos juntados aos autos de processo, a folha de pagamento dos servidores públicos municipais não está sendo regularmente paga, inclusive com ausência de repasse de valores para instituições financeiras responsáveis por empréstimos consignados, ensejando a anotação do nome de servidores em cadastros de proteção ao crédito ante a ausência do repasse desse valor pelo município à instituição financeira.

De outro lado, a despeito de não conseguir pagar regularmente a remuneração de seus servidores municipais, o município contrata prestação de serviço de publicidade em valor de R\$ 750.000,00. O objeto da contratação, conforme demonstrado pelo Ministério Público, é passível de ser executado, ao menos em parte, gratuitamente.

Ademais, consta a informação de que a lei orçamentária anual de Coxim previu receita total na quantia de R\$ 52.011.332,97 com pagamento de pessoal, resultando em gasto mensal aproximado de R\$ 4.300.000,00. Porém, o município repassaria para tal pagamento metade da quantia prevista em lei (aproximadamente R\$ 2.000.000,00), mediante transferência apenas da quantia líquida, além de sujeitar o depósito aos servidores em dias incertos, deixando os servidores públicos municipais em instabilidade econômico/financeira, além de prejuízos advindos com a inadimplência pela falta do recebimento regular da remuneração.

Os atos administrativos são vinculados ou discricionários. Os atos vinculados consistem na atuação do administrador adstrita aos ditames previstos na legislação, objetivamente, de forma que a norma legal estabelece todos os elementos do ato e não há margem de opção para a realização da atuação do agente estatal.

Os atos discricionários, por sua vez, são aqueles determinados por lei, com margem de escolha sobre a forma de melhor atuação (razões de oportunidade e conveniência), devendo o ato ser exercido dentro dos limites estipulados pela legislação aplicável. Nessa última hipótese, não é possível ao Poder Judiciário exercer controle do mérito do ato administrativo (ou seja, interferir nas razões de oportunidade ou conveniência), cabendo unicamente analisar a legalidade do ato discricionário (se o ato foi praticado dentro dos limites estipulados pela lei – legalidade – em juízo de proporcionalidade, porque a norma desproporcional é ilegal, sujeita, portanto, ao controle judiciário).

Todavia, a hipótese, ao contrário do sustentado pelo agravante, não trata de ato discricionário, mas sim de ato administrativo vinculado – pagamento de agentes públicos – legalmente previsto e constitucionalmente assegurado.

Assim, 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, ante sua inércia ao cumprimento da lei e da Constituição Federal.

Por conta disso, não há a alegada violação ao princípio da separação dos poderes. É conferido ao Judiciário, excepcionalmente, o poder de intervir para a adoção, por parte do Estado, de políticas públicas essenciais.

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).

Assim, mantenho a decisão agravada.

Ante o exposto, divirjo de parte do Relator, apenas em relação ao mérito para, com o parecer, negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o relator que conhecia parcialmente do apelo e, na parte conhecida, dava-lhe provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

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, 23 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 0807837-15.2014.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO – INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA – DESNECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE – DIVERGÊNCIA A SER DECIDIDA PELO PRÓPRIO ÁRBITRO – EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA ANTES DE INSTITUÍDA A ARBITRAGEM – EXTENSÃO DA VALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR – APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO DO MAL MAIOR.

Desnecessária intervenção do Poder Judiciário quando a cláusula compromissória é cheia, porque os próprios contratantes já estabeleceram os requisitos mínimos para instaurar procedimento arbitral.

Nos termos artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, compete ao próprio árbitro analisar e decidir a alegação de nulidade da cláusula arbitral.

As partes podem recorrer ao Poder Judiciário, antes de instituída a arbitragem, para requererem medida cautelar ou de urgência (art. 22 – A da Lei de Arbitragem). Essa medida cessa automaticamente a eficácia quando a parte interessada não requer instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da decisão.

Em atenção à teoria do juízo do mal maior e a fim de evitar decisão surpresa à empresa credora, é possível estender por mais alguns dias a eficácia da medida cautelar deferida em juízo quando o magistrado não observa as regras da Lei da Arbitragem para fixar seu prazo de validade.

Recurso de apelação não provido e recurso adesivo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de janeiro de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda interpõe recurso de apelação (f. 1.090-1.105) contra sentença de extinção sem resolução de mérito (f. 1/067/1.084), com fundamento na existência de cláusula compromissória, proferida nos autos de processo de cautelar, demanda ajuizada em desfavor de Galvão Engenharia S/A e Sinopec Petroleum Brasil S/A.

Com fundamento no artigo 22-A da Lei nº 9.307/96, afirma ser possível recorrer ao Poder Judiciário enquanto não há constituição definitiva do Tribunal Arbitral, a fim de assegurar o resultado útil da arbitragem e garantir cumprimento da obrigação contratual. Ao fundamento de ser evidente o risco de dano grave e porque as empresas réis não demonstraram interesse na constituição do Tribunal Arbitral, pretende manter garantia deferida nesta demanda, depósito de valor em juízo, até decisão final do juízo arbitral e não até o trânsito em julgado, conforme decidido na sentença. Menciona ter ajuizado a presente demanda em razão do não pagamento do serviços de segurança e vigilância patrimonial, no valor de R\$ 1.431.595,69 (um milhão, quatrocentos e trinta e um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e sessenta e nove centavos). Por considerar o contrato de adesão e serem as réis empresas de grande porte, alega ser possível solucionar sua pretensão no Poder Judiciário, mesmo existindo cláusula compromissória, motivo pelo sustenta nulidade da sentença proferida.

Galvão Engenharia S/A interpôs recurso adesivo (f. 1.164-1.175). Pretende liberar imediatamente o valor bloqueado em sua conta (R\$ 1.237.494,99 – um milhão, duzentos e trinta e sete mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e nove centavos) para garantir pagamento do contrato de prestação de serviço celebrado com a empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda. Por estar em recuperação judicial e com fundamento no princípio da preservação da empresa, alega ser essencial a liberação do valor bloqueado em sua conta. Diz que a manutenção do bloqueio prejudica os outros credores da mesma categoria. Por se tratar de débito originado antes do pedido de recuperação judicial, considera de natureza concursal o crédito da empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda.

Contrarrazões às f. 1.110-1.121, 1.240-1.248 e 1.286-1.284.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda interpõe recurso de apelação (f. 1.090-1.105) contra sentença de extinção sem resolução de mérito (f. 1/067-1.084), com fundamento na existência de cláusula compromissória, proferida nos autos de processo de cautelar, demanda ajuizada em desfavor de Galvão Engenharia S/A e Sinopec Petroleum Brasil S/A. Galvão Engenharia S/A apresentou contrarrazões e interpôs recurso adesivo (f. 1.164-1.175).

II. Fundamentação

Nos termos do artigo 4º da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996), “a cláusula compromissória é a convenção por meio do qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Consórcio UFN III, formado por Galvão Engenharia S/A e Sinopec Petroleum Brasil S/A, contratou a empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda para prestar serviços de segurança e vigilância de obras.

De acordo com a cláusula 18.1 do contrato celebrado (f. 75-76), as controvérsias surgidas durante a execução dos serviços, a qualquer tempo e desde que não solucionadas mediante acordo, devem ser submetidas à arbitragem e a referida cláusula traçou os requisitos mínimos para instaurar o procedimento arbitral. Confira-se:

“(...) 18.1. As controvérsias que vierem a surgir entre as partes durante a execução deste contrato, a qualquer tempo, e que não possam ser solucionadas mediante acordo, serão submetidas à arbitragem, conforme adiante especificado:

(I) a parte interessada notificará a outra, por escrito, de sua decisão de submeter a divergência à arbitragem, nomeando, desde logo, no mesmo documentos, o seu árbitro (primeiro árbitro);

(II) dentro do prazo improrrogável de 15 (quinze) dias contados do recebimento dessa notificação, a parte notificada deverá nomear o respectivo árbitro (segundo árbitro), também por escrito;

(III) os árbitros nomeados pelas partes deverão acordar, no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da nomeação do segundo árbitro, acerca da nomeação do terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral;

(IV) caso a parte notificada deixe de nomear o segundo árbitro (alínea II acima) ou caso os árbitros nomeados pelas partes não acordem acerca da nomeação do terceiro árbitro, nas datas correspondentes, qualquer das partes poderá solicitar ao Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá, que nomeie o segundo árbitro ou o terceiro, ou ambos, conforme for o caso, sendo que tal nomeação deverá ser feita pelo Presidente em até 10 (dez) dias contados da solicitação da parte;

(V) uma vez constituído o Tribunal Arbitral, este deve dirimir a controvérsia de acordo com as regras e procedimento do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá, sendo certo que a decisão arbitral deverá ser proferida no prazo de até 90 (noventa) dias contados da data da constituição do Tribunal Arbitral;

(VI) as partes concordam, desde já, que não aceitarão que o julgamento das controvérsias seja feito com base na equidade;

(VII) a sentença arbitral será definitiva e obrigatória para as partes;

(VIII) cada uma das partes suportará exclusivamente seus próprios custos de advogados, peritos e outros necessários à defesa de seus interesses no procedimento arbitral, sendo certo que a sentença arbitral deverá definir qual a parte que arcará com os custos da arbitragem, tais como honorários de árbitro e demais custas cobradas pelo Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá;

(IX) o procedimento arbitral terá lugar no Município de Três Lagoas, Estado de Mato Grosso do Sul. “

Por conter requisitos mínimos de instauração do procedimento arbitral, conforme regra prevista no artigo 10 da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996), cuida-se de cláusula compromissória cheia, motivo pelo qual é desnecessária a intervenção do Poder Judiciário. Em outras palavras, a intervenção do Poder Judiciário só se torna imprescindível quando a cláusula compromissória é vazia, isto é, sem requisitos mínimos de instauração do procedimento arbitral, e não há acordo entre os contratantes.

Por isso compete à empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda, diante da mencionada inércia das empresas Galvão Engenharia S/A e Sinopec Petroleum Brasil S/A, por supostamente não terem nomeado segundo árbitro quando foram notificadas, seguir as regras previstas na cláusula 18.1 do contrato para instaurar procedimento arbitral e não se socorrer ao Poder Judiciário. Deve, portanto, solicitar nomeação do segundo árbitro ao Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá, conforme disposto no item IV da cláusula 18.1 do contrato.

Aliás, de acordo com informações constantes na contranotificação da empresa Galvão Engenharia S/A (f. 23), não houve resistência à instauração do procedimento arbitral. A referida empresa somente mencionou que aguardava sua comunicação em conformidade com o artigo 4º das regras e procedimentos da Câmara de Comércio e Mediação Brasil Canadá e do Centro de Arbitragem.

Desnecessário, da mesma forma, intervenção do Poder Judiciário para analisar e decidir validade da cláusula compromissória, pois, de acordo do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996),

competete ao próprio árbitro decidir essa divergência alegação de nulidade da cláusula de arbitragem deve ser suscitada ao próprio árbitro. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS – RECURSO MANEJADO SOB A ÊGIDE DO CPC/73 – ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ART. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73 – OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES – ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – ARBITRAGEM – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (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. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE nº 5206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que parte ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/88.

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido. (REsp 1602696/PI, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/08/2016, REPDJe 23/09/2016, DJe 16/08/2016)

RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDAS E DANOS CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FUNDADA NA RELAÇÃO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO SOCIAL. AJUIZAMENTO DE ANTERIOR AÇÃO POSSESSÓRIA QUE NÃO IMPLICA RENÚNCIA AO COMPROMISSO ASSUMIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com pedido de indenização por danos morais fundada na relação societária existente entre as partes, tendo em vista a existência de cláusula compromissória no contrato social objeto da demanda.

2. A pactuação de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro.

3. É indiscutível nos autos a existência de cláusula compromissória que alcança a presente demanda e afasta a jurisdição estatal, já que as partes livremente acordaram

que “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato, seu objeto, sua violação, sua rescisão, sua invalidade” serão resolvidas por arbitragem.

4. O ajuizamento, pela parte demandada, de anterior ação de reintegração de posse em face da primeira autora não implica renúncia ao compromisso assumido.

5. A lide possessória, com origem em outra relação contratual (comodato verbal), extrapolava a seara societária, pois limitada a discussão à falta de interesse em manter o comodato verbal que tinha atingido seu termo final, com o intuito exclusivo de obter a desocupação total e reaver os imóveis objeto daquela lide.

6. É plausível o ajuizamento de ação possessória diretamente perante o Poder Judiciário, com o objetivo de obter prontamente a determinação de reintegração na posse de imóveis esbulhados, pois o árbitro não possui poder coercitivo direto, sendo-lhe vedada a prática de atos executivos.

7. À vista da pactuação de cláusula compromissória, que implica a derrogação da jurisdição estatal, o presente processo deve ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015 (CPC/73, art. 267, VII).

8. Recurso especial provido. (REsp 1678667/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 12/11/2018)

Diante disso, inexistente razão para reforma da sentença de extinção sem resolução de mérito, por estar em consonância com a regra prevista no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil.

Relativamente ao valor bloqueado (R\$ 1.237.494,99 – um milhão, duzentos e trinta e sete mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e nove centavos) para garantir pagamento do contrato de prestação de serviço, a empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda pretende manter a referida garantia até decisão final do juízo arbitral e não até o trânsito em julgado, conforme decidido na sentença.

Já a empresa Galvão Engenharia S/A pretende liberar imediatamente o valor bloqueado. Diz que a manutenção do bloqueio prejudica outros credores da mesma categoria e a continuidade da empresa, que se encontra em recuperação judicial. Por se tratar de débito originado antes do pedido de recuperação judicial, considera de natureza concursal o crédito da empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda.

O artigo 22 – A da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1.996) autoriza as partes recorrerem ao Poder Judiciário, antes de instituída a arbitragem, para conseguirem medidas cautelares ou de urgência. Uma vez concedida as referidas medidas judiciais, sua eficácia cessa automaticamente na hipótese da parte interessada não requerer instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da efetivação da decisão. Confira-se:

“(...) Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.”

O magistrado deferiu bloqueio de valores na conta de titularidade das empresas réis no dia 25 de fevereiro de 2015 (f. 423-425) e no dia 3 de março de 2015 houve bloqueio de R\$ 1.237.494,99 (um milhão, duzentos e trinta e sete mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e nove centavos).

Por isso a empresa autora dispunha do prazo de 30 (trinta) dias, a contar do dia 3 de março de 2015, para instaurar procedimento arbitral, a fim de evitar perda automática de eficácia da medida cautelar, conforme regra prevista no artigo 22 – A da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1.996).

Todavia, em atenção à teoria do juízo do mal maior, convém estender a eficácia temporária do bloqueio por mais prazo 30 (trinta) dias, a contar da publicação desse acórdão e independentemente da interposição de novos recursos, a exemplo de embargos de declaração, recursos especial e extraordinário.

A liberação imediata do bloqueio configura decisão surpresa e é suscetível de causar graves prejuízos a empresa autora, porque o magistrado não observou as regras da Lei de Arbitragem e determinou a manutenção da medida cautelar até o trânsito em julgado. E o prazo de 30 (trinta) dias é suficiente para os contratantes instaurarem procedimento arbitral e requererem ao árbitro manutenção, modificação ou revogação da medida cautelar concedida nesta demanda, conforme determina o artigo 22 – B da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1.996), a seguir transcrito:

“(...) Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm - art5

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

Além disso, a manutenção do bloqueio somente por mais 30 (trinta) dias, isto é, independentemente da interposição de novos recursos, não afeta a empresa devedora de forma tão grave, pois pode aguardar o término do prazo para poder usufruir do valor bloqueado ou requerer ao árbitro, tão logo o procedimento arbitral seja instaurado, modificação ou revogação da medida cautelar deferida nesta demanda.

Por fim, convém ressaltar a competência do juízo universal para deliberar sobre a real natureza jurídica do crédito da empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda e sobre a essencialidade do valor bloqueado para superar a crise econômico-financeira da empresa devedora que se encontra em recuperação judicial. Nesse sentido:

EMENTA – Competência – Determinação de redistribuição - Medida cautelar de busca e apreensão – Ré que se encontra em recuperação judicial – Presença de extraconcursalidade do crédito garantido pelos bens objeto da ação – Ação que deve ter seu trâmite perante o r. Juízo de origem – Análise da essencialidade dos bens que deve ser requerida perante ao r. Juízo da Recuperação – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Relator(a): Fortes Barbosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/03/2016; Data de registro: 10/03/2016) – g.n.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação da empresa Unidas Segurança e Vigilância Patrimonial Ltda e dou parcial provimento ao recurso de apelação da empresa Galvão Engenharia S/A para o fim de determinar liberação do valor bloqueado por mais 30 (trinta) dias a contar da publicação desse acórdão e independente da interposição de novos recursos.

Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários para 15% sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso principal e deram parcial provimento ao apelo adesivo, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 2000842-25.2018.8.12.0900 - Três Lagoas

Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL SOB O FUNDAMENTO DE FALTA DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) – SANÇÕES SUMÁRIAS – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PRÉVIA OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO E APRESENTAÇÃO DE DEFESA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÓPRIO – PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – MANUTENÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Em princípio, para efeito de constatação da verossimilhança das alegações, o cancelamento de inscrição estadual do contribuinte deve ocorrer somente após a oportunização do contraditório e da ampla defesa, sendo prematura a ação fiscal nesse sentido sem a observância dos princípios acima.

Na linha da ordem constitucional, mesmo que mantida a cognição própria de um juízo de probabilidade do direito, pode-se afirmar, desde logo, que a Constituição Federal não reconhece à Administração a possibilidade de impor restrições sumárias ao contribuinte, claramente impedindo o exercício de sua atividade empresarial, com vistas a compeli-lo à quitação de tributos.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento contra a decisão prolatada nos autos do mandado de segurança impetrado por Horizonte JR Logística e Transportes Ltda, que deferiu a liminar pleiteada para o fim de determinar o imediato restabelecimento da inscrição estadual da empresa impetrante/agravada.

Nas razões recursais (f. 01-12), o recorrente alegou a validade do ato, amparado na tese de que a suspensão da inscrição estadual é ato legal e legítimo, pois a empresa agravada deixou de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), por 3 (três) períodos, com respaldo no artigo 42, inciso XI, do Anexo IV, do RICMS. Alega inércia da empresa em não cumprir o disposto no art. 90, II, da Lei nº 1.810/1997, o qual determina “manter escrita fiscal destinada ao registro das operações efetuadas, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS”. Portanto, desnecessária a intimação prévia para o cancelamento da inscrição estadual, restando demonstrada a ausência de *fumus boni iuris*.

Finalizou pedindo o conhecimento do agravo e seu recebimento no efeito suspensivo. Quanto ao mérito, pleiteou o provimento do recurso para reformar a decisão agravada, revogando a liminar concedida no mandado de segurança. O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 15-16). Em contraminuta (f. 22-28), a empresa agravada defendeu o desprovimento do recurso.

A PGJ ofertou parecer (f. 32-38), opinando pelo conhecimento e não provimento do agravo de instrumento.

VOTO

O Sr. Des. Wilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra a decisão prolatada (f. 61-63) nos autos do mandado de segurança impetrado por Horizonte JR Logística e Transportes Ltda, que deferiu a liminar pleiteada para o fim de determinar o restabelecimento da inscrição estadual da empresa impetrante/agravada.

Fundamentação

Breve síntese fática

Infere-se dos autos do processo que a empresa agravada impetrou mandado de segurança contra suposto ato ilegal praticado pelo chefe da unidade de cadastro fiscal da Agência Fazendária do Estado de Mato Grosso do Sul. Assevera que cumpria regularmente com suas obrigações fiscais, mas que sua situação cadastral foi cancelada, o que a impede de emitir notas fiscais e, conseqüentemente, de exercer suas atividades.

Informa que tenta reverter o cancelamento administrativamente desde 12/07/2018, sem sucesso. Defende que o Estado dispõe dos meios legais para receber eventuais créditos tributários. Portanto, ilegal o cancelamento da inscrição como meio coercitivo para regularização de pendências da empresa.

A liminar para imediata liberação e reativação da inscrição estadual foi deferida, às f. 61-63. Como fundamento da decisão, ressaltou-se que a inscrição estadual foi cancelada sem que fosse garantido ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa, visto que não houve notificação que antecederesse o cancelamento. É o que se extrai da decisão:

“[...] Conquanto tenha sido constatada a presença de irregularidades por parte da empresa Impetrante, tal fato não tem o condão de autorizar o Fisco Estadual, de forma arbitrária e sem o devido processo legal, a proceder ao cancelamento de inscrição estadual, pois não oportunizada à parte o pleno exercício do direito de defesa por meio do competente processo administrativo. Assim, o cancelamento prematuro da inscrição estadual da empresa Impetrante impede o pleno exercício de suas atividades, não se mostrando razoável e proporcional a medida sem o oferecimento de contraditório. Pelo exposto, presentes o fumus boni juris e o periculum in mora, hei por conceder a liminar pretendida, para os fins de determinar que a autoridade impetrada efetue imediata reativação da inscrição estadual da Impetrante.”

O agravante sustenta que a decisão objurgada não merece prevalecer, pois o procedimento adotado pelo fisco (cancelamento da inscrição estadual) é amparado por lei, vez que a agravada deixou de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), por 3 (três) períodos, conforme dispõe o art. 42, inciso XI, do Anexo IV ao RICMS. Aduz que a inércia da empresa agravada em não cumprir as obrigações acessórias previstas no Subanexo XIV, ao Anexo XV, ao Regulamento do ICMS resultou na aplicação imediata da penalidade legalmente prevista.

Afirma, ainda, que, nos termos do art. 90, inciso II, da Lei nº 1.810/97, é dever do contribuinte manter a escrita destinada ao registro das operações efetuadas, bem como é dever do fisco cancelar a inscrição estadual do contribuinte que deixar por 3 (três) períodos de entregar a EFD, sendo desnecessária a intimação prévia para tanto. Resta, pois, demonstrada a ausência de *fumus boni iuris*.

Do mérito

No caso em exame, constata-se que, com amparo no declaratório/SAT nº 033, de 24/04/2017, o fisco estadual, no uso de suas atribuições, declarou o cancelamento da inscrição estadual da agravada, com base no disposto no inciso XI, do art. 42, do anexo IV, do Regulamento do ICMS (RICMS) – o qual prevê o cancelamento da inscrição estadual do contribuinte que deixar de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), por três períodos, consecutivos ou não.

Contudo, o fez, ao que tudo indica, sem ser oportunizada à parte agravada o direito à ampla defesa e ao contraditório, não sendo razoável, em princípio, o impedimento imediato da atividade econômica, sem que reste incontestado a utilização da pessoa jurídica para fraudar o erário.

Ademais disso, na linha da ordem constitucional, mesmo que mantida a cognição própria de um juízo de probabilidade do direito, pode-se afirmar, desde logo, que a Constituição Federal não reconhece à Administração a possibilidade de impor restrições sumárias ao contribuinte, claramente impedindo o exercício de sua atividade empresarial, com vistas a compeli-lo à quitação de tributos.

Está consolidada a jurisprudência no sentido de ser ilegítima a cobrança de tributos por via transversa (Súmulas nº 70, nº 323 e nº 547/STF), bem como a criação de empecilhos ou sanções de natureza administrativa como meio coercitivo para pagamento de tributos, em substituição das vias próprias (RMS-STJ 16.961/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/05/2005).

Nesse contexto, e a fim de evitar dano grave, de difícil ou impossível reparação, e considerando, num juízo de cognição sumária, que o Fisco se utilizou de instrumento de coerção indireta para exigir da empresa agravada o pagamento de débitos tributários via punição imediata pelo descumprimento da obrigação acessória de entrega Escrituração Fiscal Digital (EFD), entendendo estar evidenciada a plausibilidade do direito alegado, a justificar a manutenção da liminar concedida no mandado de segurança interposto pela empresa agravada, pois evidente o risco da demora que emana destas circunstâncias, mesmo porque impedida, do contrário, estaria a agravada impedida de exercer a sua atividade empresarial.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto por Estado de Mato Grosso do Sul e nego-lhe provimento.

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. Eduardo Machado Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

4ª Câmara Cível

Remessa Necessária nº 0800917-75.2017.8.12.0035 - Iguatemi

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL – MENOR DE IDADE – MATRÍCULA EM ESCOLA PÚBLICA – DIREITO SUBJETIVO – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO OBRIGATÓRIO DESPROVIDO.

Deve ser ratificada a sentença que garante a menor, independentemente da apresentação de documentação brasileira, o pleno acesso à educação, porquanto trata-se de direito fundamental extensivo ao estrangeiro.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi submete a reexame necessário a sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Ruth Noemi Romero Aguilar, representada por sua mãe, Judith Romero Aguilar, contra ato coator imputado à Diretora da Escola Municipal de Educação Infantil – Polo - Prof. Gilberto de Araújo Teixeira, concedeu em definitivo a segurança pleiteada para o fim de garantir à impetrante o direito a uma vaga no ensino infantil, cuja negativa se deu em razão da criança ser estrangeira e não possuir documentação brasileira.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 85-91, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso obrigatório.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Cuida-se de reexame necessário da sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Ruth Noemi Romero Aguilar, representada por sua mãe, Judith Romero Aguilar, contra ato coator imputado à Diretora da Escola Municipal de Educação Infantil – Polo - Prof. Gilberto de Araújo Teixeira, concedeu em definitivo a segurança pleiteada para o fim de garantir à impetrante o direito a uma vaga no ensino infantil.

Extrai-se do processado que a autoridade coatora indeferiu a matrícula da infante em tela, ao fundamento de que ela e sua genitora são estrangeiras e não possuem documentação brasileira, o que contraria as disposições da Lei nº 6.815/80, do Regimento Escolar de 22/12/2014 e Deliberação nº 10.597, de 16/12/2014.

Como é sabido, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente dão segurança impar ao menor, inclusive em relação ao acesso educacional. Ademais, o texto constitucional também não faz distinção entre brasileiros e estrangeiros, logo, patente a necessidade de o Estado garantir a educação e o desenvolvimento da pessoa natural, não podendo em hipótese alguma normas de cunho infraconstitucional e administrativas se sobreporem ao comando normativo oriundo do poder constituinte originário.

Logo, afigura-me irrepreensível a sentença submetida a reexame, haja vista que deve ser garantido à impetrante, independentemente da apresentação de documentação brasileira, o pleno acesso à educação, porquanto trata-se de direito fundamental extensivo ao estrangeiro.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL – MENOR DE IDADE – MATRÍCULA EM ESCOLA PÚBLICA – DIREITO SUBJETIVO – RECURSO DESPROVIDO. É ilegal a recusa de matrícula de menor, estrangeiro, residente no Brasil, por ausência do visto de estrangeiro” (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0000531-54.2012.8.12.0035, Iguatemi, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 05/08/2015, p: 07/08/2015).

“REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA DE MENOR ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL, EM ESCOLA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO, POR AUSÊNCIA DO REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE – MERA IRREGULARIDADE – ACESSO À EDUCAÇÃO – DEVER DO ESTADO – DIREITO GARANTIDO A TODOS PELA CARTA MAIOR E PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – REEXAME IMPROVIDO. A legislação que cuida do estrangeiro e seu ingresso em escolas da rede pública de ensino do Estado não pode ser analisada de modo isolado, mas em conjunto com a Constituição Federal e afins, com relevo ao princípio da razoabilidade, observando-se o contexto histórico e social em que se vive, tornando-se imprópria a negativa de acesso ao ensino de criança estrangeira” (TJMS. Remessa Necessária n. 0000947-21.2012.8.12.0003, Bela Vista, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 20/11/2013, p: 04/12/2013).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DE LIMINAR PARA MENOR ESTRANGEIRO MATRICULAR-SE NO ENSINO FUNDAMENTAL – PRESENÇA DOS REQUISITOS – RECURSO DESPROVIDO. Presentes os requisitos indispensáveis (fumus boni iuris e periculum in mora), confirma-se a decisão que concedeu liminar, em mandado de segurança, para matrícula de menor estrangeiro, filho de brasileira, no ensino fundamental, enquanto a genitora providencia a regularização de sua permanência em território brasileiro” (TJMS. Agravo Interno n. 0026417-63.2012.8.12.0000, Iguatemi, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Josué de Oliveira, j: 22/10/2012, p: 06/11/2012).

Ante o exposto e com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço, mas nego provimento ao presente recurso obrigatório.

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. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

5ª Câmara Cível

Remessa Necessária nº 0801317-27.2015.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Designado Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGLIGÊNCIA MÉDICA – ÓBITO DO NEONATO – ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO – SENTENÇA QUE CONDENOU O MUNICÍPIO POR OMISSÃO – AUSÊNCIA DE UTI NEONATAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NEXO CAUSAL COMPROVADO – GRAVIDEZ DE ALTO RISCO – NECESSIDADE DE ENCAMINHAMENTO DA PACIENTE PARA REALIZAÇÃO DO PARTO EM NOSOCÔMIO COM MAIORES RECURSOS – OMISSÃO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – JUROS DE MORA – INCIDENTES A PARTIR DO EVENTO DANOSO – REEXAME PARCIALMENTE PROVIDO.

Verifica-se o nexo de causalidade entre a conduta do requerido, por meio dos seus agentes, e o dano irreparável sofrido pela autora, se aquele, sabedor das condições da paciente e dos recursos disponíveis no local, não agiu com cautela, antecipando-se às complicações que poderiam ocorrer, já que se tratava de uma gravidez de alto risco, cuja mãe é portadora de HIV, Sífilis e Citomegalovírus, encaminhando-a para um hospital com maiores e melhores recursos.

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, deve ser reduzida o valor da indenização, para quantia mais condizente com a extensão do dano e apta a servir de punição para o réu, evitando a reiteração de atos análogos.

Os juros de mora sobre o valor da indenização devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto médio do 2º vogal.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul submete ao reexame, por este Tribunal, a sentença de f. 177-184, a qual julgou procedente a ação indenizatória proposta por Joelma Aparecida Batista de Oliveira e condenou o Município de Chapadão do Sul a pagar à autora a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais, valor esse devidamente corrigido desde o arbitramento e acrescido de juros mora desde a citação.

A indenização se deu graças ao óbito do filho da autora no dia seguinte ao parto, graças a quadros de insuficiência respiratória aguda e aspiração meconial, que segundo a autora foram decorrentes do procedimento inadequado do parto.

Não houve interposição de recurso voluntário.

VOTO (EM 13/11/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul submete ao reexame, por este Tribunal, a sentença de f. 177-184, a qual julgou procedente a ação indenizatória proposta por Joelma Aparecida Batista de Oliveira e condenou o Município de Chapadão do Sul a pagar à autora a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais, valor esse devidamente corrigido desde o arbitramento e acrescido de juros mora desde a citação.

O que se infere do caso posto à apreciação é que a autora interpôs a presente ação objetivando receber indenização por dano moral em decorrência de suposta negligência médica que levou ao óbito seu filho, após gestação de risco cujo acompanhamento médico foi dado por funcionários do município.

Pois bem. A pretensão da requerente está amparada na Constituição Federal e no Código Civil, restando apurar se estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais seja, ação ou omissão; culpa ou dolo; relação de causalidade e dano.

No caso em apreço, restou incontroverso nos autos, que a gestação da autora terminou em óbito do recém-nascido e que a autora realizou seu pré-natal e o parto sob os cuidados médicos do corpo clínico do Município requerido.

Por primeiro, é preciso estabelecer o tipo de responsabilidade aplicável ao presente caso com relação ao município. Em razão de o ente político se encontrar no polo passivo da lide, desde logo, utiliza-se o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, assim redigido:

“(...) As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. “

O artigo personifica a chamada teoria do risco administrativo, da qual resulta a responsabilidade objetiva da Administração Pública, toda vez que houver relação de causa e efeito entre o fato prejudicial e o resultado danoso experimentado por outrem.

Com efeito, em regra, é cediço que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, é objetiva, ou seja, demonstrado o nexo de causalidade, o dever de indenizar subsiste independentemente de o agente público ter ou não agido com culpa.

Daí porque, nesses casos, a vítima se obriga a fazer prova da ação ou da omissão do agente público, do dano e do nexo de causalidade.

Necessário ponderar, contudo, que a responsabilidade estatal, embora objetiva, não é integral - caso em que o Estado responderia em qualquer circunstância, mas sim, conforme já assinalado, na modalidade do risco administrativo, em que o ente público se exonera da obrigação de indenizar se provar a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, ou, ainda, fato exclusivo de terceiro.

Pois bem.

A autora alega que inicialmente foi previsto que o parto poderia ocorrer entre os dias 25 e 28 de novembro de 2014, porém relata que ao comparecer a hospital na data de 25 de novembro de 2014 seu parto foi adiado, tendo a autora dado entrada sentindo forte dor em 8 de dezembro de 2014, com aproximadamente 42 (quarenta e duas) semanas de gestação. Além disso alega que durante todo o pré natal lhe foi dito que ela não possuiria dilatação suficiente para realizar o parto normal e por isso seria necessária a realização de cesariana.

Declara que ao chegar no hospital foi atendida somente por enfermeiras, as quais se recusaram a chamar os médicos de plantão, bem como recusaram a realização do parto por cesárea.

Tais alegações foram devidamente rebatidas na sentença tendo o juízo de primeira instância irretocavelmente excluído a possibilidade de erro médico, como se pode-se ver dos trechos a seguir:

“(..). Pela simples verificação de tais eventos (consultas e atendimentos), não é possível concluir que houve qualquer descaso no acompanhamento de saúde dispensado à gestação da autora.

Quando do parto, assim foi descrito o quadro clínico do recém-nascido (f. 43 e 138):

“RN com aproximadamente 2 horas de vida, nascido de parto normal banhado em mecônio espesso em pequena quantidade, apesar de não ter história de perda de L.A. (líquido amniótico), APGAR 3/6/8, sexo masculino, PN: 2415g, evoluiu com taquipneia e esforço respiratório sendo colocado em caixa de Hood.”

“RN nascido de parto normal, liq. amniótico mecônio espesso, desprendimento cefálico, tônus diminuído, choro fraco ao nascer. Recepcionado em campo estéril, levado ao BCR, posicionado cabeça, aspirado boca e vias aéreas, secado e estimulado, retirado campos úmidos, choro ausente, FC <100 bpm. Iniciado VPP com ambu e máscara com melhora na respiração e FC >100 bpm. Realizado clampeamento de cordão (2aa1v), antropometria e exame físico.”

Diante dessa constatação (presença de mecônio espesso), fora solicitada transferência, via vaga zero, da criança para o Hospital Universitário de Campo Grande-MS, a qual fora autorizada passados 35 minutos (f. 43).

Entretanto, por complicações em seu quadro clínico, a criança veio a falecer no dia seguinte (09/12/2014). Constou como causa da morte na certidão de f. 46 um quadro de insuficiência respiratória aguda e aspiração meconial.

Acerca do procedimento adotado pelos profissionais de saúde prestadores de serviço público gerido pelo requerido, no tocante à modalidade de parto realizada na autora (normal), vejo que este, a princípio, não é vedado às gestantes soropositivas.

Tanto é que a própria consulta realizada pela autora ao portal governamental www.aids.gov.br faz ressalva de que essa recomendação se dá “para gestantes soropositivas com carga viral maior ou igual a 1000 cópias/ml ou desconhecida após 34 semanas de gestação.”

Além disso, tal procedimento seria, inicialmente, para evitar o contágio do recém-nascido, não caracterizando sua gestação como de risco, sequer guardando qualquer relação com eventual sofrimento fetal, conforme alega a autora.

Em consulta ao Manual Técnico de Gestação de Alto Risco disponibilizado pelo Ministério da Saúde¹, é possível extrair o seguinte:

“A determinação da via de parto e o momento ideal para este evento nas gestações de alto risco talvez represente ainda hoje o maior dilema vivido pelo obstetra. A decisão deve ser tomada de acordo com cada caso e é fundamental o esclarecimento da gestante e sua família, com informações completas e de uma maneira que lhes seja compreensível

¹ http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_tecnico_gestacao_alto_risco.pdf acesso em 13/07/2017, às 13:42h

culturalmente, quanto às opções presentes e os riscos a elas inerentes, sendo que deve ser garantida a sua participação no processo decisório. Cabe salientar, todavia, que gravidez de risco não é sinônimo de cesariana. Em muitas situações é possível a indução do parto visando o seu término por via vaginal, ou mesmo aguardar o seu início espontâneo. A indicação da via de parto deve ser feita pelo profissional que for assistir ao parto.”

Nessas condições, mesmo que houvesse algum risco na gestação da autora, não seria imprescindível a realização de cesariana, a qual, inclusive, seria eletiva (realizada em hipóteses de contraindicação ao parto normal).

Já acerca da presença de mecônio² durante o parto, este possui duas origens, podendo indicar a maturidade fetal (mecônio fluido), ou a ocorrência de sofrimento fetal (mecônio espesso). O segundo caso (mecônio espesso) pode advir da diminuição fisiológica do líquido amniótico no final da gravidez e nas gestações póstermo (após a 42ª semana), ou por insuficiência placentária, reduzindo o fluxo sanguíneo para os rins³.

Consoante acima verificado, por meio dos documentos que constam nos autos, a realização o parto da autora coincidiu com a 42ª semana de gestação. Assim, sé possível supor a ocorrência de um quadro tanto de diminuição do líquido amniótico quanto da possível presença de mecônio intraplacentário.

A aferição acerca do volume de líquido amniótico se dá por meio de exame de ultrassom. Já o quadro de sofrimento fetal pode ser monitorado por meio de ausculta dos batimentos cardíacos fetais durante o parto.

Não há nos autos qualquer elemento probatório que indique a realização ou não de tais procedimentos auxiliares para a verificação acerca da condição de sofrimento do nascituro.

Apesar disso, restou consignado na certidão de óbito acostada à f. 46 que a criança teria como causa da morte, além de insuficiência respiratória, a aspiração meconial.

No que concerne ao procedimento adotado diante do quadro clínico de possível aspiração meconial pela criança (f. 138), vejo que os passos descritos à f. 138 se encontram alinhados às recomendações para aquela condição formuladas pela Sociedade Brasileira de Pediatria⁴.”

Deste modo, através da leitura deste trecho, bem como do restante da sentença percebe-se que o Município de Chapadão do Sul foi condenado à arcar com o danos morais não pelas atitudes de seu corpo clínico, mas devido à ausência de UTI neonatal, assim resta claro que a sentença condenou município por omissão, e logicamente, no caso em tela há a necessidade de analisar a responsabilidade civil do Estado, em seu viés omissivo.

Sobre o tema, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que:

“(…) quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou tardia ou ineficientemente é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo”⁵.

Portanto, no caso, a responsabilidade, diante da alegação de omissão, é subjetiva, ou seja, o ente municipal deve ser condenado se comprovada a culpa.

² substância pastosa de cor esverdeada como a da papoula, que é coletada no intestino do feto e constitui as primeiras evacuações dos recém-nascidos.

³ <http://www.etc.com.br/infantil/para-pais/2015/01/meconio-e-sinal-de-sofrimento-fetal> - acesso em 12/07/2017, às 17:40h

⁴ http://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/reatimacao/wp-content/uploads/2016/01/DiretrizesSBPReanimacaoRNMaior34semanas26jan2016.pdf acesso em 13/07/2017, às 16:03h

⁵ **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Editora Malheiros, p. 895-896.

Consequentemente, tenho que a sentença merece reforma.

Explico.

Apesar de haver recomendação do ministério da saúde, inexistente obrigatoriedade legal de existência de UTI neonatal em hospital/maternidades públicos ou privados. Assim, diante dos elementos probatórios carreados durante a instrução, não se pode concluir que o óbito foi uma consequência do ato ilícito praticado pelo município, qual seja ausência de UTI neonatal no hospital, pois a equipe médica providenciou com urgência a transferência do recém-nascido para unidade de saúde mais próxima que dispusesse do equipamento necessário.

Contudo, por mais rápido e eficiente que fossem os procedimentos para viabilizar a transferência do menor, esta não conseguiria ser consumada de imediato, porque há de se considerar também o tempo de deslocamento de uma ambulância, em trânsito.

Cumprido ressaltar que a autorização da transferência para o hospital universitário ocorreu às 10:40 horas tendo o recém-nascido chegado ao Hospital de destino às 15:20, quando se considera a distância entre as cidades onde estavam localizados os hospitais, o período de deslocamento pouco superior a quatro horas não é capaz de configurar omissão específica do município como causa hábil a imputá-lo a responsabilidade pelo falecimento do recém-nascido.

Outrossim, destaca-se que o óbito do recém-nascido ocorreu no dia seguinte à sua internação em UTI neonatal, sendo que as causas da morte equivalem ao quadro clínico que afligia o neonato desde instantes após seu nascimento, ou seja mesmo com o tratamento indicado o recém-nascido infelizmente não resistiu ao quadro clínico.

Ademais, neste ponto, tenho que é necessário destacar que consta nos documentos juntados aos autos diversos fatos que potencialmente influenciaram no quadro

I) Conforme os prontuários eletrônico ambulatorial carreado aos autos (f. 115-118) não havia prévia recomendação de realização parto cesariano;

II) a gravidez foi classificada como de alto risco por ser a paciente portadora de HIV e Sífilis, também sido diagnosticada como portadora de Citomegalovírus com IgG e IgM reagentes (o que indica infecção recente) entre 34 e 37 semanas de gestação (f. 116);

III) no sétimo mês de gestação a requerente foi levada pelos bombeiros ao hospital, relatando briga com seu cônjuge, narrando que foi jogada contra a parede e que sofreu trauma na cabeça e barriga ficando inconsciente por alguns minutos (f. 116);

IV) conforme doc. de f. 131 a requerente teve mais de quatro gestações, sendo que neste mesmo documento restou assinalado que a autora já teve dois abortos espontâneos consecutivos ou mais de 3 intercalados, bem como já teve filho que nasceu morto

Embora claro e inegável o impacto emocional de se perder um filho recém nascido, não há como acolher o pleito da autora, de indenização por danos morais, pois não é possível estabelecer o nexo causal entre a ação ou omissão do Município de Chapadão do Sul e o óbito do neonato, tendo em vista que tal não se deu em consequência lógica das atitudes da equipe médica ou de indisponibilidade de UTI neonatal.

Por fim, em razão da reforma da sentença, inverte o ônus sucumbencial

Da sucumbência

Como consequência do provimento do recurso, deve ser invertida a condenação relativa aos ônus de sucumbência. Desse modo, condeno o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, mantido o percentual de 10% fixados na sentença, contudo, sobre o valor da causa. Exigibilidade suspensa, com base no artigo 98, § 3º do NCPC.

Conclusão

Ante ao exposto conheço do recurso obrigatório e dou-lhe provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido contido na inicial. Condeno a requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% sobre o valor da causa, suspensa sua exigibilidade, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 27/11/2018 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 27/11/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise dos elementos probatórios e peço vênias ao ilustre Relator para divergir de seu voto.

Consta dos autos que a autora, gestante de alto risco por ser portadora do vírus HIV, sífilis e citomegalovírus, após realizar pré-natal pela rede pública municipal, foi submetida ao parto normal com 42 semanas de gestação, quando foi constatado que o bebê aspirou mecônio, necessitando de transferência imediata (vaga zero) à UTI neo natal. Transferido através de ambulância de Chapadão do Sul para Campo Grande, o neonato não resistiu, vindo a óbito no dia seguinte, tendo constado como causa “*insuficiência respiratória aguda, aspiração meconial*” (f. 46).

Passo a análise simultânea das apelações.

No caso em tela, cabe verificar se houve ou não erro dos médicos envolvidos e se houve se deu em razão de culpa por negligência, imprudência ou imperícia. No que se refere a culpa médica, por oportuno, cito a lição de Miguel Kfoury Neto na obra: *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, p. 35:

“Admitida a conceituação de culpa médica como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, deve-se firmar qual seria esse modelo idealizado, para a delimitação dos critérios de atuação do médico. O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se aos médicos os indicadores que medem e graduam a culpa em geral.”

Assim, para estabelecer a culpa, é preciso questionar se os médicos agiram de forma compatível com as circunstâncias do caso. Como é sabido, a atividade profissional do médico é de meio e não de resultado, de forma que não há como garantir sempre resultado satisfatório. Todavia, conforme restou evidenciado nos autos, o hospital onde a autora teve seu bebê contava com poucos recursos para suprir as necessidades de parto de risco.

Frise-se que era previsível as complicações que poderiam surgir à saúde de um bebê, cuja mãe é portadora de HIV, sífilis e citomegalovírus, entretanto, não consta dos autos que o médico obstetra a tenha encaminhado a um nosocômio com melhores recursos a fim de assegurar a saúde e a vida da paciente e do nascituro. Ao contrário, ao que consta, o parto ocorreu no hospital desprovido de UTI neonatal, após ultrapassado o tempo adequado ao nascimento, tendo sido realizado o parto normal quando a gestação já passava de 42 semanas, tanto assim que houve aspiração de mecônio espesso, com subsequente necessidade de realização de cesárea para retirada da placenta.

Afora isso, vale ser ressaltado que o hospital estava desprovido de ambulância, a qual, ainda que por curto período, teve que ser aguardada para transferência do recém-nascido à Capital, o que, dada a fragilidade da situação, pode contribuir para agravamento ou reduzir as chances de salvamento, o que implica na aplicação da Teoria da Perda da Chance.

Em estudo sobre culpa médica, a prova e o nexo de causalidade, o civilista e magistrado Miguel Kfoury Neto nos traz a noção de “perda de uma chance”, *perte d’une chance de survie ou guérison*, a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, seja em se tratando de erro de diagnóstico, tratamento ou cuidados médicos. Ante a pertinência da teoria adotada e clareza do texto do mencionado autor, transcrevo alguns trechos relevantes:

“(...) As causas reais de fracasso do tratamento médico são difíceis de provar – e freqüentes vezes permanecem envoltas no véu da incerteza. Essas dúvidas, em muitos casos, não são esclarecidas pelos laudos periciais, bastante reticentes, vez por outra eivados de espírito de corpo e, muito freqüentemente, traduzindo a experiência pessoal do perito. Portanto, ou o liame causal existe realmente, unindo a culpa ao dano, ou a incerteza quanto à causalidade resulta na reparação parcial do prejuízo sofrido, mediante reconhecimento da perda de uma chance.(...)Tenha-se presente a afirmação de que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica. Todavia, a jurisprudência tem decidido que o erro de diagnóstico, do qual advém tratamento inadequado, constitui perda de uma chance de cura ou sobrevivência – e abre ao paciente e familiares a possibilidade de reparação, nos limites da perda da chance considerada.(...)Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.(...) A pura e simples negação da teoria atribuiria aos médicos o privilégio injustificado de poder utilizar, sempre, a dúvida científica para escapar à sua responsabilidade.” (Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: RT, 2002, p. 104/126)

Se a mãe tivesse sido encaminhada para realizar o parto em hospital provido de UTI neonatal no prazo adequado, o recém-nascido poderia não ter aspirado mecônio ou teria sido mais prontamente socorrido. Não há prova de que efetivamente teria garantida sua sobrevivência, mas teria lhe sido concedido uma chance, razão pela qual deve ser aplicada ao caso em hipótese a Teoria da Perda da Chance.

O nexo de causalidade se apresenta cristalino. Não há como excluir o nexo causal existente entre as condutas dos agentes dispendidas no atendimento à mãe ao bebê e o resultado morte, uma vez que o parto pós termo contribui para aspiração do mecônio e a ausência de UTI neonatal dificulta o socorro adequado ao recém nascido em sofrimento.

Em casos como esse, os danos morais sofridos dispensam maiores comentários, tratando-se de dano *in re ipsa*.

O município deve ser responsabilizado, portanto, em vista da culpa de seus prepostos, nos termos do art. 37 da CF. Assim, ainda que por fundamento diverso, tenho que a condenação deve ser mantida.

Anoto que não considero relevante à mensuração do valor indenizatório, se a mãe é soropositivo ou se já realizou abortos. As circunstâncias destes outros fatos não estão nos autos e podem, inclusive, ter agravado seu sofrimento.

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.”¹ (destaquei)

¹ *ob. cit.*, p. 60

No caso em tela, observadas as condições econômicas dos ofensores e ofendido e as circunstâncias do fato, em especial a perda da chance que teria o bebê, já que não se pode afirmar efetivamente que ocorreria o resultado esperado, ou seja, a sobrevivência do recém-nascido, tenho que a indenização pelo dano moral deve ser mantida no montante fixado pelo juízo *a quo*, qual seja, R\$ 100.000,00.

Quanto aos honorários advocatícios tenho que deverão permanecer no patamar de 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista a observância do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, peço novamente vênua ao ilustre Relator para dele divergir e votar pelo conhecimento e desprovimento da remessa necessária, mantendo incólume a sentença, ainda que por outros fundamentos.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 12/02/2019 em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Vladimir), após o relator dar e o 1º vogal negar provimento ao recurso.

VOTO (EM 12/02/2019)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal)

Trata-se de reexame necessário de sentença que o juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul submete a este Tribunal, a qual julgou procedente a ação indenizatória proposta por Joelma Aparecida Batista de Oliveira e condenou o Município de Chapadão do Sul a pagar à autora a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais, valor esse devidamente corrigido desde o arbitramento e acrescido de juros mora desde a citação. Outrossim, condenou o município a pagar honorários em favor do patrono da autora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC/2015.

O e. Relator está dando provimento ao recurso, *“para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido contido na inicial. Condene a requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% sobre o valor da causa, suspensa sua exigibilidade, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC”*.

O e. 1º Vogal, Des. Sideni Soncini Pimentel, por sua vez, divergiu do Relator, votando pela manutenção da sentença.

Pedi vista para analisar a questão.

Entendeu o e. Relator, que não é possível estabelecer o nexo causal entre a ação ou omissão do Município de Chapadão do Sul e o óbito do neonato, tendo em vista que tal não se deu em consequência lógica das atitudes da equipe médica ou de indisponibilidade de UTI neonatal.

Inobstante, ao contrário da conclusão do relator, e em compasso com o entendimento do e. Vogal, concluo pela existência do nexo de causalidade entre a conduta do requerido, por meio dos seus agentes, e o dano irreparável sofrido pela autora.

No caso específico tratado nos autos, infere-se que, o requerido, sabedor das condições da paciente e dos recursos disponíveis no local, deveria ter sido mais cauteloso e antecipar-se às complicações que poderiam ocorrer, já que se tratava de uma gravidez de alto risco, cuja mãe é portadora de HIV, Sífilis e Citomegalovírus, encaminhando-a para um hospital com maiores e melhores recursos.

Conforme bem observado pelo vogal, muito embora não se trate a responsabilidade do profissional médico de resultado mas sim de meio, *“(…) se a mãe tivesse sido encaminhada para realizar o parto em hospital provido de UTI neonatal no prazo adequado, o recém-nascido poderia não ter aspirado mecônio ou teria sido mais prontamente socorrido. Não há prova de que efetivamente teria garantida sua sobrevivência, mas teria lhe sido concedido uma chance”*.

Dessa forma, não há como não se concluir pela existência do nexo de causalidade, devendo ser mantida a sentença que concluiu pela responsabilização do requerido.

Relativamente ao valor da indenização, entretanto, entendo que deve ser reformada a sentença.

Cediço que o valor do dano moral deve ser fixado conforme o 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. 1236-1237).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar à parte autora um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida e de outro lado serve como fator de punição para que o demandado reanálise 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 é o caso de se reduzir o valor da indenização, arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), uma vez que tal quantia mostra-se condizente com a extensão do dano e apta a servir de punição para o réu, evitando a reiteração de atos análogos.

Relativamente a correção monetária sua incidência deve ser a partir do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ. Mas os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, observando que, por se tratar de matéria de ordem pública, de acordo com orientação do STJ, podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em *reformatio in pejus*.

Dessa forma, merece reforma a sentença, quanto ao termo de incidência dos juros de mora.

Com relação a correção do valor, a decisão do STF, tema 810, afastou a aplicação dos índices de poupança para correção dos valores devidos pela fazenda pública e suas autarquias, e, em seu lugar, determinou a aplicação do IPCA-E – Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial, mais adequado para recompor as perdas causadas pela inflação.

Fixou, ainda, os índices de juros de mora, mantendo os juros aplicáveis às cadernetas de poupança para os débitos de natureza não tributária e fixou os mesmos critérios de juros de mora aplicáveis pelo fisco para corrigir os débitos dos contribuintes, quando estes forem os credores.

Dessa forma, aplicando-se o entendimento ao caso, conclui-se que o valor da indenização deve ser corrigido a partir do seu arbitramento pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial) e acrescidas de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso.

Por fim, relativamente aos honorários, correta a condenação em 10% sobre o valor do proveito econômico (valor da indenização), nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dirijo do relator para dar parcial provimento à remessa necessária para minorar o valor da indenização para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigida monetariamente pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial) a partir da publicação do acórdão e acrescida de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir do evento danoso, no caso, 09.12.2014.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto médio do 2º vogal.

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, 12 de fevereiro de 2019.

5ª Câmara Cível

Remessa Necessária nº 0821262-09.2013.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – EMPRESA QUE ATUA NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE MERCADORIA COMO MEIO DE COERÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

Consoante a Súmula nº 432 do Superior Tribunal de Justiça:

“(…) *As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais*”. Por sua vez, segundo a Súmula 323, “*é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, obstando assim as atividades abusivas cometidas pelos agentes fiscais*”.

Remessa necessária conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de remessa necessária de sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, MS, que em mandado de segurança ajuizado por Engepar Engenharia e Participações Ltda contra ato coator do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, concedeu, em parte, a segurança:

“(…) *para o fim de determinar que o impetrado se abstenha de exigir o diferencial de alíquotas de ICMS na entrada dos bens da impetrante no Estado de Mato Grosso do Sul, decorrentes da aquisição de produtos não presenciais, destinados à consecução do contrato de construção civil, abstendo-se de apreender os bens transportados e liberando as mercadorias apreendidas sem, contudo, afastar o exercício do Poder de Polícia do Fisco Estadual, e apenas em relação às situações ocorridas até o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015*”.

Segundo consta, o impetrante narrou que é empresa do ramo da construção civil, e que possui diversos contratos públicos firmados com o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como com determinados municípios do estado, para construção e manutenção de obras públicas, evidentemente todas com prazo certo para entrega.

Afirmou que, desse modo, para o cumprimento de suas obrigações contratuais, adquire rotineiramente insumos de outras unidades da federação, destinados apenas e tão somente às obras contratadas, não havendo falar em aquisição de material de construção para revenda.

Nesse contexto, impetrou o mandado de segurança sob o argumento de que a autoridade apontada vem promovendo verdadeira coação administrativa, já que os insumos que lhe são destinados, oriundos de outros estados, estão sendo sistematicamente retidos nos postos fiscais de Mato Grosso do Sul, sob pretexto de que deve ser recolhido o ICMS pelo diferencial de alíquota.

Pugnou pela concessão de liminar determinando que a autoridade impetrada libere todas as mercadorias que lhe são destinadas, bem como as deixe de reter nos postos fiscais e/ou transportadoras, quando o remetente de outra unidade da federação destacar o percentual da alíquota interna vigente no estado, sob suposta alegação de irregularidades com o ICMS. No mérito, requereu a confirmação da liminar, com a concessão da ordem em definitivo, reconhecendo-se a ilegalidade do ato perpetrado pela autoridade coatora.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações.

Em seguida, o feito foi sentenciado, conforme antes transcrito.

Não foi interposto recurso voluntário da sentença.

Em seu parecer, o Ministério Público (PGJ) opinou pelo desprovimento da remessa necessária.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de remessa necessária de sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, MS, que em mandado de segurança ajuizado por Engepar Engenharia e Participações Ltda contra ato coator do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, concedeu, em parte, a segurança

“(...) para o fim de determinar que o impetrado se abstenha de exigir o diferencial de alíquotas de ICMS na entrada dos bens da impetrante no Estado de Mato Grosso do Sul, decorrentes da aquisição de produtos não presenciais, destinados à consecução do contrato de construção civil, abstando-se de apreender os bens transportados e liberando as mercadorias apreendidas sem, contudo, afastar o exercício do Poder de Polícia do Fisco Estadual, e apenas em relação às situações ocorridas até o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015”.

Segundo consta da inicial, o impetrante narrou que é empresa do ramo da construção civil, e que possui diversos contratos públicos firmados com o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como com determinados municípios do estado, para construção e manutenção de obras públicas, evidentemente todas com prazo certo para entrega.

Afirmou que, desse modo, para o cumprimento de suas obrigações contratuais, adquire rotineiramente insumos de outras unidades da federação, destinados apenas e tão somente às obras contratadas, não havendo falar em aquisição de material de construção para revenda.

Nesse contexto, impetrou o mandado de segurança sob o argumento de que a autoridade apontada vem promovendo verdadeira coação administrativa, já que os insumos que lhe são destinados, oriundos de outros estados, estão sendo sistematicamente retidos nos postos fiscais de Mato Grosso do Sul, sob pretexto de que deve ser recolhido o ICMS pelo diferencial de alíquota.

Pugnou pela concessão de liminar determinando que a autoridade impetrada libere todas as mercadorias que lhe são destinadas, bem como as deixe de reter nos postos fiscais e/ou transportadoras, quando o remetente

de outra unidade da federação destacar o percentual da alíquota interna vigente no estado, sob suposta alegação de irregularidades com o ICMS. No mérito, requereu a confirmação da liminar, com a concessão da ordem em definitivo, reconhecendo-se a ilegalidade do ato perpetrado pela autoridade coatora.

De início, registre-se que, de fato, a recorrida, na condição de empresa de construção civil, não é contribuinte do ICMS, pois não está obrigada ao recolhimento deste tributo sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais, a teor do disposto na Súmula nº 432 do Superior Tribunal de Justiça, vejamos: “*As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.*”

Destarte, a obrigação de colaborar com a Administração Tributária não é restrita àqueles que praticam o fato gerador do imposto, inclusive, em alguns casos, recai sobre pessoas isentas ou imunes, razão porque o argumento de que não é contribuinte do ICMS e por isso não estaria obrigada a cumprir as obrigações acessórias está equivocado.

Este Tribunal, em situações semelhantes, já externou posicionamento a respeito do assunto:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS – AFASTADA – MÉRITO – EMPRESA ATUANTE NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – OBRIGATORIEDADE DE ESCRITURAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA AUTÔNOMA – TESE FIRMADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – RESP – N. 1116792/PB – INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. (...) Reforma-se a sentença que julgou procedente o pedido inicial, porquanto, mesmo que a empresa autora não seja contribuinte do ICMS (tributo de competência do fisco estadual), ela tem o dever de observar a obrigação acessória instituída pelo ente fiscal, consistente na escrituração das mercadorias que ingressam no seu estabelecimento comercial a fim do fisco poder controlar e fiscalizar as atividades exercidas pela empresa de construção. Conforme decidiu o STJ, em sede de recurso representativo de controvérsia (Resp n. 1116792/PB), o ente federado competente para instituição de determinado tributo pode estabelecer deveres instrumentais a serem cumpridos até mesmo por não contribuintes. (...)” (TJMS. Apelação n. 0027944-81.2011.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 20/02/2018, p: 22/02/2018).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – EMPRESA ATUANTE NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – OBRIGATORIEDADE DE ESCRITURAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA AUTÔNOMA. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL – RECURSO PROVIDO. ‘O ente federado legiferante pode instituir dever instrumental a ser observado pelas pessoas físicas ou jurídicas, a fim de viabilizar o exercício do poder-dever fiscalizador da Administração Tributária, ainda que o sujeito passivo da aludida ‘obrigação acessória’ não seja contribuinte do tributo ou que inexistente, em tese, hipótese de incidência tributária, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos no ordenamento jurídico’ (Resp 1116792/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 14/12/2010). (...)” (TJMS. Apelação n. 0818972-21.2013.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 07/06/2017, p: 09/06/2017).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – EMPRESA ATUANTE NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – OBRIGATORIEDADE DE ESCRITURAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA AUTÔNOMA – TESE FIRMADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO PROVIDO. Conforme decidiu o STJ, em sede de recurso representativo de controvérsia, o ente federado competente para instituição de determinado tributo pode estabelecer deveres instrumentais a serem cumpridos até mesmo por não contribuintes. Isso porque as obrigações acessórias são independentes da obrigação

principal, ou seja, são autônomas em relação à regra matriz de incidência tributária, as quais devem se submeter até mesmo as pessoas físicas ou jurídicas que gozem de imunidade. Mesmo que a empresa requerida não seja contribuinte do ICMS [tributo de competência do fisco estadual], ela tem o dever de observar a obrigação acessória instituída pelo ente fiscal, consistente na escrituração das mercadorias que ingressam no seu estabelecimento comercial a fim do fisco poder controlar e fiscalizar as atividades exercidas pela empresa de construção” (TJMS. Apelação n. 0816916-44.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 21/03/2017, p: 22/03/2017).

De outro vértice, oportuno destacar, também, que o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 323, pacificou o entendimento de que “*é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, obstando assim as atividades abusivas cometidas pelos agentes fiscais*”.

Dessa feita, consoante destacou o *Parquet*, não é permitido ao fisco apreender mercadorias com a finalidade única de, posteriormente, vincular sua liberação ao pagamento de impostos, sendo de rigor alinhar que o Poder Público dispõe de meios legais próprios para exigir o cumprimento de obrigações tributárias, não podendo agir arbitrariamente, com violação aos princípios administrativos da legalidade e da razoabilidade.

Ante o exposto, com o parecer, conheço da remessa necessária, negando-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0801738-67.2016.8.12.0018 - Paranaíba

Relator em Substituição Legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINARMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA *ULTRA PETITA* – AFASTADA – MÉRITO – SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS POR VEREADOR NA TRIBUNA DA CÂMARA MUNICIPAL – EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR – INVIOABILIDADE PARLAMENTAR – IMUNIDADE MATERIAL – ART. 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 – RECURSO PROVIDO.

Não configura julgamento *ultra petita* a fixação de indenização extra-patrimonial em quantia superior àquela postulada pelo autor, pois, em tema de dano moral, o valor referido na inicial é meramente estimativo, não vinculando o magistrado.

A imunidade parlamentar material é garantia que protege o vereador em todas as manifestações que guardem relação e sejam consequência do exercício do mandato, desde que proferidas dentro da circunscrição do município, ressalvados os excessos que possam eventualmente ser cometidos, os quais têm o condão de afastar a garantia constitucional (art. 29, inciso VIII, da CF/88).

Não há elementos nos autos que indiquem a extrapolação da imunidade parlamentar, especialmente porque o ato reclamado foi praticado em Sessão da Câmara, guardando pertinência com os mandatos de ambas as partes, não havendo que se falar em violação ao direito de personalidade do recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Paulo Henrique Cançado Soares, inconformado com a sentença proferida nos autos do procedimento comum que lhe moveu Diogo Robalinho de Queiroz, apela a este Tribunal.

Pugna o apelante, preliminarmente, pelo decote da sentença primeva, aduzindo, para tanto, ter sido esta proferida *ultra petita*, uma vez que o condenou ao pagamento da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais ao passo que, na peça vestibular requereu o apelado a condenação daquele ao pagamento do montante de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais).

No mérito, aduz o recorrente que o apelado não produziu provas hábeis a demonstrar a inconteste ocorrência dos danos morais que alegou ter sofrido, mormente porque se trataria o recorrido de pessoa que ocupa cargo político há mais de 20 (vinte) anos e que já teria se acostumado com os debates na política.

Sustenta que fizera as declarações em relação ao recorrido no exercício da sua função política de vereador, bem como que seu pronunciamento, feito durante uma sessão na Câmara de Vereadores de Paranaíba, atacou o desempenho profissional do ora apelado - então prefeito daquela cidade -, não tendo feito a este ataques de cunho pessoal.

Demais disso, assevera que na ocasião de seu pronunciamento estava protegido sob o manto da imunidade parlamentar, pelo que sua conduta não seria capaz de causar qualquer lesão anímica ao recorrido.

Pugna ainda, no caso de manutenção da condenação ao pagamento por danos morais, pela redução do *quantum* fixado, e ao final, apresentou prequestionamento.

Contrarrazões de apelação pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Paulo Henrique Cançado Soares, inconformado com a sentença (f. 139-151) que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação ordinária que lhe moveu Diogo Robalinho de Queiroz.

O dispositivo da sentença vergastada restou assim redigido:

“(...) Ante o exposto, hei por bem julgar procedentes os pedidos lançados na prefacial, para o fim de:

1) condenar a parte ré ao pagamento de danos morais no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data de prolação desta sentença;

2) condenar a parte ré ao pagamento de quantia equivalente a R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a título de indenização por danos materiais, corrigidos monetariamente pelo INPC a partir do desembolso e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data citação;

3) condenar a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Resolvo o mérito desta ação, nos termos do artigo 487, inc. I, do CPC.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se com as anotações e baixas necessárias.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.”

Inicialmente, faz-se imperioso destacar que a sentença proferida nestes autos fora lavrada na data de 18/10/2017. Tal destaque importa a fim de que seja estabelecida a regra aplicável ao processamento e julgamento destas razões de apelação, ante às alterações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil.

Assim, nota-se que a sentença vergastada fora proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, bem como que o termo final para a interposição de recursos ocorreu também durante a vigência da referida

norma, pelo que as questões relativas à admissibilidade e processamento deste recurso deverão submeter-se ao regramento do *Códex* de 2015.

Por ordem de prejudicialidade, passo à análise da preliminar aventada:

Da nulidade da sentença objurgada:

Aduz o apelante que a sentença vergastada merece ser anulada, eis que teria sido proferida *ultra petita* por tê-lo condenado ao pagamento de indenização por danos morais em quantia superior àquela requerida na peça vestibular.

Pois bem. Ao apelante não assiste razão.

Vê-se do *decisum* atacado que o magistrado de piso decidiu arbitrar a condenação por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), enquanto no pedido relativo àquela indenização, o apelado requereu a condenação do apelado no valor sugerido de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), corrigido monetariamente desde a data do evento danoso.

Apenas o teor do pedido acima descrito, em cujo bojo o requerente pede a condenação do apelante no valor sugerido de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), já seria suficiente para afastar a tese de julgamento *ultra petita* sustentada pelo recorrente. Ocorre, no entanto, que o valor indicado na exordial se trata apenas de uma estimativa feita pelo apelado, mormente porque ao magistrado cabe a valoração do dano sofrido.

Com efeito, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“(...) Deve haver correlação entre pedido e sentença (CPC 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se citra ou infra petita, ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida extra ou ultra petita”. (Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 528).

Assim é que a valoração do autor em relação à sua pretensão indenizatória em um patamar pré-estabelecido - mormente quando destacado que se sugere o valor estipulado inicialmente - serve como uma estimativa, não sendo o magistrado obrigado a se ater àquele montante, seja como teto seja como piso.

Neste aspecto é a jurisprudência desta Corte, senão vejamos:

APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – PRELIMINARES DE DESERÇÃO E SENTENÇA ULTRA PETITA – REJEITADAS – MÉRITO – FRAUDE – RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA – DEVER DE FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES E SEGUROS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 385 STJ – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSOS DAS REQUERIDAS DESPROVIDOS – RECURSO ADESIVO DO REQUERENTE PARCIALMENTE PROVIDO. Nos termos do art. 511, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973, na hipótese de insuficiência do valor recolhido, e não a falta de preparo, deve-se assegurar à parte oportunidade para a complementação. Rejeita-se a preliminar de deserção quando a parte intimada efetua a devida complementação do preparo. Não há julgamento ultra petita em relação aos danos morais, pois a importância indicada pelo autor na petição inicial se apresenta como mera estimativa, cabendo ao prudente arbítrio e ponderação do julgador definir os limites da compensação monetária. Tendo em vista que o pedido de reparação de dano formulado decorre de fato do serviço (art. 14, CDC), o ônus de comprovar a validade do vínculo obrigacional constituído entre as partes é do

fornecedor, de acordo com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e art. 333, II, do Código de Processo Civil. Não havendo sua comprovação e as hipóteses de excludente de responsabilidade, impõe-se o dever de indenizar. Afasta-se a aplicação da Súmula 385 do STJ, quando demonstrado que se encontram sub judice os apontamentos anteriores existentes no cadastro de proteção ao crédito. Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Em se tratando de condenação por danos morais decorrentes de responsabilidade extracontratual, a data inicial para a incidência dos juros de mora é a partir do evento danoso, conforme dispõe a Súmula 54 do STJ. Atendidos os critérios constantes no 20, § 3º, do CPC, mantém-se os honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação. (TJMS. Apelação nº 0819000-52.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 05/07/2016, p: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 06/07/2016). (Grifo Nosso)

Não resta dúvida, pois, que o apelado deixou claro que a importância mencionada (dezoito mil reais) era apenas sugestiva, cabendo ao prudente arbítrio e ponderação do julgador definir os limites dos danos morais, não havendo, assim, a configuração do julgamento *ultra petita* na fixação de indenização extrapatrimonial em quantia além daquela postulada pelo recorrido.

Portanto, não configura julgamento *ultra petita* a fixação de indenização extrapatrimonial em quantia superior àquela postulada pelo autor, pois, em tema de dano moral, o valor referido na inicial é meramente estimativo, não vinculando o magistrado.

Dessa forma, rejeito a alegação de nulidade da sentença.

Do mérito:

Pretende o apelante seja julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais ou, subsidiariamente, seja reduzido o *quantum* fixado àquele título.

Neste ponto, ao recorrente assiste razão.

Resta incontroversa nos autos a condição de vereador do apelante, bem como as declarações proferidas no exercício da função, nos termos da certidão de inteiro teor (f. 13-22) da sessão ocorrida na data de 02/05/2016 na Câmara Municipal de Paranaíba, ocasião em que aquele se pronunciara sobre o desempenho profissional e comportamental do recorrido.

Da análise dos autos, tenho que a sentença objurgada merece reparos.

Dispõe o artigo 29, VIII da Carta Política que “os vereadores são invioláveis no exercício da vereança, por suas opiniões, palavras e votos, na circunscrição do município”. Discorrendo sobre o estatuto dos congressistas (regime jurídico dos membros do Congresso Nacional), anota em sede doutrinária o acatado constitucionalista José Afonso da Silva (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. RT, SP, 6ª ed., 1990, p. 460):

“A inviolabilidade é a exclusão de cometimento de crime por parte de Deputados e Senadores por suas opiniões, palavras e votos. Ela, que, às vezes, também é chamada de imunidade material, excluiu o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal. É o que, em síntese apertada, significa o disposto no art. 53, caput.”

Em outra obra doutrinária, Antonio Joaquim Ferreira Custódio acrescenta anotação relevante, invocável ao caso concreto sob apreciação (*in Constituição Federal Interpretada pelo STF*, 7ª ed., Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 188):

“(...) A inviolabilidade parlamentar alcança, também o campo da responsabilidade civil. Precedente do STF: RE 210.917-RJ, S. Pertence, Plenário, 12.8.1998” (RE 220.687-MG, STF/2ª T., RTJ 169/727).”

Transcrevo pequeno excerto da ementa relativa a esse precedente do egrégio STF (RE 210.917-RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence), que aborda a questão relevante ao desfecho do caso em apreço:

“(...)”

4. A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela: é conclusão assente, na doutrina nacional e estrangeira, por quantos se tem ocupado especificamente do tema. ”

Por sobremodo elucidativo do tema sob foco, reproduzo trecho final do voto do insigne Ministro Sepúlveda Pertence, vazado nestes termos, *in literis*:

“Afastados os equívocos do aresto recorrido, o mais importante a repisar é que a ausência da menção específica à isenção também da responsabilidade civil nas normas de imunidade material, jamais, se entendeu induzir à sua exclusão dos efeitos da garantia, da qual, ao contrário, se tem reputado corolário essencial.

“Certo, sob uma perspectiva puramente dogmática, nada impediria a Constituição de excluir a responsabilidade civil da tutela da imunidade material, reduzindo-a a uma excludente da criminalidade sem exclusão da ilicitude do fato.

“Mas – além de seguramente inexistente no direito pátrio, como em qualquer Constituição democrática – e norma que assim dispusesse contrariaria gravemente as inspirações teleológicas do instituto da inviolabilidade como garantia da liberdade do exercício da missão do parlamentar: é manifesto que, conforme as circunstâncias, a imputação da responsabilidade civil pode ser tão ou mais inibitória da ação do mandatário político que a incriminação da conduta.

“Não se desconhece que a afirmação da inviolabilidade parlamentar, ampliada às dimensões exigidas pela sociedade de massas pode acarretar injustiças às vítimas da leviandade por ela eventualmente acobertada; mas as instituições democráticas têm o seu custo, às vezes, cruel.

“Esse o quadro, conheço do recurso para dar-lhe provimento. “Sob a minha perspectiva, a questão é de mérito: a afirmação da incidência de regra constitucional de imunidade vale pelo reconhecimento de causa de excludente da ilicitude do fato e, pois, de responsabilidade, não apenas penal, mas também civil, do agente parlamentar. Isso levaria à improcedência da ação.”

Sob tal enfoque, eis a Lição de Alexandre de Moraes¹:

“Seguindo a tradição de nosso direito constitucional, não houve previsão de imunidades formais aos vereadores; no entanto, em relação às imunidades materiais o legislador constituinte inovou, garantindo-lhe a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município. A imunidade material dos membros do Poder Legislativo abrange a responsabilidade penal, civil, disciplinar e política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material. Dessa forma, são requisitos constitucionais exigíveis para a caracterização da inviolabilidade do vereador: manifestação de vontade, por meio de opiniões, palavras e votos; relação de causalidade entre a manifestação de vontade e o exercício do mandato, entendida globalmente dentro da função legislativa e fiscalizatória do Poder Legislativo e independentemente do local; abrangência na circunscrição do município.”

¹ I MORAES, Alexandre Constituição do Brasil Interpretada, Atlas, 2003).

Assim é que a imunidade garantida ao parlamentar recorrente tem por desiderato fornecer liberdade para que este possa exercer livremente seu mandato, expressando sua opinião sem risco de vir a ser repreendido ou punido em razão de suas manifestações.

Ainda que haja limites no exercício desta função, afastando-se a característica de absoluta, não há nos autos elementos que indiquem que essa seja a hipótese tratada. Ao contrário, da análise do conjunto probatório (f. 13-22), registro que o vereador apelante não praticou abuso de direito a ensejar dano moral, conquanto o ato reclamado foi praticado em Sessão da Câmara, guardando pertinência com os mandatos de ambas as partes, não havendo que se falar em violação ao direito de personalidade do recorrido.

Logo, ausente evidência no caso de ter havido excesso na manifestação do apelado, inviável a pretensão indenizatória postulada, porquanto abrangido o fato pela inviolabilidade estabelecida no art. 29, VIII, da CF/88.

Neste sentido, colaciono alguns julgados:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINARMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS POR VEREADOR NA TRIBUNA DA CÂMARA MUNICIPAL – EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR – INVIOABILIDADE PARLAMENTAR – IMUNIDADE MATERIAL – ART. 29, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 – MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – FIXADOS NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Examinando a sentença recorrida, verifica-se que restaram analisadas todas as questões suscitadas no processo, de acordo com os parâmetros estabelecidos no pedido inicial e na defesa, não havendo falar em afronta ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. A imunidade parlamentar material é garantia que protege o vereador em todas as manifestações que guardem relação e sejam consequência do exercício do mandato, ainda que proferidas fora do ambiente da Casa Legislativa, mas dentro da circunscrição do município, ressalvados os excessos que possam eventualmente ser cometidos, os quais têm o condão de afastar a garantia constitucional (art. 29, inciso VIII, da CF/88). Os honorários advocatícios somente são passíveis de modificação quando fixados em quantia irrisória ou exorbitante, devendo ser mantido o quantum quando arbitrado conforme diretrizes fixadas no artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil/2015. (TJMS. Apelação nº 0838418-10.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 05/10/2018, p: 09/10/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – VEREADOR – IMUNIDADE MATERIAL – INVIOABILIDADE NO EXERCÍCIO DO MANDATO – ART. 29, VIII, CF/88 – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO NO CASO CONCRETO. A imunidade garantida ao parlamentar tem por objeto fornecer liberdade para que possa exercer livremente seu mandato, expressando sua opinião sem risco de vir a ser repreendido ou punido em razão de suas manifestações. Evidente que existem limites ao exercício dessa função, afastando-se característica de ser absoluta. No caso em análise, não havendo dúvida de que a manifestação da parte se deu no exercício do mandato, e na circunscrição do Município, eis que proferida durante Sessão da Câmara Municipal de Vereadores, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe, notadamente porque não se verificou, em qualquer momento, que o réu tenha extrapolado os limites ao exercício da sua função. APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE VALOR DE DANO MORAL – PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA IMPROCEDÊNCIA DA INDENIZAÇÃO PLEITEADA EM APELAÇÃO APRESENTADA PELA PARTE CONTRÁRIA. Se reconhecida, em sede de apelação interposta pela parte contrária, a inocorrência de ilícito causador de dano moral, resta prejudicado o recurso que pleiteava a majoração da indenização. (TJMS. Apelação nº 0827613-61.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 26/06/2018, p: 25/07/2018)

Nesse sentido também se posiciona o STJ, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL – DANO MORAL – SUPOSTA OFENSA EM ENTREVISTA COLETIVA SOBRE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM – ALCANCE DA IMUNIDADE PARLAMENTAR – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SUFICIÊNCIA DE PROVAS ATESTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR – INVERSÃO DO JULGADO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ.

EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE MANIFESTAÇÃO DA RECORRENTE E ATIVIDADE PARLAMENTAR – IMUNIDADE MATERIAL.

1. Ação ajuizada em 04/09/2012. Recurso especial interposto em 24/09/2014 e atribuído a este Gabinete em 30/05/2017.

2. O propósito recursal consiste em determinar, na hipótese em julgamento, o alcance da imunidade material do parlamentar, o qual teceu críticas contundentes a órgão fracionário do Tribunal de origem.

3. A ausência de prequestionamento das matérias relacionadas no recurso pelo Tribunal de origem impõe a aplicação da Súmula 211/STJ.

4. O indeferimento da produção da dilação probatória requerida não configura cerceamento do direito de defesa, uma vez que ficou claro no aresto impugnado que as provas produzidas nos autos são suficientes para o correto deslinde da controvérsia. Sendo o magistrado o destinatário da prova, compete a ele o exame acerca da necessidade ou não da produção do aporte requerido, sendo inviável rever as provas dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. A imunidade parlamentar é um instrumento decorrente da moderna organização do Estado, com a repartição orgânica do poder, como forma de garantir a liberdade e direitos individuais.

6. Para o cumprimento de sua missão com autonomia e independência, a Constituição outorga imunidade, de maneira irrenunciável, aos membros do Poder Legislativo, sendo verdadeira garantia institucional, e não privilégio pessoal.

7. A imunidade parlamentar não é absoluta, pois, conforme jurisprudência do STF, “a inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores, por opiniões palavras e votos, prevista no art. 53 da Constituição da República, é inaplicável a crimes contra a honra, cometidos em situação que não guarda liame com o exercício do mandato”.

(...) privilegiar a aplicação da imunidade material parlamentar.

9. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1694419/PA, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 14/09/2018).

Cumpra ainda assinalar que embora a parte requerida (vereador) tenha se manifestado em termos assertivos em relação ao autor (então prefeito municipal), o fez no âmbito de sua atividade parlamentar e sempre pautado nos assuntos relacionados à atividade administrativa do mesmo. Não desbordou para ataques à personalidade, aos familiares ou mesmo a condutas pessoais do autor. Os fatos ocorreram na seara da dialética política decorrente daqueles que ocupam, de um lado, a situação e, de outros, a oposição.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de reformar a sentença recorrida e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Considerando o provimento do recurso, a verba honorária deve ser revertida em favor do recorrente, bem como, em observância ao art. 85, § 4º, III² e § 11³, do CPC/15, majorados para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (em substituição legal), Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

2 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;

3 § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

1ª Câmara Cível

Conflito de Competência nº 1600541-30.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator em Substituição Legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – 1ª VARA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DA COMARCA DE CAMPO GRANDE E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – DANO MORAL CAUSADO POR IRREGULARIDADES EM ATERRO SANITÁRIO – QUESTÃO AMBIENTAL POR VIA REFLEXA – DIREITO INDIVIDUAL – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – CONFLITO PROCEDENTE.

Ainda que o pleito indenizatório trate, por via reflexa, de questão ambiental, cinge-se a busca tão somente em reparação de dano individual supostamente sofrido pelo autor, não havendo falar em defesa de interesse jurídico coletivo.

Assim, tendo em vista que a ação trata de direito individual, cujo valor da causa é inferior ao montante de 60 (sessenta) salários mínimos, proposta por pessoa física em face de ente público municipal, a fixação da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande é medida que se impõe.

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, julgar procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

O juiz de direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande suscita conflito negativo de competência em face do juiz de direito da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais, movida por Célia Coelho Velasques de Paula em desfavor do Município de Campo Grande.

O juiz suscitante alega que a ação é individual, e que o simples fato de ter como *causa petendi* o direito da parte autora ao meio ambiente equilibrado não desloca a competência para as varas de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos da Resolução nº 221/1994, artigo 2º, alínea ‘u’.

O juiz suscitado, por sua vez, assevera que por se tratar de ação indenizatória versando sobre direitos/interesses difusos e coletivos, a qual não está incluída na competência do juizado, nos termos do artigo 2º, § 1º, inciso I da Lei nº 12.153/2009, foi declarada a incompetência.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento do conflito (f. 329-335).

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz de direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande em face do juiz de direito da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais, movida por Célia Coelho Velasques de Paula em desfavor do Município de Campo Grande.

A meu ver, entendo que razão assiste ao juiz suscitante.

A Resolução nº 221/1994, editada por este e. Tribunal de Justiça, assim dispõe acerca da competência em razão da matéria, *in verbis*:

“(...) Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos juizes de direito na Comarca de Campo Grande: (alterado pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007.)

(...)

b) aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:

1. os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos; (alterado pelo art. 1º da Resolução nº 456, de 10/11/2004 -DJMS, de 17/11/2004.)

2. os mandados de segurança, habeas data e mandado de injunção; (alterado pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007.)

3. os feitos relativos a registros públicos, inclusive os procedimentos de dívida e de averiguação oficiosa de que trata o art. 2º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992; (alterado pelo art. 1º da Resolução nº 456, de 10/11/2004 -DJMS, de 17/11/2004.)

(...)

u) aos das Varas de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, processar e julgar:(alterada pelo art. 8º da Resolução nº 87, de 8.5.2013 - DJMS, de 10.5.2013.)

1. as ações populares;

2. o mandado de segurança coletivo;

3. as ações civis públicas;

4. as ações de improbidade administrativa;

5. as ações relativas aos portadores de necessidades especiais, exceto quando ajuizadas contra a Fazenda Pública Estadual ou Municipal;

6. as ações relativas aos investidores no mercado de valores mobiliários;

7. as ações relativas à ordem econômica e economia popular;

8. a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, em favor das pessoas idosas;

9. as relativas à ordem urbanística;

10. as relativas ao Estatuto da Cidade;

II. toda e qualquer ação envolvendo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, proposta pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, mesmo que em litisconsórcio, com exceção das ações envolvendo interesses da infância e da adolescência. (Alterado pelo art. 2º da Resolução nº 187, de 1º.11.2017 – DJMS, de 6.11.2017.)”

Nos termos da exordial da ação de indenização por danos morais juntada às f. 02-15 dos presentes autos, a autora pretende a condenação do Município de Campo Grande ao pagamento de indenização mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em razão de danos causados em decorrência da instalação irregular de aterro sanitário no Jardim Noroeste, local no qual possui residência.

Ainda que o pleito indenizatório trate, por via reflexa, de questão ambiental, cinge-se a busca tão somente em reparação de dano individual supostamente sofrido pelo autor, não havendo falar em defesa de interesse jurídico coletivo.

Assim, tendo em vista que a ação trata de direito individual, cujo valor da causa é inferior ao montante de 60 (sessenta) salários mínimos, proposta por pessoa física em face de ente público municipal, a fixação da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande é medida que se impõe.

Nesse sentido é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo colacionados:

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VARA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS POR IRREGULARIDADES EM ATERRO SANITÁRIO – QUESTÃO AMBIENTAL TRATADA TÃO SOMENTE DE MANEIRA REFLEXA – PREVALÊNCIA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. I. Recai sobre o Juizado Especial da Fazenda Pública a competência para processar e julgar pedido de dano moral individual ocasionado por suposta lesão ambiental provocada pelo Município, consistente em destinação errônea dada a aterro sanitário, cujo valor da causa não supere 60 (sessenta) salários mínimos, em que figure como autor pessoa física, microempresa ou empresa de pequeno porte. II. A suposta lesão ambiental deve ser tratada tão somente de maneira reflexa, pois o dano ambiental pode afetar, simultaneamente, o bem jurídico ambiental e outros interesses jurídicos individuais. Na hipótese de dano individual, a decisão que vier a ser prolatada afetará exclusivamente a esfera de interesse das partes envolvidas, motivo pelo qual a competência não deve ser deslocada para Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. III. Com o parecer. Conflito procedente. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. (TJMS. Conflito de competência nº 1600686-86.2018.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 18/08/2018, p: 21/08/2018)

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VARA DE DIREITOS DIFUSOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS POR IRREGULARIDADES EM ATERRO SANITÁRIO – VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – CONFLITO PROCEDENTE. É competente o juizado especial da fazenda pública para processar e julgar pedido de dano moral individual em razão de suposta lesão ambiental provocada pelo município, consistente em destinação errônea dada a aterro sanitário, cujo valor da causa não supere 60 (sessenta) salários mínimos. (TJMS. Conflito de competência nº 1601119-90.2018.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 24/07/2018, p: 25/07/2018)

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VARA DE DIREITOS DIFUSOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS POR IRREGULARIDADES EM ATERRO SANITÁRIO – QUESTÃO AMBIENTAL TRATADA TÃO SOMENTE DE MANEIRA REFLEXA – PREVALÊNCIA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – CONFLITO PROCEDENTE. I.

Recai sobre o Juizado Especial da Fazenda Pública a competência para processar e julgar pedido de dano moral individual ocasionado por suposta lesão ambiental provocada pelo Município, consistente em destinação errônea dada a aterro sanitário. II. A suposta lesão ambiental deve ser tratada tão somente de maneira reflexa, pois o dano ambiental pode afetar, simultaneamente, o bem jurídico ambiental e outros interesses jurídicos individuais. Na hipótese de dano individual, a decisão que vier a ser prolatada afetará exclusivamente a esfera de interesse das partes envolvidas, motivo pelo qual a competência não deve ser deslocada para Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. III. Com o parecer. Conflito procedente. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. (TJMS. Conflito de competência nº 1600592-41.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 17/07/2018, p: 18/07/2018)

Por todo o exposto, com o parecer, julgo procedente o presente conflito de competência, fixando a competência do juízo de direito do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande/MS para processar e julgar a Ação de Indenização por Danos Morais nº 0803857-79.2017.8.12.0110.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal), Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação nº 0822987-28.2016.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – *HABEAS DATA* – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – REJEITADA – MÉRITO – OBRIGAÇÃO DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO CONSUMIDOR – DIREITO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONTIDAS NAS FONTES DE DADOS (HISTÓRICO DE CRÉDITO) E AOS CRITÉRIOS PESSOAIS VALORADOS NA DEFINIÇÃO DO SCORING – PRECEDENTES DO STJ (REsp 1.419.697/RS) – SÚMULA Nº 550 DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Deve ser afastada a preliminar de ausência de interesse de agir, tendo em vista que a impetrante não obteve resposta à sua solicitação administrativa, restando, portanto, evidente a existência da pretensão resistida. Mantém-se a sentença que concedeu a ordem pretendida na ação de *habeas data*, porquanto cabe ao gestor do banco de dados público promover o quanto necessário ao atendimento da lei, fornecendo ao cadastrado as informações solicitadas, por meio de metodologia que demonstre de forma adequada e clara as fontes dos dados considerados - histórico de crédito, bem como as informações pessoais valoradas para se obter a pontuação pelo sistema *Scoring*.

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, 5 de fevereiro de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Serasa S/A, inconformado com a sentença proferida nos autos de *habeas data*, impetrado por Debora Ferreira Milanez, apela a este Tribunal.

Aduz o apelante que a sentença vergastada fora proferida em dissonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça esposado por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.304.736, que teve afetação de recurso repetitivo, e cujo teor assentou determinadas condições para que se configure o interesse de agir da parte que almeje obter informações sobre seu *score* de crédito.

Sustenta que no vertente caso não há o preenchimento de quaisquer dos requisitos estabelecidos no recurso em comento e que, nada obstante a isto, sequer há demonstração de que o *score* de crédito da apelada tenha sido, em algum momento, consultado.

Demais disso, alega que não há que se falar na aplicabilidade do referido recurso repetitivo, uma vez que, embora o referido precedente se trate de ação cautelar de exibição de documentos e a presente ação se trate de um *habeas data*, ambas as demandas, em tese, teriam o mesmo objetivo, a saber, a exibição dos substratos documentais do serviço do *credit score* prestado pelo recorrente.

O apelante assevera, ao final, que o *score* de crédito não configura hipótese alguma de abertura de cadastro, ficha registro e dados pessoais de consumo, uma vez que as informações lançadas pelo contratante do serviço *score* não seriam armazenadas em seu sistema, bem como que o serviço em comento se trata meramente de um modelo estatístico gerado pontualmente no momento em que se faz a contratação, pelo que requereu a reforma da sentença vergastada a fim de que seja reconhecida a falta de interesse de agir da apelada.

Sem contrarrazões de apelação.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou ciente da sentença à f. 131.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Serasa S/A, inconformado com a sentença (f. 104-106) que concedeu a ordem pretendida no *habeas data* impetrado por Debora Ferreira Milanez.

O dispositivo da sentença vergastada restou assim redigido:

Diante do exposto, concedo a ordem pretendida para determinar ao impetrado o fornecimento das informações solicitadas pela impetrante (fontes dos dados considerados - histórico de crédito, bem como as informações pessoais valoradas para se obter a pontuação pelo sistema *Scoring*), de forma clara e precisa, no prazo de 15 dias contados da intimação da sentença feita ao coator por meio de carta com aviso de recebimento (art. 14 da Lei Federal nº 9.507/1997).

Inicialmente, faz-se imperioso destacar que a sentença proferida nestes autos fora lavrada na data de 27/01/2017. Tal destaque importa a fim de que seja estabelecida a regra aplicável ao processamento e julgamento destas razões de apelação, ante às alterações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil.

Assim, nota-se que a sentença vergastada fora proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, bem como que o termo final para a interposição de recursos ocorreu também durante a vigência da referida norma, pelo que as questões relativas à admissibilidade e processamento deste recurso deverão submeter-se ao regimento do *Códex de 2015*.

Preliminar de falta de interesse de agir.

Com efeito, sustenta o apelante que não há interesse de agir da impetrante, invocando em apoio à sua afirmação o REsp nº 1.304.736, julgado sob o rito repetitivo, que assim estabelece:

*PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – CREDISCORE – INTERESSE DE AGIR – DEMONSTRAÇÃO DE QUE A RECUSA DE CRÉDITO OCORREU EM RAZÃO DA FERRAMENTA DE SCORING, ALÉM DE PROVA DO REQUERIMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL E SUA NEGATIVA OU OMISSÃO. 1. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.419.697/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos, definiu que, no tocante ao sistema *scoring* de pontuação, “apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas” (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014). 2. Assim, há interesse de agir para a exibição de documentos sempre que o autor pretender conhecer e fiscalizar documentos próprios ou comuns de seu interesse, notadamente referentes a sua pessoa e que estejam em poder de terceiro, sendo que “passou a ser relevante para a exibitória não mais a alegação de ser comum o documento, e sim a afirmação de ter*

o requerente interesse comum em seu conteúdo” (SILVA, Ovídio A. Batista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2009, f. 376). 3. Nessa perspectiva, vem a jurisprudência exigindo, sob o aspecto da necessidade no interesse de agir, a imprescindibilidade de uma postura ativa do interessado em obter determinado direito (informação ou benefício), antes do ajuizamento da ação pretendida. 4. Destarte, para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: “Em relação ao sistema credit scoring, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema Scoring”. 5. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.¹

Como se vê, a própria lei exige a demonstração da existência de pretensão resistida, que pode operar-se pela recusa ou pelo transcurso de mais de 10 dias sem resposta à solicitação feita.

Da análise dos autos, verifico que a impetrante, ora apelada, colacionou aos autos comprovação de notificação prévia extrajudicial (f. 17), bem como documento comprobatório do seu envio e recebimento (f. 18), demonstrando não ter obtido resposta acerca das informações solicitadas da empresa requerida, o que ensejou o ajuizamento da presente ação.

Desta feita, sendo evidente a existência de pretensão resistida na hipótese em exame, eis que a solicitação administrativa restou inatendida, rejeito a preliminar de ausência de interesse de agir. Passo à análise do mérito.

Do mérito.

No caso, da análise dos autos e da leitura da sentença supratranscrita, verifico a inexistência de fundamentos que autorizem a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso que bem analisou os fundamentos de fato de direito contidos nos autos.

Com efeito, alega a empresa apelante que:

“(...) não há informação a ser consultada em cadastro de score, nem documento a ser exibido: não existe um cadastro de score. (...) nunca houve registro de dados da apelada, pois se trata de um serviço pontual e estatístico, motivo pelo qual a obrigação imposta (...) é inexequível.” (f. 119).

Da análise dos autos, verifico que o juiz singular determinou ao recorrente:

“(...) o fornecimento das informações solicitadas pela impetrante (fontes dos dados considerados - histórico de crédito, bem como as informações pessoais valoradas para se obter a pontuação pelo sistema Scoring), de forma clara e precisa, no prazo de 15 dias contados da intimação da sentença feita ao coator por meio de carta com aviso de recebimento (art. 14 da Lei Federal nº 9.507/1997).” (f. 105).

A mencionada ordem, ao contrário do que sustenta o apelante, não apenas é exequível quanto perfeitamente exigível por parte da consumidora em face de detentora de banco de dados de natureza pública.

Nesse sentido, a Carta Política dispõe acerca do cabimento do *habeas data*:

“(...) Art. 5º (...) LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;”

Regulamentando referido dispositivo constitucional, a Lei nº 9.507/1997 reproduziu a mesma garantia ao dispor que:

¹ REsp 1304736/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/02/2016, DJe 30/03/2016.

“(…) Art. 7º Conceder-se-á habeas data: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

Ato contínuo, a Lei nº 12.414/2011 estabeleceu expressamente, nos seus artigos 5º e 6º, as seguintes disposições:

“(…) Art. 5º São direitos do cadastrado: (...) IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

Art. 6º Ficam os gestores de bancos de dados obrigados, quando solicitados, a fornecer ao cadastrado: I - todas as informações sobre ele constantes de seus arquivos, no momento da solicitação; II - indicação das fontes relativas às informações de que trata o inciso I, incluindo endereço e telefone para contato;

(…)

Cabe, pois, ao gestor do banco de dados promover o quanto necessário ao atendimento da lei, disponibilizando ao cadastrado as informações solicitadas, por meio de metodologia que demonstre de forma adequada e clara as fontes dos dados considerados - histórico de crédito, bem como as informações pessoais valoradas para se obter a pontuação pelo sistema *Scoring*.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, consignou:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC) – TEMA 710/STJ – DIREITO DO CONSUMIDOR – ARQUIVOS DE CRÉDITO – SISTEMA “CREDIT SCORING” – COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO – LIMITES – DANO MORAL. I - TESES: 1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei nº 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei nº 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. II - CASO CONCRETO: 1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia; 2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC. 3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC. 4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral “in re ipsa”. 5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie. 6) Demanda indenizatória improcedente. III - NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL E DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO²

Seguindo o mesmo entendimento adotado no acórdão resultante do recurso repetitivo e epigrafado, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 550, cujo teor dispõe que:

² REsp 1419697/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014.

“(…) A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.”

Assim, não é nem mesmo razoável o argumento do apelante de que a ordem mandamental constante da sentença é inexecutável ou impossível de ser cumprida, posto que a própria lei exige a prestação de esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo do *scoring*.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ausência de interesse de agir e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Serasa S.A, mantendo incólume a sentença hostilizada.

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. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2019.

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0001582-45.2016.8.12.0008 - Corumbá

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DO ACUSADO E DA OFENDIDA – ESTUPRO, CÁRCERE PRIVADO, NA FORMA QUALIFICADA, E CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-B, DA LEI 8069/1990 – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – CONSUNÇÃO DO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO PELO CRIME DE ESTUPRO – NÃO CONFIGURADO – PRÁTICAS CRIMINOSAS COM FINALIDADES DISTINTAS E INDEPENDENTES ENTRE SI – ATIPICIDADE DA CONDUTA E INCONCLUDÊNCIA DO LAUDO PERICIAL COM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-B, DA LEI 8069/1990 – NÃO ACOLHIDO – PEDIDO DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE – EFEITO DA CONDENAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 387, INCISO IV, DO CPP – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ – RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO E RECURSO DA VÍTIMA PROVIDO.

Não há falar em absolvição se, da análise dos autos, observa serem os elementos de convicção produzidos no curso da persecução penal – formados pelos relatos firmes e coerentes da vítima e pelos depoimentos das demais testemunhas, além dos laudos periciais acostados – robustos e conclusivos em demonstrar a autoria do apelante no crime de estupro e cárcere privado descritos na inicial acusatória. Como cediço, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima assume relevante importância, sobretudo quando corroboradas por outros elementos de prova, tal como ocorre na hipótese dos autos.

De igual forma, não merece acolhimento a tese subsidiária de absorção do delito de cárcere privado pelo crime de estupro pois, diferentemente do que pretende a defesa, não se vislumbra nexos de dependência entre as condutas criminosas praticadas, ou seja, ambas as práticas delitivas (estupro e cárcere privado) foram perpetradas de maneira autônoma, com finalidades distintas.

Quanto ao crime previsto no artigo 241-B, da Lei 8.069/1990, não há falar em atipicidade, pois a conduta legalmente permissiva somente se aplica quando a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C da mesma Lei, nos termos do § 2º, do artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que não é o caso dos fatos apurados na ação penal. Também resta afastada a hipótese da inconclusividade dos laudos periciais acostados no caderno criminal, já que restaram claras no sentido de que há pelo menos 03 (três) fotografias indiscutivelmente relacionadas à pornografia infantil explícita.

A jurisprudência deste Sodalício firmou o entendimento de que é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso na denúncia, ainda que não especificada a quantia. *In casu*, revela-se proporcional a fixação do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como mínimo indenizatório em favor da vítima, porquanto expressamente requerido na póstica acusatória, levando em consideração a ocorrência do fato danoso, o dano experimentado pela vítima e as condições financeiras e pessoais do requerido.

Em relação à correção monetária, o índice IGPM/FGV deve ser aplicado a partir da data do arbitramento, a teor da Súmula 362 do STJ. No que toca aos juros de mora, por se tratar de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso, nos termos do artigo 398 do Código Civil e da Súmula 54 do STJ.

Recursos conhecidos, com desprovimento ao recurso da defesa e provimento ao recurso da vítima.

Com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por I.M.B.R. e P.S.S.N. em face da sentença proferida pelo d. juiz da 2ª Vara Criminal de Corumbá/MS (f. 378-400), que condenou o réu P.S.S.N. pela prática dos delitos previsto nos artigos 148, § 1º, V e § 2º, combinado com artigo 213, do Código Penal, e no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do artigo 69, do Código Penal, à pena definitiva de 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como o pagamento de 04 (quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos pelo IGP-M/FGV.

A vítima I.M.B.R., em suas razões recursais (f. 434-439), postula pela fixação de indenização por danos morais em seu favor, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ante o sofrimento físico e psicológico experimentado em decorrência dos abusos descritos na proemial acusatória. Prequestiona o citado dispositivo processual penal.

O acusado P.S.S.N., em sua apelação (f. 490-508), busca a absolvição do crime de estupro e cárcere privado, face a carência de materialidade derivada do conjunto probatório, mormente pela divergência entre o depoimento da vítima e as demais provas juntadas nos autos. Alega, também, a atipicidade da conduta com relação ao tipificado no artigo 241-B, da Lei 8.069/1990, por se tratar de arquivos digitais sem fins de propagação, além de restar inconclusivo a existência de pornografia infantil no acervo pornográfico. Subsidiariamente, requer a consunção do crime de cárcere privado pelo crime de estupro, pois incidem sobre um mesmo fato, sendo aquele um meio para a prática deste último. Ao final, prequestiona os artigos 386, VII, do Código de Processo Penal, artigo 148, § 1º, V e § 2º, do Código Penal, e artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Em suas contrarrazões (f. 482-489), o sentenciado pugna pelo não provimento do apelo da vítima, ante a ausência do contraditório e ampla defesa com relação ao pedido de fixação do dano moral.

A ofendida, em sede de contrarrazões (f. 549-554), pede o improvimento da apelação defensiva, com a consequente manutenção da sentença exarada.

O d. representante do *Parquet*, também em contrarrazões (f. 526-544), manifesta-se pelo conhecimento dos recursos interpostos, com provimento ao apelo da vítima e o não provimento ao apelo do réu.

Instada a se manifestar (f. 644-664), por fim, a Procuradoria-Geral de Justiça igualmente opina pelo conhecimento de ambas as apelações, dando provimento ao recurso da ofendida e improvimento ao recurso defensivo.

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O d. representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em face de P.S.S.N., imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 148, § 1º, V e § 2º, combinado com os artigos 61, II, *a*, e 213, todos do Código Penal; combinado com o artigo 1º, V, da Lei nº 8.072/1990 e artigo 5º e seguintes, da Lei nº 11.340/2006; e artigo 241-B, da Lei nº 8.069/1990, na forma do artigo 69, do *Codex* Penal, em razão dos seguintes fatos noticiados na inicial acusatória (f. 01-08):

“(...) Apurou-se que no dia 07.03.16, o denunciado procurou a vítima, tentando se aproximar dela novamente, convidando-a para ir a sua residência. Chegando à residência, iniciou-se uma discussão entre eles, em razão do descontrole emocional do autor. Em dado momento, no interior da residência, o denunciado falou à vítima: “você vai ter que fazer tudo o que eu fizer, senão sua morte vai ser mais dolorosa”, ameaçando-lhe gravemente antes de iniciar os abusos sexuais.

A partir desse momento, durante toda a noite do dia 07.03.16, o denunciado passou a manter a vítima em cárcere privado, cerceando, mediante violência e grave ameaça, sua liberdade de ir e vir, mantendo a ofendida em cárcere no interior do imóvel.

(...) Com a vítima absolutamente subjugada e rendida (ainda amarrada), o autor iniciou uma sequência de abusos sexuais, praticando conjunção carnal, penetrando-lhe, à força, o pênis em sua vagina, em diversas posições.

(...) Requer, por fim, sendo o caso, seja fixado valor mínimo para reparação de danos, nos termos do artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal.”

Após regular instrução processual, o d. juiz da 2ª Vara Criminal de Corumbá/MS prolatou sentença julgando procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para condenar o réu como incurso nos artigos 148, § 1º, V e § 2º, combinado com artigo 213, do Código Penal, e no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do artigo 69, do Código Penal, à pena definitiva de 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos pelo IGP-M/FGV (f. 378-400).

Inconformados, a vítima e o sentenciado apelaram a esta Corte.

A vítima I.M.B.R., em suas razões recursais (f. 434-439), postula pela fixação de indenização por danos morais em seu favor, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ante o sofrimento físico e psicológico experimentado em decorrência dos abusos descritos na proemial acusatória.

O acusado P.S.S.N., em sua apelação (f. 490-508), busca a absolvição do crime de estupro e cárcere privado, face a carência de materialidade derivada do conjunto probatório, mormente pela divergência entre o depoimento da vítima e as demais provas juntadas nos autos. Alega, também, a atipicidade da conduta com relação ao tipificado no artigo 241-B, da Lei 8.069/1990, por se tratar de arquivos digitais sem fins de propagação, além de restar inconclusivo a existência de pornografia infantil no acervo pornográfico.

Subsidiariamente, requer a consunção do crime de cárcere privado pelo crime de estupro, pois incidem sobre um mesmo fato, sendo aquele um meio para a prática deste último.

Pois bem. Não havendo qualquer questionamento preliminar, e por não vislumbrar nulidades ou irregularidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

O pleito absolutório não merece prosperar.

A materialidade delitiva restou demonstrada nos autos por meio do auto de prisão em flagrante (f. 10-12), relatórios de investigação criminal (f. 35-39 e 189-193), boletim de ocorrência (f. 55-59), auto de apreensão (f. 70), auto de entrega (f. 71), laudos periciais (f. 99-106, 122-126, 127-130, 131-158, 162-167, 257-260 e 313-326), exame de corpo de delito (f. 168-170), bem como da prova oral coletada no curso da persecução penal.

De igual sorte, a autoria do apelante é certa e restou comprovada nos autos, a despeito de sua negativa sustentada durante a instrução processual.

Ao ser interrogado perante a autoridade policial, o apelante afirmou que a vítima é sua ex-companheira, tendo convivido com ela por aproximadamente 01 (um) ano e meio. No dia dos fatos, buscou-a na casa da mãe dela e de lá foram para sua residência, onde vieram a praticar sexo várias vezes durante à noite, com consentimento mútuo. O interrogando então ligou para o filho da vítima, avisando-lhe que sua genitora iria dormir em sua casa. Por volta das 05:00 horas, acordou com a ofendida lhe esfaqueando, sendo que “*com aquela emoção, dei um murro nela para acalmar ela e prendi ela com um lacre de som de carro, utilizado para prender som (sic)*”. Ao indagá-la sobre os motivos de sua investida, disse que agiu desta forma por não ter condições de pagar a dívida que havia contraído com o acusado, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). O réu, então, saiu para buscar atendimento médico, deixando a vítima em sua casa, ainda amarrada, e, ao retornar, percebeu que a mesma já não mais se encontrava no local (f. 23-29).

Em juízo, nega os fatos imputados, relatando que, mesmo após a separação, a vítima sempre manteve proximidade e intimidade com o apelante, sendo, inclusive, *adepta ao sexo sadomasoquista (sic)*. Ela possuía uma dívida financeira com o agressor, no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), e prometeu-lhe liquidar tal obrigação caso viesse a ser aprovada em concurso público. Narra que, no dia dos fatos, a ofendida teria ido até sua casa e lá mantiveram relações sexuais durante toda a madrugada, de maneira violenta (sodomasoquista), porém consensual, vez que era costume do casal. “*Ela gostava de falar pra mim que eu ‘tava’ estuprando ela (sic)*”, com a vítima amarrada, havendo agressões e xingamentos mútuos, e que todo o ato era filmado, mas apenas para fins particulares do casal. Por volta das 05:00 horas, quando resolveu descansar, sem motivo aparente viu a ofendida partir em sua direção com uma faca, desferindo-lhe dois golpes na altura do pescoço, mas os cortes vieram apenas a *tirar a pele (sic)*. Preciso, então, dar dois socos para contê-la, em sua boca, mas não chegou a amarrá-la, trancá-la, ou utilizar-se de qualquer meio que privasse a liberdade. Ao indagá-la sobre os motivos do atentado, esta limitou-se a contar que o mataria e se entregaria à polícia. Então, resolveu conduzi-la às autoridades policiais para que a mesma se explicasse, entretanto, veio a sair de casa “*para comprar as coisas, que ela falou que tava “morrendo” de fome, que precisava comer alguma coisa antes de “vim” pra lá (sic)*”. Ao retornar, percebeu que a vítima já não se encontrava mais na residência. Acredita, então, que a tentativa de homicídio se deu em virtude da citada dívida financeira. Ademais, esclareceu que, apesar de ter sido apresentado ao médico-legista, este não realizou o exame de corpo de delito do interrogado; que nunca proferiu ameaças de morte ao seu sócio M.; durante as relações sexuais, não chegou a passar a faca no corpo da vítima, apenas mostrando-lhe, visualmente; negou a existência de arquivos digitais contendo sexo

infantil em seu celular, desconhecendo os vídeos apontados no laudo pericial, arguindo não ser adepto deste tipo de conteúdo. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295)

A vítima I.M.B.R., quando ouvida na fase policial, relatou que sempre teve um relacionamento conturbado com o acusado, sendo que este não aceitava a separação, passando a persegui-la e ameaçá-la constantemente. Quando esta veio a se mudar para Campo Grande, acabou deixando seus cachorros aos cuidados do agressor, e do decorrer disto começou a receber mensagens do mesmo com intento de reatar a relação conjugal, ao passo que também lhe cobrava a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) oriundo de um empréstimo, mas que a mesma não possuía condições de saldar. Em 20 de fevereiro de 2016, na residência do requerido, este reclamava da ofendida e do seu sócio M., alegando que o mesmo havia aplicado-lhe um golpe, o endividando, culpando ambos pela difícil situação financeira a qual atravessara, vindo a agredi-la. No dia 07 de março de 2016, o requerido a convidou novamente para sua residência, alegando que um de seus cachorros estava doente, o que foi aceito. Lá novamente culpou seu sócio e a vítima sobre sua situação financeira, vindo a ameaça-los de morte e depois tirar a própria vida. Para tanto, tentou comprar na Bolívia um revólver, mas acabou adquirindo apenas duas facas. Nisso, ele disse “*você vai ter que fazer tudo o que eu fizer, senão sua morte vai ser mais dolorosa (sic)*”. O sentenciado acertou-lhe um soco no rosto, derrubando-a, vindo a amarrá-la, mãos e pés, com “*uma presilha plástica, tipo algemada (sic)*”. Rendida, sofreu mais agressões físicas e abusos sexuais, inclusive passando a faca em seu órgão genital e seios, com intuito de amedrontá-la. O agressor chegou a fotografá-la naquela situação, com o dedo em sua vagina, dizendo “*que era para recordação (sic)*”. Temendo por sua vida, então, já na manhã do dia 08 de março, resolveu pedir comida ao autor, com o intuito de fazê-lo sair de casa, e este acabou concordando em buscar, ameaçando-a que, após se alimentar, mataria ela, seu sócio M. e depois se mataria. O mesmo, então, saiu, deixando um aparelho de som ligado em volume alto, amordaçando a vítima, ainda amarrada. Ao passo de 20 minutos depois que o réu ausentou-se da residência, a vítima conseguiu, então, soltar um dos pulsos, e em seguida um dos pés, quebrando o vidro da janela lateral, atravessando um muro que dá acesso ao vizinho, vindo a clamar por ajuda, nua, pela rua. Apesar de todos que ali estavam estarem receosos em socorrê-la, por conhecerem o comportamento agressivo do requerido, foi então atendida por uma mulher desconhecida, que a colocou em seu carro e dali partiram para a casa da genitora da ofendida. (f. 19-22)

Em juízo, a ofendida confirmou os fatos ditos na seara investigativa e descritos na proemial, esclarecendo que no dia dos fatos dirigiu-se à residência do agressor, a convite deste, pois o mesmo disse-lhe que um dos cachorros estava doente, e tinha ido até lá sem qualquer intenção de praticar sexo ou discutir relação amorosa. Lá, ameaçou de matar seu sócio M., matá-la e depois cometer suicídio. Nisso, entraram em luta corporal e, em virtude da compleição física do acusado, acabou sendo subjugada, vindo a ser amarrada pelas mãos e pés com *presilha (sic)*, tendo suas vestes cortadas com uma tesoura. Mostrou-lhe então duas facas, *uma que tem uma assim em cima que parece de militar e uma outra que ele comprou da Bolívia que tinha umas manchas (sic)*, onde passava em seus órgãos genitais, bunda e no bico do seu peito, demonstrando intenção de mutilá-los. Então perduraram os abusos sexuais até 03:45 horas, quando então o acusado veio a cochilar, até por volta das 06:00 horas. Neste interim, a ofendida permaneceu amarrada e nua. Pela manhã, continuou os abusos sexuais. Então, com intuito de poder escapar dali, pediu ao réu para comprar comida, o que foi aceito. Vendo-se sozinha no local, e percebendo que as portas da casa estavam trancadas, somente conseguiu sair do recinto através de uma janela. Ademais, respondeu que o relacionamento entre as partes nunca teve conotação sadomasoquista, ou com uso de apetrechos do tipo amarras, e nunca deixou a entender alguma predileção a este tipo de comportamento, pois não gosta; lembra de que o agressor, durante o estupro, tirou fotos; e o celular do requerido *só tinha pornografia (sic)*, motivo de repulsa por parte da vítima. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295)

A testemunha V. de C.L., compromissada, narra que na data dos fatos estava em sua casa e avistou a vítima clamando por socorro na rua, vestindo somente uma camiseta polo, na cor escura. Se encontrava muito nervosa e ferida, na região do braço e no *bumbum dela* (sic). Pediu para que fosse tirada dali, pois iriam matar ela, mas não disse quem. Assim, sua vizinha L. a colocou dentro do carro e a levou para outro lugar. Ademais, informa que a residência do agressor é próxima a sua, e que não tinha visto nada de anormal até então, tendo em vista se tratar de casa muro alto; a vítima estava com alguma coisa na mão, mas não sabe precisar se era uma faca; não conhece o agressor, mas sempre ouviu música alta partindo daquela região. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295)

A testemunha L. da S.S.F., compromissada, relata que não conhece as partes, sendo que na data dos fatos estava no interior de sua residência quando ouviu gritos de socorro, e ao indagar a uma outra pessoa ali presente, esta disse que não tinha percebido nada. Assim, quando estava saindo com seu carro da garagem, escutou novamente alguém reclamar por ajuda, e percebeu tratar-se da vítima. Esta pedia, em tom de desespero, para que fosse tirada daquele lugar, pois alguém iria lhe matar. Percebeu que a mesma estava deveras machucada, “*no rosto, na boca dela cortado, sangrando, no braço dela tava machucado, a mão, a perna, ela “tava” só de camiseta, tava sem roupa por baixo* (sic)”. Assim, ela adentrou em seu veículo e ambos saíram dali, e se destinaram à casa da genitora da ofendida, a pedido desta. No caminho, contou-lhe todo o ocorrido, de maneira organizada, ou seja, “*nada assim que desse “pra entender” algo que não teria lógica* (sic)”. Ademais, conta que a vítima portava consigo uma camiseta com nó e manchas de sangue, não sabendo precisar se estava amarrado em seu pescoço ou em seus pulsos. Não a avistou com uma faca na mão quando a socorreu. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295)

A testemunha M. de F.N., policial militar, deslocou-se até o local do crime para análise de prova, E narrando “*que a gente olhou por cima do muro e a gente constatou realmente que tava tudo quebrado o vidro, tal; aí entramos na residência e constatamos pelo lado de fora que batia a informação que ela tinha passado, que tava tudo realmente quebrado, que ela pulou pela janela* (sic)”, afirmando que sua narrativa tinha coerência com o apresentado na residência do réu. Que a mesma casa era toda murada, com dois cachorros no local. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295)

As testemunhas D.V. de S.F. e L.M.S. de M., ambos policiais militares, participaram do ato de prisão em flagrante do denunciado, e que no dia dos fatos fizeram o atendimento da ocorrência registrada pela vítima, vindo a prender e conduzir o réu até à delegacia de polícia civil para os trâmites de praxe. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295)

Como se vê, os depoimentos firmes e harmônicos apresentados pela ofendida, em ambas as fases da persecução penal, inclusive reproduzido pela testemunha L. da S.S.F., somados aos demais elementos de convicção carregados aos autos, não deixam dúvidas a respeito da autoria do apelante nos crimes de estupro e cárcere privado descritos na denúncia.

Não menos, tem-se fartas provas periciais que solidificam a versão apresentada pela ofendida. É o caso, dentre as demais, dos vídeos onde aparecem o acusado praticando atos libidinosos contra a vítima, imobilizada (f. 151 e 156-157), e imagens que registram inúmeras lesões corporais (f. 162-167), além dos relatos da visível situação psicológica abalada da vítima pelas testemunhas.

Portanto, ao contrário do que relata a defesa, os laudos são deveras conclusivos em asseverar a violência física e sexual empregada, incluindo com presença dos lacres de plásticos, tal qual foi narrado pela vítima em seus depoimentos.

Ainda sim, é consabido que, em se cuidando de crimes sexuais, as palavras da vítima assumem especial relevância, notadamente quando se apresentarem harmônicas e coerentes entre si e restarem corroboradas por outros elementos de prova, exatamente como ocorre na hipótese dos autos.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA – ESTUPRO – PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE – DEPOIMENTO DA VÍTIMA EXTRA E JUDICIALMENTE – DECLARAÇÕES DE TESTEMUNHA E DECLARANTES – DEPOIMENTOS FIRMES E CONSISTENTES – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Mantém-se a condenação do acusado quando comprovado que praticou estupro contra a vítima, na forma tentada. 2. Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a palavra da vítima possui relevante importância para a elucidação de casos desse jaez. (...) (TJMS; ACr 0024590-38.2017.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 14/08/2018; Pág. 79)

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO E ESTUPRO TENTADO (1º E 2º FATOS) – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA – RECURSO NÃO PROVIDO. A versão do recorrente no sentido de que não há provas da autoria não procede e encontra-se divorciada dos elementos coligidos aos autos. De outro lado, a palavra da vítima, em conjunto com o auto de reconhecimento positivo e depoimentos testemunhais, são uníssonos no sentido de que a vítima sofreu tentativa de estupro. (...) (TJMS; ACr 0032864-59.2015.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 17/09/2018; Pág. 158)

(...) MÉRITO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – REJEITADA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS NOS AUTOS – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO ACOLHIDA – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ABSOLUTA - REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA. (...) VI - A autoria e materialidade do crime restaram consubstanciadas pelos depoimentos prestados pela vítima e testemunhas. Ademais, é sabido que a palavra da vítima possui alta importância para atestar os crimes sexuais, dada a natureza oculta de tais delitos, ainda mais quando corroborada pelos demais elementos probatórios colhidos nos autos. (...) (TJMS – Revisão Criminal nº 4009418-30.2013.8.12.0000 – Três Lagoas; Rel. Des. Francisco Gerardo de Souza, Seção Criminal, Julgado em 26.11.2014)

Por outro lado, a versão apresentada pelo réu encontra-se isolada, inclusive contraditórias com a mesma apresentada na seara policial, uma vez que nesta aduz ter prendido a vítima com lacre de som do carro em virtude desta ter atentado contra sua vida, *reafirmando que essa foi a primeira vez que colocou o lacre na mão dela e que nega ter mantido relação sexual com ela enquanto ela estava com as mãos e pernas amarradas pelo lacre de som* (sic); e por sua vez, no interrogatório judicial, relata que amarrava a vítima nas relações sexuais por se tratar de ato costumeiro do casal. De modo cabal, sua narrativa foi rechaçada pelas provas colhidas durante a instrução processual, as quais demonstram claramente a prática criminosa e sua respectiva autoria.

Ainda sobre, quanto à prova trazida após a prolação da sentença de mérito (f. 509-517), as mensagens ali trocadas entre as partes através de mensageiro eletrônico não demonstram a predileção por sadomasoquismo, com emprego de violência física severa, não justificando as lesões apresentadas no laudo pericial (f. 162-167).

Por conseguinte, não remanesce dúvidas acerca da materialidade delitiva e da autoria sobre os crimes previstos nos artigos 148, § 1º, V e § 2º, combinado com o artigo 213, ambos do Código Penal, restando, neste ponto, incabível o pleito absolutório.

De igual forma, não merece acolhimento a tese subsidiária de absorção do delito de cárcere privado pelo crime de estupro pois, diferentemente do que pretende a defesa, não se vislumbra nexo de dependência

entre as condutas criminosas praticadas, ou seja, ambas as práticas delitivas (estupro e cárcere privado) foram perpetradas de maneira autônoma, com finalidades distintas.

Em seus depoimentos, a todo momento, a vítima narra que a pretensão final do acusado seria de matá-la, matar o seu sócio M. e depois tirar a própria vida (f. 19-22 e depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295).

Da mesma forma, em seu interrogatório na seara policial, o sentenciado aduz que havia prendido sua ex-companheira com amarras de plástico pois, após esta atentar contra sua integridade física, desejava saber os motivos que levaram a tanto (f. 23-29).

Corroborando a isto, extrai-se dos autos que por volta das 10:00 horas do dia 08 de março, o réu havia saído para comprar comida, mesmo após concluir os abusos sexuais com a vítima, mantendo-a em cárcere privado no interior de sua residência, onde somente conseguiu restituir seu *status libertatis* por intermédio de esforço próprio, contra a vontade do agressor. Resta assim cabalmente demonstrado o intento de mantê-la privada de sua liberdade por motivos diversos do crime de estupro, naquela altura já consumado.

Tanto a versão uníssona da ofendida (depoimento à polícia, em juízo e para a testemunha L. da S.S.F.) quanto a versão inicial do requerido, somado aos demais elementos coletados na persecução criminal, afastam a hipótese do crime de cárcere privado com a única e exclusiva finalidade de praticar o estupro, mas sim com intento final de matá-la.

Induvidoso, portanto, se tratarem de crimes independentes entre si, com finalidades autônomas, não sendo o caso da aplicação do instituto da consunção.

Na jurisprudência desta Corte, insta mencionar:

*APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE AMEAÇA EM CONCURSO MATERIAL COM CÁRCERE PRIVADO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PLEITO ABSOLUTÓRIO DOS CRIMES DE AMEAÇA E CÁRCERE PRIVADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PALAVRA DA VÍTIMA – ESPECIAL RELEVÂNCIA – RESPALDO EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – **PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO E IN DUBIO PRO REO – INCONSISTÊNCIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL PARA O CRIME DE ESTUPRO – MODULADORA DOS ANTECEDENTES DESFAVORÁVEL – IMPOSSIBILIDADE – CAUSA DE AUMENTO – ART. 226, II, CP – AGENTE QUE É TIO POR AFINIDADE DA VÍTIMA E SOBRE ELA EXERCIA AUTORIDADE TÍPICA DE RELAÇÕES FAMILIARES – DESPROVIMENTO. (...) IV. Aplica-se o princípio da consunção quando o agente pratica mais de um ilícito penal e um deles (menos grave) constituiu meio de preparação ou execução para o outro, impondo-se, daí, a sua absorção pelo crime mais gravoso. Impossível sua aplicação quando as condutas foram autônomas, sem nexos de dependência ou subordinação. (...)*** (TJMS; APL 0001486-78.2013. 8.12.0026; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 25/11/2015; Pág. 44) – destaquei

*APELAÇÃO CRIMINAL – SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO E ESTUPRO – CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL – TIPICIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE COMPROVADOS – PENA-BASE – REDUZIDA – **PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INCABÍVEL – CONTINUAÇÃO DELITIVA ENTRE OS ESTUPROS – CONCURSO MATERIAL ENTRE AMBOS OS DELITOS – RECURSO PROVIDO EM PARTE. (...) Não há se falar em aplicação do princípio da consunção, sob a argumentação de que o sequestro e o cárcere privado tratou-se de crime-meio para a execução do delito de estupro, porque a situação fática dos autos aponta para a existência de desígnios autônomos, não se verificando nexos de dependência entre as referidas condutas. Ademais, o crime de sequestro e cárcere privado, não serve como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento do crime de estupro. (...)*** (TJMS; APL 0003149-56.2012.8.12.0007; Cassilândia; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 11/07/2014; Pág. 63) – destaquei

Quanto ao crime previsto no artigo 241-B, da Lei 8.069/1990, não há falar em atipicidade da conduta, senão vejamos.

O fato do material impróprio não estar “*a disposição de qualquer pessoa (sic)*” não conduz à atipicidade dos fatos narrados na pórctica, pois tal conduta permissiva somente se aplica quando “*a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei*”, nos termos do § 2º, do artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o que não é o caso dos fatos apurados na ação penal.

Até porque, como bem se vê no decorrer do inquérito policial, a apreensão dos aparelhos eletrônicos do acusado se deu para fins de averiguação dos arquivos digitais com registro dos abusos narrados na *notitia criminis*, e então se constatou a existência também de material referente à pornografia infantil.

O apelante, aliás, nega a existência dos materiais ilícitos em seu interrogatório em juízo (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 295), restando assim incabível a aplicação da excludente de ilicitude insculpida no § 2º, do artigo 241-B, do ECA, e ao mesmo tempo indiscutível a incursão do mesmo nos termos do *caput*, com a minorante de seu § 1º, ambos do mesmo dispositivo legal citado:

*Art. 241-B. Adquirir, **possuir** ou armazenar, por qualquer meio, **fotografia**, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. (destaquei)

Também resta prejudicada a alegação de que “*a perícia utilizou do chamado back up para restaurar os arquivos de mídia já deletados/apagados do aparelho eletrônico (sic)*”, pois, como bem se vê nas informações prestadas pelo laudo pericial (f. 150-154), “*5.2.3. Registros de dados não extraídos pelo equipamento UFED; a materialização dos registros de dados foi realizada manualmente por meio de conector USB conforme exposto a seguir*” (sic), não havendo falar em extração de arquivos de maneira diversa do convencional, ou seja, mediante restauração de dados apagados através de *software* ou qualquer outro meio não usual.

Por fim, em que pese a inconcludência do segundo laudo pericial (f. 313-326), é evidente do primeiro laudo pericial (f. 131-158) a existência de material relacionado à pornografia infantil encontrado no celular do acusado, consubstanciado em 03 (três) fotografias digitais de conteúdo sexual explícito envolvendo menores de idade (f. 152).

Foi, inclusive, utilizando-se desta prova pericial, além das demais já narradas em sua fundamentação, que o magistrado vislumbrou, de maneira certa, a materialidade do crime tipificado no artigo 241-B, do ECA, e, por inércia, a autoria certa do acusado, já que tais fotografias foram encontradas na memória do aparelho celular pessoal do mesmo.

Sobre a temática, cito julgados assentes deste Sodalício:

*APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217 - A, DO CP) – PORNOGRAFIA INFANTIL (ARTS. 240, § 2º, III E 241 - B, DO ECA) – PROVA INDISCUTÍVEL – CONDENAÇÃO CONFIRMADA – PENA-BASE – MODULADORAS DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO – REDIMENSIONAMENTO – PROVIMENTO PARCIAL. I. **Impossível a absolvição por insuficiência de provas quando a prática dos crimes atribuídos ao apelante é indiscutível diante da convicção firmada por laudo pericial, confissão e declarações de testemunhas em ambas as fases do procedimento.** (...) (TJMS; APL 0025184-86.2016.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 13/03/2018; Pág. 113) – destaquei*

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARMAZENAMENTO DE FOTOGRAFIA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE – IRRELEVANTE EVENTUAL CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) Quanto ao delito previsto no artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, restou comprovado o fato através do laudo pericial realizado, não tendo o que se falar em absolvição. (TJMS; EI-Nul 0000075-23.2014.8.12.0007; Seção Criminal; Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago; DJMS 15/02/2018; Pág. 2) – destaquei

Neste ponto, então, também não carece de reforma o decreto condenatório guerreado.

Por fim, em relação ao recurso da vítima, entendo ser possível a fixação de indenização por dano moral em prol desta, por vislumbrar estarem devidamente atendidos os requisitos para tanto, com relação ao caso em tela.

A previsão legal repousa no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, sendo imprescindível o seu requerimento durante a fase do contraditório, mormente na proemial acusatória, em atenção aos princípios basilares do contraditório e ampla defesa.

Com escopo elucidativo, colho os seguintes julgados:

(...) APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FIXAÇÃO VALOR MÍNIMO – ART. 387, IV, DO CP – AUSÊNCIA DE PEDIDO NA INICIAL – IMPOSSIBILIDADE – CONTRA O PARECER – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A condenação do acusado à reparação de danos morais, enfocada no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, se afigura condicionada ao pedido expresso a respeito, bem como citação da parte contrária para apresentar a sua resposta à acusação, inclusive no tocante à indenização pleiteada, emergindo, por corolário, que, inexistindo tal chamado ao réu, com oportunidade de responder a todos os termos da proemial, inviável a indenização por danos morais à vítima, face a violação dos princípios da contraditório e da ampla defesa. Contra o parecer, recurso ministerial conhecido e improvido. (TJMS; ACr 0000217-74.2018.8.12.0043; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 13/11/2018; Pág. 52) – destaquei

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – PALAVRA DA VÍTIMA – ESPECIAL RELEVÂNCIA – RESPALDO EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – ART. 387, IV, DO CPP – AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA – INDENIZAÇÃO AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) III. Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, IV, do Código Processo Penal, deve haver pedido formal na exordial acusatória nesse sentido, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. (...) (TJMS; ACr. 0001455-85.2017.8.12.0004; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 25/09/2018; Pág. 63)

Então, voltando-se ao caderno penal, verifica-se a existência expressa de pedido para fixação de valor mínimo a título de reparação de danos na inicial acusatória, portanto oportunizando ao sentenciado a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa sobre tanto, desde o momento da apresentação de sua defesa prévia.

Forçoso, conseqüentemente, se faz a reforma da sentença prolatada, no tangente à fixação de montante mínimo reparatório, vez que, ao contrário do que restou fundamentado pelo magistrado *a quo*, houve de fato

o pedido expresso para tanto, já no início da fase judicial com o oferecimento da denúncia, e a consequente oportunidade ao acusado em afastá-lo durante toda a *persecutio criminis* judicial.

Relativamente ao *quantum* indenizatório, é consabido que a lei não estabelece parâmetros fixos para sua delimitação, de sorte que tal atividade insere-se no campo de discricionariedade do magistrado, o qual deve guiar-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando, sobretudo, as condições pessoais dos envolvidos no fato e as circunstâncias do caso concreto.

Com efeito, a indenização reparatória não pode perder o seu caráter pedagógico, consubstanciando-se em quantia irrisória, e, ao mesmo tempo, não deve representar enriquecimento desmedido para o lesado.

Nesse prospecto, considerando as circunstâncias do caso concreto, todo o dano físico e mental experimentado pela vítima, comportamento retratado nesta ação penal e a condição financeira do apelado, que, segundo consta no caderno processual, militar integrante da Marinha do Brasil, além de ter sido assistido durante todo o trâmite processual por defesa técnica particular, entendo como razoável e proporcional a fixação da quantia mínima indenizatória de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a qual será monetariamente corrigida mediante o índice IGPM/FGV a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ), devendo, entretanto, incidirem juros de mora a partir da data dos fatos (art. 398 do Código Civil e Súmula 54 do e. STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao recurso da vítima, fixando o *quantum* mínimo, a título de indenização moral em prol da vítima, no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo os demais termos da sentença condenatória inalterados.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito.

Prevalecendo este voto, em atenção à hodierna orientação jurisprudencial emanada do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 126.292, após escoado o prazo para eventuais recursos perante esta Corte, determino o imediato início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao apelante, se ainda não o estiver fazendo, devendo-se, para tanto, expedir o mandado de prisão e a respectiva guia de execução provisória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0366376-04.2008.8.12.0001 - Campo Grande

Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE SEQUESTRO CONTRA EX-MULHER – DISPARO ARMA DE FOGO – INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – *QUANTUM* DE EXASPERAÇÃO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REPRIMENDAS REDIMENSIONADAS – INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, “F”, DO CP – IMPOSSIBILIDADE – *BIS IN IDEM* – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO CRIME DE SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO PARA RÉU QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 148 DO CÓDIGO PENAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Em sendo caso de delitos conexos, e, na hipótese de concurso entre as jurisdições comum e especial, prevalece a competência da lei especial, qual seja, no caso concreto, a Lei Maria da Penha.

Não vinga a pretensão absolutória da imputação, à conta da negativa da autoria e da insuficiência probatória, expondo os autos pelos depoimentos jurisdicionalizados de policiais que atuaram na ocorrência e a palavra da vítima convergentes no detalhamento da ação criminosa.

Evidenciado que as condutas de efetuar disparos e o sequestro não se desenvolveram em conjunto, em unidade fática, não há como caracterizar um crime único. Princípio da consunção não aplicável.

A exasperação da pena-base deve ser efetivada à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nesse caminho, segundo consagrado parâmetro, incidir o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito para cada circunstância judicial desfavorável.

A utilização da agravante descrita na alínea “f” do inciso II do art. 61 do CP na hipótese do artigo 148, § 1º, do CP (cárcere privado qualificado pela violência doméstica) configura *bis in idem*, uma vez que a circunstância de o crime ter sido praticado contra a companheira, por agente que se prevaleceu de relações domésticas, integra o próprio tipo qualificado.

Desclassificação do crime de sequestro e cárcere privado qualificado para a modalidade simples.

As hipóteses elencadas no § 1º do artigo 148 do Código Penal são taxativas e não permitem uma interpretação que amplie as hipóteses da qualificadora, o que caracterizaria inadmissível analogia *in malam partem*, não admitida no direito penal.

Recurso conhecido e parcialmente provido. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação interposto por L. de M.C. e M. de O.C. contra a sentença (f. 390-396) que condenou o primeiro apelante pela conduta descrita no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal e artigo 15, da Lei 10.826/2003, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, em regime inicial fechado e, o segundo apelante, pela infração descrita no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Em sede preliminar, sustenta a incompetência do juízo da Vara de Violência Doméstica por inaplicabilidade da Lei Maria da Penha com relação às vítimas L. de M.C.J. (filho do acusado L.) e J.O. de A. (padrasto do infante); bem como para o julgamento do crime previsto no artigo 15 da Lei 10.826/2003.

No mérito, requer a absolvição dos acusados por falta de provas alegando, em síntese, que a condenação violou o princípio do contraditório vez que considerou o depoimento das vítimas prestadas somente na fase extrajudicial. Que os depoimentos dos policiais só podem ser tidos como aptos caso existam outras provas que o corroborem, o que não ocorre nos autos. Subsidiariamente, a absolvição do crime de disparo de arma de fogo pela aplicação do princípio da consunção. Por fim, requer a redução da pena base e a inaplicabilidade da agravante do artigo 61, II, alínea “f” do Código Penal.

Para fins de interposição de recurso, apresentou prequestionamentos.

Em contrarrazões recursais (f. 447-460), o Ministério Público Estadual pugnou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento.

O Parecer da Procuradoria de Justiça foi pelo conhecimento do recurso e provimento parcial para fins de reformar a condenação em relação ao apelante M. de O.C. com o afastamento da qualificadora inserida no § 1º, inciso I, do art. 148 do CP e desclassificado o delito previsto no art. 148, *caput*, do CP (p. 470-482).

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por L. de M.C. e M. de O.C. contra a sentença (f. 390-396) que condenou o primeiro apelante pela conduta descrita no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal e artigo 15, da Lei 10.826/2003, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, em regime inicial fechado e, o segundo apelante, pela infração descrita no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Em sede preliminar, sustenta a incompetência do juízo da Vara de Violência Doméstica por inaplicabilidade da Lei Maria da Penha com relação às vítimas L. de M.C. J. (filho do acusado L.) e J.O. de A. (padrasto do infante), bem como para o julgamento do crime previsto no artigo 15 da Lei 10.826/2003.

No mérito, requer a absolvição dos acusados por falta de provas alegando, em síntese, que a condenação violou o princípio do contraditório vez que considerou o depoimento das vítimas prestadas somente na fase extrajudicial. Que os depoimentos dos policiais só podem ser tidos como aptos caso existam outras provas que o corroborem, o que não ocorre nos autos. Subsidiariamente, a absolvição do crime de disparo de arma de fogo pela aplicação do princípio da consunção. Por fim, requer a redução da pena base e a inaplicabilidade da agravante do artigo 61, II, alínea “f” do Código Penal.

Para fins de interposição de recurso, apresentou prequestionamentos.

Em contrarrazões recursais (f. 447-460), o Ministério Público Estadual pugnou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento.

O parecer da Procuradoria de Justiça foi pelo conhecimento do recurso e provimento parcial para fins de reformar a condenação em relação ao apelante M. de O.C. com o afastamento da qualificadora inserida no § 1º, inciso I, do art. 148 do CP e desclassificado o delito previsto no art. 148, *caput*, do CP (p. 470-482).

É o relatório.

Decido.

Da preliminar de incompetência do juízo

Inicialmente, aduzem os apelantes que o juízo *a quo* não é competente para processar e julgar os fatos narrados na denúncia, argumentando não estarem presentes os requisitos elementares: contra mulher e gênero, previstos na Lei 11.340/06 requerendo, assim, seja anulada a sentença por incompetência absoluta do juízo.

Sem razão. Explico.

Exsurge deste caderno que L. de M.C. e M. de O.C. foram denunciados como incurso nas penas dos artigos 129 § 9º, 147, 148, § 1º, todos do Código Penal e art. 15 da Lei 10.826/2006 pelo fato de no dia 31 de março de 2008, na cidade de Campo Grande/MS, terem privado a liberdade, ameaçado e agredido as vítimas G.V., J.O. de A. e L. de M.C. J., respectivamente ex-companheira do réu L., o atual companheiro dela e o filho dela, causando-lhe lesões corporais.

Após, regular processamento, a denúncia foi julgada procedente para fins de condenar L. de M.C. e M. de O.C., como incurso nas penas do artigo 148, § 1º, inciso I, do CP, c/c artigo 71 do Código Penal, em razão da prática do delito de sequestro contra as vítimas G.V., J.O. de A. e L. de M.C. J., bem como para condenar L. de M.C. como incurso nas penas do artigo 15 da Lei 10.826/2003.

Entendem os apelantes que pela presença do infante, figurando como uma das vítimas, bem como de seu padrasto, e pelo fato de serem do sexo masculino, restaria afasta a aplicação da Lei Maria da Penha.

Porém, do caderno acusatório desponta a interligação dos fatos, perpetrados em um mesmo contexto fático, enfim, unicidade que realça o liame entre os casos, a possibilitar o reconhecimento da conexão instrumental, também denominada probatória ou processual, que se concretiza quando a prova de um delito reflete, ou se apresenta correlacionada à existência de outro, tornando inevitável a reunião dos processos, inclusive para se evitar decisões conflitantes, *ex vi* do artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 76 - A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra a outra - conexão intersubjetiva;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas - conexão objetiva;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração - conexão instrumental.

No caso em pauta, imputa-se a prática sequestro e disparo de arma de fogo em detrimento da ex-companheira do acusado L., a incidir a denominada Lei Maria da Penha, vislumbrando-se, em unicidade de contexto fático, suposta prática delituosa contra uma criança, filho do réu, e do padrasto do infante, em ambiente de relação íntima de afeto e parentesco, delineando, por conseguinte, conexão instrumental.

Destarte, é evidente a presença de conexão instrumental por simultaneidade entre os delitos praticados por L. e M., considerando que os fatos ocorreram nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar.

Em suma, em sendo caso de delitos conexos, e, na hipótese de concurso entre as jurisdições comum e especial, prevalece a competência da lei especial, qual seja, no caso concreto, a Lei Maria da Penha.

De igual sorte, não merece acolhimento a preliminar de incompetência da Vara de Violência Doméstica e Familiar para o julgamento do crime previsto no artigo 15 da Lei 10.826/2003.

No caso em pauta, imputa-se o cometimento de sequestro da ex-convivente do acusado, a incidir a denominada Lei Maria da Penha, vislumbrando-se, em unicidade de contexto fático, a prática delituosa de disparo de arma de fogo, delineando, por conseguinte, conexão instrumental a ensejar a reunião de feitos.

Desse modo, rechaça-se a proemial.

Logo, afastadas as preliminares arguidas, passa-se a análise da matéria de fundo do reclamo.

Do pedido de absolvição.

A pretensão absolutória não resiste ao farto conjunto probatório carreado aos autos.

Compulsando os autos, verifica-se que em que pesem as alegações dos recorrentes, no sentido de tentar fazer crer que não há provas suficientes para a condenação, não comporta acolhimento o pedido absolutório.

Isso porque, restou suficientemente comprovada a prática dos delitos conforme os elementos de prova, de forma robusta no inquérito policial, e satisfatoriamente lastreado na fase judicial, sobretudo nos depoimentos dos policiais que atenderam a ocorrência, como se verá adiante.

Conforme narrado no Boletim de Ocorrência 4240/2008 – f. 09 – uma equipe de policiais deslocou-se para as proximidades da UCDB onde, segundo uma ligação anônima, um casal mais uma criança haviam sido sequestrados por dois indivíduos e em um veículo Fiat Tempra, cor vermelha e placa HRF – 2158. Em diligência na estrada que demanda para a região conhecida como “Inferninho”, depararam-se com o referido veículo sendo que dele desceram dois indivíduos e efetuaram dois disparos contra a viatura e, após, embrenharam-se no matagal. A vítima, G., informou que foi casada com L. e que estão separados, mas o mesmo não se conforma com tal situação e a persegue e ameaça constantemente.

Relatou que na data dos fatos, L. juntamente com seu primo M., abordaram o Sr. J.O., atual namorado da vítima, e que, sob ameaça de uma arma, foram até a casa de J. onde G. e seu filho L.J. estão morando. Relata que ao chegar na casa, L. agrediu G. com chutes e coronhadas e sob a mira do revólver obrigaram todos a entrarem, no veículo Tempra e se dirigiram para o “inferninho” onde L. disse que mataria a todos.

As vítimas não foram localizadas na fase extrajudicial e judicial. Bem como foi decretada a revelia dos acusados.

No entanto, os policiais militares, ouvido perante a autoridade judicial asseguraram que na data do fato, a vítima G. confirmou que o apelante não aceitava o fim de seu relacionamento, e, que os apelados L. e M. abordaram inicialmente J.O. de A. na Rua Dom Aquino, e, em posse de arma de fogo, obrigaram a adentrar e assumir a direção do veículo e dirigir-se até sua residência. Chegando lá, agrediram fisicamente a vítima G.,

desferindo-lhe chutes e coronhadas de revólver em sua cabeça, e, em seguida foram obrigados a adentrar no referido veículo, sob a ameaça de morte, tendo sido os mesmos conduzidos ao inferninho, local em que L. e M. prometiam matar todos.

Cumprido ressaltar que a abordagem e os relatos das vítimas aos policiais na data do episódio, foram narrados por todos os depoentes de modo congruente, coerente, conferindo segurança à tese comum evocada.

Não bastasse isso, corroboraram também as evidências já salientes nos documentos aparelhados no inquérito.

A propósito, vale frisar que os depoimentos dos policiais que efetuam as abordagens e atendem as ocorrências a partir das quais se iniciam os procedimentos investigativos, possuem relevante valor probatório. São agentes que gozam de fé pública até prova em contrário, mormente quando sua narrativa encontra total amparo nos demais elementos do caderno processual, no caso vertente.

Insta ponderar, que não se detectou motivo algum para que os policiais mentissem ou tentassem incriminar injustamente os apelantes, não havendo o menor sentido, neste aspecto, o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas e diligências no exercício de suas funções precípuas.

A propósito, a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

“São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes.” (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017).

“Conforme o entendimento pacífico desta Corte, “o depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova” (AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016).” (HC 373.394/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

E como bem anotado pelo Procurador de Justiça – f. 476:

“(…) os casos envolvendo violência doméstica, independentemente da gravidade dos fatos, geram grande reprovabilidade social e moral. Portanto, incabível falar em absolvição tanto pelo princípio in dubio pro reo, quando o conjunto probatório apresentado nos autos é forte e robusto, devendo ser mantida a condenação dos apelantes”.

De igual forma é de se afastar o pedido de absolvição do crime de disparo de arma de fogo por aplicação do princípio da consunção.

Alega a defesa que as condutas teriam ocorrido no mesmo contexto fático, sendo que o crime de disparo de arma de fogo, foi apenas um crime-meio, praticado para consumação do crime principal, no caso o sequestro.

No entanto, no caso em análise, restou evidenciado que as condutas de efetuar disparos e o sequestro não se desenvolveram em conjunto, a possibilitar a caracterização de crime único, pela aplicação do princípio da consunção.

Os disparos ocorreram em momento posterior ao crime de sequestro. Somente, após os apelantes terem sido flagrados pelos policiais militares durante a fuga.

Assim sendo, considerando que para a aplicação do princípio da consunção é necessário que exista um nexo de dependência entre as condutas, e que no caso não há, inviável o seu reconhecimento.

Neste sentido, confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – LESÃO CORPORAL GRAVE – INVIABILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO LEVE NÃO INCIDÊNCIA DA PRIVILEGIADORA (§ 4º DO ART. 129 DO CP) – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA REPRIMENDA (ART. 77 DO CP) – INCABÍVEIS – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO NÃO PROVIDO. I. (...). III. Para a configuração do princípio da consunção é imprescindível uma sucessão de condutas com um nexo de dependência, no qual o crime mais grave absorve o crime menos grave. No caso, os delitos são autônomos, não há relação de dependência entre o “crime meio” e o “crime fim”. (...). (TJMS; ACr 0004685-47.2017.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 22/10/2018; Pág. 136)

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DISPARO DE ARMA DE FOGO (ART. 12 E 15 – AMBOS DA LEI Nº 10.826/03) – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO CABIMENTO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PROPORCIONAL E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – RECURSO DESPROVIDO. Impossível a aplicação do princípio da consunção quando a posse e o disparo de arma de fogo foram praticados em contextos distintos e com desígnios autônomos. (...) (TJMS; ACr 0002273-12.2014.8.12.0014; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto; DJMS 04/09/2018; Pág. 96)

Destarte, resta claro que os crimes de disparo de arma de fogo e sequestro, além de autônomos, foram praticadas em momentos distintos, uma não dependendo da outra, inviabilizando a aplicação do princípio da consunção como requer o apelante.

Redução da pena base - art 59 do CP.

Consabido que o *quantum* a ser fixado na primeira fase da dosimetria da pena pode variar entre o mínimo e o máximo previstos em abstrato para o tipo penal, a partir da análise do caso em concreto das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, para que a reprimenda basilar seja estabelecida no mínimo legal, é necessário que todas as circunstâncias previstas no *caput* do dispositivo acima transcrito lhe favoreçam ou sejam neutras.

Ao fixar a pena-base o juiz *a quo* assim consignou:

“Dos delitos de sequestro praticados por M. de O.C.

Na primeira fase, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com especial relevo para as circunstâncias do crime, na medida que realizado com grave ameaça, agressões às vítimas, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, fixa-se a pena-base em 03 (três) anos de reclusão.

(...)

Dos delitos de sequestro praticados por L. de M.C.

Na primeira fase, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com especial relevo para as circunstâncias do crime, na medida que realizado com grave ameaça, agressões às vítimas, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, fixa-se a pena-base em 03 (três) anos de reclusão.

(...)

Do delito de disparo de arma de fogo praticado por L. de M.C.

Na primeira fase, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com especial relevo para as circunstâncias em que o delito foi praticado, haja vista que os disparos foram realizados contra policiais militares e com o objetivo de garantir a fuga daqueles que foram surpreendidos durante a prática de outros delitos, fixa-se a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, a razão de 1/30 (trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Como visto, a moduladora relativa às circunstâncias do crime recebeu valoração negativa e, por tal razão, as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal.

A despeito do esforço argumentativo da defesa, a elevação da pena no patamar estabelecido pelo sentenciante encontra-se devidamente justificada.

Indubitavelmente, são desfavoráveis as circunstâncias do crime quando a violência se desenvolve na presença do filho do casal, evidenciando uma postura de indiferença do réu.

De igual forma, no tocante ao disparo de arma de fogo realizados contra policiais militares e com o objetivo de garantir a fuga daqueles que foram surpreendidos durante a prática de outros delitos, o que é suficiente para caracterizar causa de exasperação da pena-base.

Relativamente às circunstâncias do crime, Ricardo Augusto Schimitt¹ adverte que são os aspectos objetivos e subjetivos de natureza incidental que envolvem o fato delituoso (STJ, HC 301754/SP). Ao definir tal moduladora, ensina que:

“São os elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir; o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, entre outros.”

A propósito, colho recente precedente desta Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO ACOLHIDA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEL – REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “F”, DO CÓDIGO PENAL – ACOLHIDA – PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DE DANOS MORAIS À VÍTIMA – NÃO POSSÍVEL – EFEITOS DA CONDENAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Entende-se por circunstâncias do crime os elementos que não compõe o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, as condições de tempo e o modo de agir, o objeto utilizado, dentre outros. De fato, as circunstâncias em que ocorreu o crime deve ser considerada desabonadora, porquanto o delito foi praticado com emprego de faca e na presença dos filhos do casal, o que, por si só, autoriza a exasperação da pena-base. II – Embora não haja critérios (pré)definidos para valorar cada circunstância

¹ Sentença penal condenatória. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 163.

legal, os Tribunais Superiores (STF e STJ) têm adotado a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida e valorada, sendo admitido outro valor ou critério que melhor lhe aprouver, desde que guardadas as devidas proporções com o caso concreto, bem como com o processo de dosimetria da pena e desde que devidamente fundamentado, nos termos do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. (...) IV – Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido. (TJMS; Apelação nº 0048339-89.2014.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Juiz Convocado Waldir Marques, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 10.05.2018) – destaquei.

Relativamente ao *quantum* de exasperação, é imperioso registrar que o Código Penal não estabelece um percentual mínimo ou máximo para elevação da reprimenda em razão de cada circunstância judicial desfavorável, de modo que tal atividade insere-se no campo de discricionariedade do magistrado, o qual avaliará, em cada caso concreto, a quantidade de pena suficiente para a prevenção e reprovação do delito, em atenção ao princípio da individualização da pena.

Contudo, o e. STJ traçou um critério objetivo que pode servir de parâmetro para o julgador na primeira fase da dosimetria penal, que consiste em atribuir 1/8 (um oitavo) de aumento para cada circunstância judicial desfavorável, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal².

Apesar de não se tratar de uma fórmula absoluta, a jurisprudência tem considerado que tal fração atende ao princípio da proporcionalidade que deve nortear a individualização da pena.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Corte:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LESÃO CORPORAL GRAVE – PENA-BASE – ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS – FRAÇÃO DE 1/8 – CONFISSÃO QUALIFICADA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545 DO STJ – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – EM PARTE COM O PARECER. A existência de condenação por fato anterior ao analisado, justifica a valoração negativa da circunstância judicial alusiva aos antecedentes, ainda que o trânsito em julgado tenha se dado em data posterior à ação delitiva em apuração. A exasperação da pena-base não pode se dar em patamar muito acima do mínimo, devendo ser aplicada a fração de 1/8 entre as penas mínima e máxima para fixação do quantum para cada moduladora desfavorável, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade. Consoante Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Como corolário, reconhecida a atenuante, impõe-se o correspondente redimensionamento, a fim de realçar definitivamente a pena endereçada ao revisionando. Na segunda fase da dosimetria, deve o quantum de aumento corresponder ao patamar de 1/6 (um sexto) para cada agravante, assim como para cada atenuante porventura configurada, mantendo-se, desta forma, o equilíbrio entre tais incidências. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.” (TJMS; Apelação Criminal nº 0020261-22.2013.8.12.0001 - Campo Grande, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 05.07.2018) – destaquei.

Destarte, na primeira fase da dosimetria, a reprimenda merece pequeno reparo, já que exacerbada em 01 (um) ano, patamar superior ao percentual aqui adotado, o qual corresponde ao aumento de 04 (quatro) meses e 05 (cinco) dias de reclusão para o crime de cárcere privado e de 03 (três) meses para o crime de disparo de arma de fogo.

Da incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea F

² HC 401.139/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; HC 306.407/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017; HC 296.562/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; HC 378.982/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017

Na segunda fase, o juiz aumentou a pena em 01 (um) ano devido as agravantes previstas no art. 61, inciso I e II, alínea f, do Código Penal (reincidência e relações doméstica).

Pois bem.

A utilização da agravante descrita na alínea “f” do inciso II do art. 61 do CP na hipótese do artigo 148, § 1º, do CP (cárcere privado qualificado pela violência doméstica) configura *bis in idem*, uma vez que a circunstância de o crime ter sido praticado contra a companheira, por agente que se prevaleceu de relações domésticas, integra o próprio tipo qualificado.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL – LESÕES CORPORAIS – CÁRCERE PRIVADO QUALIFICADO – RELAÇÕES DOMÉSTICAS – PENA CORPÓREA PELO CÁRCERE PRIVADO – INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, “F”, DO CP – IMPOSSIBILIDADE – BIS IN IDEM – DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME DE LESÕES CORPORAIS DE OFÍCIO – PRESCRIÇÃO RETROATIVA E INTERCORRENTE. 1) Na dosimetria da pena pelo crime de crimes de cárcere privado qualificado pela prática em face de companheira, impossível a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal, pois esta já qualifica o crime em testilha, sendo vedado sopesá-la na dosimetria da pena, sob pena de incorrer em dupla valoração da mesma circunstância, em evidente violação ao princípio do ne bis in idem. 2) Declara-se extinta a punibilidade do sentenciado pelo crime de lesões corporais, não objeto de irrisignação pelo Parquet, de ofício, ante o reconhecimento da prescrição retroativa e intercorrente, quando, entre a data do fato e o recebimento da denúncia e data da publicação da sentença condenatória até a data do julgamento da apelação, decorreu lapso de tempo suficiente para operar a prescrição, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso VI, e 110, §1º, do Código Penal, com redação anterior à incidência da Lei nº 12.234/2010, pelos fatos terem ocorrido em 2009. 3) APELO CONHECIDO E DESPROVIDO – DE OFÍCIO – DECLARADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME DE LESÕES CORPORAIS PELA PRESCRIÇÃO NAS MODALIDADES RETROATIVA E INTERCORRENTE. (TJGO; ACr 306443-13.2013.8.09.0162; Valparaíso de Goiás; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Nicomedes Domingos Borges; Julg. 26/07/2018; DJEGO 10/09/2018; Pág. 205) grifei

*PENAL E PROCESSUAL – ARTIGOS 129, § 9º, 147, CAPUT, DUAS VEZES E 148, § 1º, I, TODOS DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE QUANTO AOS CRIMES PRATICADOS CONTRA A VÍTIMA MAIOR – CRIME DE AMEAÇA PERPETRADO CONTRA CRIANÇA DE TENRA IDADE – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CP, NO CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – POSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA MESMA AGRAVANTE NO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO QUALIFICADO – IMPOSSIBILIDADE – BIS IN IDEM – EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO – ACOLHIMENTO – ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Se a materialidade e a autoria das condutas prevista nos arts. 129, § 9º, 147 (uma vez) e 148, § 1º, I, todos do CP, restaram devidamente comprovadas nos autos, especialmente pelos relatos uníssonos da vítima, corroborados pelas demais provas carreadas para os autos, inclusive a prova pericial, mantém-se hígida tais condenações. Contudo, as ameaças proferidas à menor de somente 4 (quatro) meses de idade não caracterizam o crime descrito no art. 147 do CP, porquanto a criança em tenra idade certamente não tinha discernimento para entender a gravidade da promessa de mal futuro, anunciado à sua genitora, **A agravante de ter sido o crime praticado no contexto da violência doméstica contra a mulher descrita no artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal, aplica-se ao delito de ameaça, sem violar***

o princípio do ne bis in idem (precedentes do TJDFT). Viola, contudo, o reconhecimento da aludida agravante em relação ao crime de cárcere qualificado pelo fato de a vítima ser companheira do réu. Assim, somente agravam a pena aquelas circunstâncias prevista no art. 61 do CP, quando não constituem ou qualificam o crime. Incabível reparação de danos na ausência de pedido e de contraditório sobre a matéria, tanto mais se cuidando de dano moral, de difícil estimativa, máxime em processo penal. (TJDF; APR 2014.06.1.012832-5; Ac. 100.6052; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Romão Cícero de Oliveira; Julg. 23/03/2017; DJDFTE 29/03/2017) Negritei

APELAÇÃO CRIMINAL – CÁRCERE PRIVADO QUALIFICADO POR TER SIDO COMETIDO NO AMBIENTE DOMÉSTICO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE SEM FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA – COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DE TER SIDO COMETIDO O CRIME NO AMBIENTE DOMÉSTICO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA – NEGATIVAÇÕES DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – BIS IN IDEM CARACTERIZADO – ELEMENTAR DO TIPO – ARESTO DO STF CONSEQUÊNCIAS DO CRIME PRÓPRIA DO TIPO – PARECER DA PGJ INTEGRADO – COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA – JULGADO DO STJ – MOTIVOS DO CRIME – AUSÊNCIA DO MOTIVAÇÃO – ACÓRDÃOS DO TJPR E TJMG – PENA REDIMENSIONADA AO MÍNIMO LEGAL – AGRAVANTE DE TER SIDO COMETIDO O CRIME NO AMBIENTE DOMÉSTICO – CRIME QUALIFICADO – BIS IN IDEM CONFIGURADO – AGRAVANTE AFASTADA JULGADO DO TJDFT – RECURSO PROVIDO. A ponderação sobre “circunstâncias elementares do tipo no momento da aferição do cálculo da pena-base configura ofensa ao princípio do non bis in idem” (STF, HC 117599). As consequências do crime “são as próprias do tipo, além do fato de não haver nos autos qualquer laudo pericial atestando consequências psicológicas além daquelas previstas para o tipo, não devendo ser considerada negativa para a fixação da pena-base”. (José de Medeiros, procurador de Justiça) O comportamento neutro da vítima também não enseja a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. (STJ, AgRg no HC 300.808/TO) “- O simples fato de não ter sido apurado o motivo que levou o apelante a cometer o crime, havendo, portanto, uma ausência de motivo aparente não nos leva a concluir que a conduta do apelante mereça uma maior reprovação, razão pela qual deve ser afastada a circunstância judicial dos motivos do crime. ” (TJPR, ACR 6818459) “2. A utilização da agravante das relações domésticas (artigo 61, inciso II, alínea. F., do Código Penal nas penas do artigo 148, § 1º, do mesmo diploma legal (cárcere privado qualificado pela violência doméstica) configura bis in idem, uma vez que a circunstância de o crime ter sido praticado contra a companheira, por agente que se prevaleceu de relações domésticas, integra o próprio tipo penal qualificado. ” (TJDFT, APR nº 20141310013982). (TJMT; APL 151781/2016; Rondonópolis; Rel. Des. Marcos Machado; DJMT 23/01/2017; Pág. 889) negritei

Assim, afasto a referida agravante.

Do afastamento da forma qualificada do crime em relação ao apelante M. de O.C. – artigo 148, inciso I, § 1º

A defesa postula a desclassificação do crime de sequestro e cárcere privado qualificado para a modalidade simples, uma vez que o recorrente M. de O.C. não ser descendente, ascendente, cônjuge ou companheiro de nenhuma das vítimas.

Razão assiste à defesa.

O artigo 148 do Código Penal, em seu § 1º, inciso I, prevê que o crime é qualificado, com pena de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, quando a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheira do agente.

A hipótese é taxativa e não permite uma interpretação que amplie as hipóteses da qualificadora, o que caracterizaria inadmissível analogia *in malam partem*, não admitida no direito penal.

Conforme bem pontuou o Procurador de Justiça (f. 481):

“(...) o apelante M. é primo do apelante L., que é pai e ex-cônjuge de duas das vítimas, e, portanto, não deve ser atingido pela aplicação da causa de aumento da pena em questão, por não ter qualquer relação familiar ou doméstica com as vítimas”.

Destarte, deve ser afastada a qualificadora do crime de cárcere privado, ficando o réu condenado nas sanções do artigo 148, *caput*, do Código Penal.

Feitas tais considerações, passo à retificação da dosimetria penal.

Do delito de sequestro praticado por M. de O.C.

Consoante decidido anteriormente, o réu M. de O.C. foi condenado nas sanções prevista no artigo 148, *caput*, do Código.

Assim, na primeira fase, mantida como desfavorável a moduladora relativa a circunstâncias do crime, pelos motivos acima elencados, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão. Na segunda fase, presente a agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, motivo pelo qual majoro em 1/6 (um sexto), percentual adotado por esta Corte e pela jurisprudência majoritária, resultando a pena intermediária de 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Por fim, em observância ao disposto no art. 71, do Código Penal, considerando que o delito foi praticado contra três vítimas, a pena deve ser aumentada de 1/2 (metade), tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias de reclusão em regime fechado.

Dos delitos de sequestro praticados por L. de M.C.

O réu foi condenado como incurso nas penas do artigo 148 § 1º, inciso I, do CP c/c artigo 71 do Código Penal.

Assim, na primeira fase, mantida como desfavorável a moduladora relativa a circunstâncias do crime, pelos motivos acima elencados, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e 15 (dias) de reclusão. Na segunda fase, presente a agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, motivo pelo qual majoro em 1/6 (um sexto), percentual adotado por esta Corte e pela jurisprudência majoritária, resultando a pena intermediária de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 07 (sete) dias de reclusão. Por fim, em observância ao disposto no art. 71, do Código Penal, considerando que o delito foi praticado contra três vítimas, a pena deve ser aumentada de 1/2 (metade), tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

Do delito de disparo de arma de fogo praticado por L. de M.C.

Na primeira fase, mantida como desfavorável a moduladora relativa a circunstâncias do crime, pelos motivos acima elencados, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão. Na segunda fase, presente a agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, motivo pelo qual majoro em 1/6 (um sexto), percentual adotado por esta Corte e pela jurisprudência majoritária, resultando a pena intermediária de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Por fim, considerando que não há causas de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a reprimenda de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Dessa forma, em razão do cúmulo material entre as infrações penais, fica o apelante L. de M.C. definitivamente condenado à pena total de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

Por tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso interposto, em parte com o parecer, para fins de afastar a incidência da agravante prevista na alínea “F” do artigo 61, inciso II, do Código Penal, bem como, em relação ao apelante M. de O.C., afastar a qualificadora do crime de cárcere privado (art. 148, inciso I, §

1º do CP), ficando o réu condenado nas sanções do artigo 148, *caput*, do Código Penal. Por fim, readequo o *quantum* de exasperação da pena basilar, correspondente ao acréscimo de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime para cada vetorial negativa.

Quanto aos prequestionamentos aventados, esclareço que as matérias foram integralmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatidas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Habeas Corpus nº 1402095-47.2019.8.12.0000 - Nova Andradina

Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C. ARTIGO 18, § 69, INCISO II, DA LEI Nº 8.078/90 – PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO EVIDENCIADOS – MATERIALIDADE DEMONSTRADA – PESCADOS SEM REGISTRO EM SERVIÇO DE INSPEÇÃO E ROTULAGEM OBRIGATÓRIA – LAUDO LAVRADO POR FISCALIS ESTADUAIS AGROPECUÁRIOS DO IAGRO – PROVA IDÔNEA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

O trancamento da ação penal é medida que possui caráter excepcional, cabível, pela via do *habeas corpus*, quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Precedentes desta Corte e do STJ.

No caso, a peça vestibular foi instruída com termo de fiscalização da vigilância sanitária, atestando as irregularidades, auto fotográfico e, sobretudo por laudo de constatação de irregularidades na comercialização dos pescados emitido por dois fiscais estaduais agropecuários do IAGRO, inscritos no Conselho Regional de Medicina Veterinária, os quais atestaram que os pescados não possuíam registro em serviço de inspeção veterinário oficial e estavam sem a rotulagem obrigatória, encontrando-se, pois, em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição e apresentação.

Com efeito, se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização os produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessário exame pericial de natureza diversa do que foi realizado na espécie.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 21 de março de 2019.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Os advogados Djalma César Duarte e Tarcisio Jorge de Paula Gonçalves impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Joel de Almeida Gomes, apontando como autoridade coatora a juíza de direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina-MS.

Relatam que, na data de 08/02/2018, por volta das 11h41min, no município de Nova Andradina/MS, o estabelecimento comercial administrado pelo paciente, Supermercado Flor do Vale II, foi alvo de operação conjunta entre a Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes Consta as Relações de Consumo

– DECON, IAGRO, Vigilância Sanitária Municipal e Vigilância Sanitária Estadual, oportunidade em que os fiscais constataram que 47,595 Kg (quarenta e sete quilos e quinhentos e noventa e cinco gramas) de pescado das espécies pacu e pintado, supostamente, não ostentavam registro no serviço de inspeção federal – SIF, além ter sido verificada a ausência de rotulagem obrigatória.

Informam que foram lavrados autos de infração e de constatação de irregularidade (nº 08/2017 – IAGRO), bem como que as mercadorias foram inutilizadas no aterro sanitário local, sem a reserva de amostras para posterior submissão a exame pericial, com escopo de constatar a potencialidade de causar dano à saúde humana.

Revelam que o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente, sob a imputação do cometimento do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, a qual foi recebida pela autoridade apontada como coatora, cujo feito tramita sob o nº 0005011-56.2017.8.12.0017.

Discorrem que, em razão da ausência de exame pericial, inexistente justa causa, razão pela qual pugnam pelo trancamento da ação penal supracitada.

Por tais razões, justificando a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, requer a concessão de liminar, a fim de que seja concedido “salvo conduto” ao paciente. Ao final, clama pela concessão definitiva da ordem, determinando-se o trancamento da Ação Penal nº 0005011-56.2017.8.12.0017, ante a ausência de justa causa para a sua deflagração.

A tutela de urgência foi indeferida às f. 117-119.

A autoridade indigitada coatora prestou informações às f. 123-124.

Em parecer (f. 128-131), a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Os advogados Djalma César Duarte e Tarcisio Jorge de Paula Gonçalves impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Joel de Almeida Gomes, apontando como autoridade coatora a juíza de direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina-MS.

Relatam que, na data de 08/02/2018, por volta das 11h41min, no município de Nova Andradina/MS, o estabelecimento comercial administrado pelo paciente, Supermercado Flor do Vale II, foi alvo de operação conjunta entre a Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes Consta as Relações de Consumo – DECON, IAGRO, Vigilância Sanitária Municipal e Vigilância Sanitária Estadual, oportunidade em que os fiscais constataram que 47,595 Kg (quarenta e sete quilos e quinhentos e noventa e cinco gramas) de pescado das espécies pacu e pintado, supostamente, não ostentavam registro no serviço de inspeção federal – SIF, além ter sido verificada a ausência de rotulagem obrigatória.

Informam que foram lavrados autos de infração e de constatação de irregularidade (nº 08/2017 – IAGRO), bem como que as mercadorias foram inutilizadas no aterro sanitário local, sem a reserva de amostras para posterior submissão a exame pericial, com escopo de constatar a potencialidade de causar dano à saúde humana.

Revelam que o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente, sob a imputação do cometimento do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, a qual foi recebida pela autoridade apontada como coatora, cujo feito tramita sob o nº 0005011-56.2017.8.12.0017.

Discorrem que, em razão da ausência de exame pericial, inexistente justa causa, razão pela qual pugnam pelo trancamento da ação penal supracitada.

Por tais razões, justificando a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, requer a concessão de liminar, a fim de que seja concedido salvo conduto ao paciente. Ao final, clama pela concessão definitiva da ordem, determinando-se o trancamento da Ação Penal de nº 0005011-56.2017.8.12.0017, ante a ausência de justa causa.

A tutela de urgência foi indeferida às f. 117-119.

A autoridade indigitada coatora prestou informações às f. 123-124.

Em parecer (f. 128-131), a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

Passo à análise da ordem.

Perscrutando os autos, verifica-se que o paciente Joel de Almeida Gomes foi denunciado por suposta prática do delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, em razão dos seguintes fatos descritos na prefacial acusatória (Ação Penal nº 0005011-56.2017.8.12.0017, f. 12-13):

“(...) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 08 de fevereiro de 2017, por volta das 11h41min, no estabelecimento comercial ‘Supermercado Flor do Vale 2’, situado na av. José H. de Almeida Camargo, nº 1004, nesta cidade, o denunciado Joel de Almeida Gomes, tinha em depósito para venda, matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo, consistente em 47,595kg (quarenta e sete quilos e quinhentas e noventa e cinco gramas) de pescado, sendo as espécimes pacu e pintado, conforme o laudo do IAGRO de f. 10-13.

Depreende-se que no local, hora e dia acima, durante operação conjunta da Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes Contra as Relações de Consumo (DECON), IAGRO, Vigilância Sanitária de Nova Andradina e Vigilância Sanitária Estadual, foi constatado diversas irregularidades em relações aos produtos acima descritos.

De acordo com o laudo do IAGRO, o pescado apreendido não tinha registro em serviço de inspeção veterinário oficial, além de estar sem rotulagem obrigatória.

Diante destas constatações, os fiscais do IAGRO concluíram que o produto acima estava em condições impróprias para o consumo humano, podendo transmitir doenças como botulismo, salmonelose, brucelose, entre outras. (...)”

O juízo singular, ao constatar a presença dos requisitos do artigo 41 do CPP, bem como por não vislumbrar concorrerem qualquer das hipóteses do artigo 395 do mesmo diploma legal, recebeu a denúncia em 05/12/2018 (f. 107-109).

Os impetrantes argumentam, no entanto, que a ação penal deve ser trancada por falta de comprovação da materialidade delitiva, ante a inexistência de realização de perícia no material apreendido.

Em que pese o esforço argumentativo, a denegação da ordem é a medida que se impõe. Vejamos.

Conforme restou consignado acima, a denúncia foi recebida pela autoridade apontada como coatora, indicativo de que esta entendeu estarem preenchidos os pressupostos e condições da ação, realçando a presença de justa causa para a deflagração da persecução penal.

Como cediço, o trancamento da ação penal é medida excepcionalíssima, cabível, pela via do *habeas corpus*, quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, nos termos da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício.

A propósito:

“(…) Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, inócurrentes na espécie.” (STJ. RHC 77836/PA. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. J. 05/02/2019).

“EMENTA – HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INVIABILIDADE – NECESSIDADE DE INCURSÃO PROBATÓRIA – COMETIMENTO OU NÃO DO DELITO – MATÉRIA A SER ANALISADA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL – ORDEM DENEGADA Sendo apta a denúncia e não havendo inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito não há que se falar em ausência de justa causa que viabilizem o trancamento da ação penal.” (TJMS. Habeas Corpus nº 1410972-10.2018.8.12.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 04/11/2018).

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – ESTELIONATO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INDÍCIOS DO CRIME E DA AUTORIA DELITUOSA – IMPOSSIBILIDADE – ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – NÃO CONCESSÃO. O trancamento de ação penal por inépcia da denúncia, ausência de justa causa ou atipicidade da conduta somente é possível se tais circunstâncias estiverem comprovadas de plano, o que não ocorre quando há indícios da prática de crime e sobressai a necessidade de exame valorativo do contexto fático-probatório. Não se reconhece a nulidade da decisão de recebimento da denúncia que, de forma sucinta, desacolhe as teses defensivas arguidas quando da resposta à acusação, relegando-as ao momento processual adequado Habeas Corpus a que se nega concessão, porquanto incabível o exame do meritum causae em sede do remédio heróico.” (HC nº1400158-70.2017.8.12.0000 – Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; 2ª Câmara Criminal; j. 23/02/2017).

Nesse passo, o trancamento da ação penal exige que o julgador tenha absoluta convicção acerca da inexistência de justa causa para a ação penal; que o fato seja atípico ou que se esteje diante da inépcia da denúncia.

Da análise detida dos autos da ação penal originária, verifica-se que a inicial acusatória descreve, de forma detalhada, a conduta imputada ao paciente, cuja materialidade do fato veio delineada por elementos de convicção robustos.

Segundo consta da denúncia, em operação conjunta promovida pelo IAGRO, pela Vigilância Sanitária e pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes Contra as Relações de Consumo (DECON), houve a apreensão de 47,5kg (quarenta e sete quilos e quinhentos gramas) de pescado colocados à venda no estabelecimento comercial do paciente, os quais estavam impróprios para o consumo, ante ausência de registro em serviço de inspeção e de rotulagem obrigatória.

A peça vestibular foi instruída com o auto de apreensão (f. 08), termo de fiscalização do serviço de vigilância sanitária – VISA (f. 09), auto fotográfico expedido pela autoridade policial (f. 10-11), laudo de constatação de irregularidades emitido pelo IAGRO (f. 15-18), cuja conclusão, atestada por dois fiscais estaduais agropecuários, inscritos no Conselho Regional de Medicina Veterinária, foi no sentido de que:

“(…) foram constatadas as seguintes irregularidades:

- 10,800 kg de peixe sardinha, com registrado no SISP sob o nº 0285, contrariando o disposto no artigo 4º da Lei Federal nº 7889/1989;

- 47,595 kg de pescado, sem registro em um serviço de inspeção veterinário oficial e desta maneira conforme Lei Federal nº 1.283/1950 artigo 1º e artigo 7º e Lei Federal nº 8.078/1990 em seu art. 18, § 6º o produto é considerado impróprio para o consumo humano e sem a rotulagem obrigatória conforme legislação vigente;

Em conformidade com os dispositivos legais: Lei Federal nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950 em seus artigos 1º e 7º, Decreto Federal nº 30.691/1952 em seus artigos 2º, parágrafo 1º, artigos 12 e 33, Lei Federal nº 7.889/1989, Lei Federal nº 8.078/1990 em seu artigo 18 parágrafo 6º, Lei Estadual nº 4.820/2016 e Lei Estadual nº 3.823/2009 alterada pela Lei Estadual nº 4.518/2014, os produtos acima relacionados foram considerados impróprios para o consumo humano, podendo vir a transmitir doenças como botulismo, salmonelose, brucelose, tuberculose, gastroenterites, toxinfecções, além de outras.”

A materialidade, portanto, encontra-se satisfeita com o laudo que demonstra que o produto está em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. Isso porque, a legislação especial considera impróprios ao consumo, na forma do artigo 18, § 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

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.

(...)

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

(...)

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

Com efeito, se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização/consumo os produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, revela-se totalmente improcedente a alegação de que seria necessário exame pericial de natureza distinta do que foi realizado na espécie.

A propósito, colho recente precedente do e. Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão, proferida em caso similar, foi exatamente no mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – DEPÓSITO PARA VENDA DE CIGARROS COM SELOS DE IPI FALSIFICADOS – EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO QUE A MERCADORIA ESTAVA EMBALADA EM DESACORDO COM AS NORMAS LEGAIS – PROVA IDÔNEA DA MATERIALIDADE DELITIVA – DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Da leitura do artigo 7º, incisos II e IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito contra as relações de consumo não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. A peça vestibular foi instruída com laudos de constatação de irregularidades na comercialização de cigarros, que concluíram que “o produto apreendido está em desacordo com as normas de fabricação e distribuição, haja vista que teve seu registro dos dados cadastrais suspenso pela ANVISA”, o que é suficiente à comprovação da materialidade do delito em tela, uma vez que, nos termos do artigo 18, § 6º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, são impróprios ao uso e consumo os produtos em desacordo com as normas regulamentares de distribuição e apresentação.

3. Se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização

os produtos em desacordo com as normas de distribuição ou apresentação, revela-se improcedente o argumento de que seria necessário exame pericial de natureza diversa do que foi realizado, sendo suficiente a constatação de que os cigarros estavam embalados em desacordo com as prescrições legais. Precedente. 4. Recurso desprovido. Cassada a liminar anteriormente deferida. (RHC 98.989/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018)

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, INCISO I, DA LEI 8.078/90 – INÉPCIA DA DENÚNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – LAUDO PERICIAL – DESNECESSIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

I - A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em sua essência e circunstâncias. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito, e caracterizam situação configuradora de desrespeito ao princípio do devido processo legal (precedentes). II - Na hipótese, a exordial acusatória descreve pormenorizadamente a conduta imputada ao recorrente, destacando que, realizada vistoria no estabelecimento comercial de sua propriedade, foram encontradas diversas mercadorias impróprias para o consumo, que foram, inclusive, detalhadas na peça acusatória, permitindo a compreensão dos fatos e possibilitando o exercício do direito de defesa, razão pela qual o não acolhimento do pleito referente a inépcia da denúncia é medida que se impõe. III - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus constitui medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (precedentes). IV - In casu, o recorrente foi denunciado por manter em seu estabelecimento comercial produtos (alimentos) impróprios ao consumo, uma vez que com validade vencida ou sem nenhuma especificação, tendo sido feito pela perícia a constatação fotográfica dos produtos em questão. Por outro lado, a conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 c/c o art. 18, § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso). Recurso ordinário desprovido. (RHC 73.064/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 15/03/2017)

Desta feita, não há falar em trancamento da ação penal por ausência de justa causa, eis que a materialidade delitiva encontra-se devidamente demonstrada pelos elementos de convicção carreados aos autos.

Nessa esteira, constatando-se que a denúncia revela-se apta e que estão preenchidos os requisitos previstos no artigo 41 do CPP, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do presente *writ*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 21 de março de 2019.

1ª Câmara Criminal

Apelação nº 0045682-09.2016.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06 – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ART. 244-B, DA LEI 8.069/90 – PROVA DE IDADE POR OUTROS DOCUMENTOS QUE TENHAM FÉ PÚBLICA QUE NÃO NECESSARIAMENTE A CERTIDÃO DE NASCIMENTO – RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INCABÍVEL – COMPENSAÇÃO ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA – PREJUDICADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Face o conjunto probatório, restaram devidamente comprovadas a materialidade e autoria do crime em comento, o que é suficiente para justificar o decreto condenatório pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de 11.343/06.

A prova da idade do adolescente não se restringe à certidão de nascimento, pois pode ser comprovada por qualquer outro meio hábil que tenha fé pública. Demonstrada, há de ser mantida a condenação referente ao delito previsto no art. 244-B, da Lei 8.069/90.

Não se aplica a atenuante da confissão espontânea quando o réu, apesar de ter confessado o cometimento do delito na fase extrajudicial, se retrata em juízo e tal circunstância não serve para formar o convencimento do juiz no édito condenatório.

Reputo prejudicada a compensação entre a confissão e a reincidência, vez que aquela não foi reconhecida.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Adelio Cristiano Souza de Amorim interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo juízo da 3ª Vara Criminal Comarca de Campo Grande, que o condenou como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e art. 244-B, da Lei 8.069/90 c.c art. 70, *caput*, do Código Penal, infligindo-lhe a pena total de 7 anos e 7 meses de reclusão e 650 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, a insuficiência de provas para um decreto condenatório e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. E, caso esta seja reconhecida, a sua compensação com a reincidência.

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 238-250).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 255-260).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Adelio Cristiano Souza de Amorim, contra a sentença de f. 150-167, que o condenou, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e art. 244-B, da Lei 8.069/90 c.c art. 70, *caput*, do Código Penal, infligindo-lhe a pena total de 7 anos e 7 meses de reclusão e 650 dias-multa.

Narra a peça acusatória, às f. 01-04, *in verbis*:

Consta do inquérito policial que, no dia 17 de outubro de 2016, por volta das 18h, na Rua Ouro Negro, n. 20-B, Bairro Jardim Sayonara, o denunciado foi preso em flagrante guardando e mantendo em depósito, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e psíquica, proscritas em todo o território nacional (maconha), bem como corrompeu o adolescente R. G. A. menor de 18 (dezoito anos), com ele praticando infração penal.

Segundo restou apurado, após receberem informações de suposto tráfico de entorpecentes, os policiais realizaram o monitoramento da residência, de forma que, na ocasião dos fatos, visualizaram o denunciado desembarcando de um veículo Toyota Corolla, placas 6678, estando ainda, em seu interior; mais dois indivíduos identificados como sendo Max William Andelucci Nery, condutor do automóvel, e Hélio Gomes da Silva.

Como os policiais já haviam constatado que o denunciado estava foragido do sistema prisional, realizaram a sua abordagem e dos outros dois indivíduos e, por conseguinte, ingressaram na residência do denunciado localizando, em seu interior, o menor R. G. A., que, por sua vez, de imediato, informou a existência de droga no imóvel, sendo encontrado espalhados pelo chão da casa a quantia de 31 (trinta e um) tabletes de maconha, os quais pesados totalizaram 8,100 kg (oito quilos e cem gramas).

Durante as diligências, ao verificarem que alguns tabletes continham etiquetas com alcunhas, bem como em dois deles estavam acoplados aparelhos de telefone celular; constataram que o denunciado contratou o adolescente R. para arremessar os entorpecentes para dentro do presídio.

Em revista pessoal no denunciado foi encontrada a quantia de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) e um aparelho de telefone celular.

Uma vez inquirido, o denunciado confessou a prática dos crimes em exame (f. 15-16).

A autoria e materialidade restaram demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante (f. 02-03), boletim de ocorrência (f. 28-30), laudo preliminar de constatação de natureza e quantidade de drogas (f. 32-34), auto de exibição e apreensão (f. 35-36), bem como pelos depoimentos constantes nos autos.

De outro norte, quanto as pessoas de Max William Andelucci Nery e Hélio Gomes da Silva, os policiais não vislumbraram indícios de participação na empreitada criminosa.

*Assim agindo, praticou o denunciado Adelio Cristiano Souza de Amorim as condutas criminosas tipificadas no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/ 2006 e art. 244-B da Lei nº 8.069/ 1990 (...)*

A defesa requer: a) absolvição por ausência de provas; b) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; e c) caso reconhecida a confissão, a compensação com a reincidência.

Absolvição por ausência de provas

Sustenta a defesa, quanto ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, que a autoria não restou comprovada. Com relação ao crime do art. 244-B, da Lei 80.69/90, que não houve prova concreta da menoridade da vítima.

Contudo, razão não lhe assiste.

A materialidade e a autoria do delito, de ambos os delitos, restaram comprovadas através dos seguintes documentos: auto de prisão em flagrante (f. 06-23); boletim de ocorrência (f. 32-34); auto de exibição e apreensão (f. 39-40); laudo de exame toxicológico (f. 78-85), bem como da prova testemunhal.

Ao ser ouvido na fase extrajudicial, às f. 19-20, o apelante confessou a autoria delitiva aduzindo, em síntese, que:

(...) há aproximadamente três meses passou a traficar drogas, sendo que a traficância perpetrada pelo interrogando vista unicamente o presídio de segurança máxima desta capital, isto é, somente trabalha arremessando droga para dentro do presídio; que, esclarece que o adolescente R.G.A. 'passou a trabalhar no tráfico há aproximadamente 15 (quinze) dias' pois o interrogando 'não tem como fazer o corre' já que está com o joelho machucado, em decorrência de ácido úrico elevado; que, em razão disso delegou essa atividade para R. que, afirma que ganha em média R\$ 300 (trezentos reais) pelo quilo da droga que consegue arremessar para dentro do presídio (...).

Em juízo, à f. 121 (audiovisual), ao contrário do dito na fase extrajudicial, negou a prática do delito, ao afirmar que a droga não lhe pertencia e que a casa em que foi detido não era sua; que a polícia encontrou o R. lá dentro e disse que estava com droga; que estava no bar e que, em seguida, foi até a residência “*buscar umas meninas lá*”; e, por fim, que a assinatura constante no auto de qualificação e interrogatório em auto de prisão em flagrante delito é sua.

Na inquirição, na fase policial, do menor R. G. A., constou (f. 13):

(...) que há aproximadamente 02 (dois) meses passou a 'fazer corre', isto é, traficar para o conduzido Adelio Cristiano Souza de Amorim; que, afirma que conheceu Adelio quando este ainda estava preso da 'máxima'; (...) que, esclarece que esse ano já foi 'pego por policiais quando tentava arremessar droga para dentro da máxima' a pedido de Adelio; que, afirma que Adelio lhe paga a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) diariamente para o declarante vender drogas na região da Orla Morena; que, a droga que estava na residência onde os policiais o flagraram, pertence ao declarante e Adelio (...)

Nota-se, assim, que na delegacia o apelante assumiu a prática do crime, ao começar a exercer, há aproximadamente 3 meses, a traficância, arremessando a droga para dentro do presídio de segurança máxima. Revelou que, por um problema no joelho, repassou essa função ao adolescente e que ganha, mais ou menos, R\$ 300,00, por quilo da droga que consegue arremessar para dentro do presídio. Já em juízo, mudou completamente sua versão, ao aduzir que a droga não lhe pertencia e que a residência, local aonde a droga foi apreendida, não era sua.

Por sua vez, o adolescente, na fase extrajudicial, disse que trabalhava para o apelante e que ganhava do mesmo, por dia, a quantia de R\$ 200,00, para vender drogas na região da Orla Morena. Disse, ainda, que a droga encontrada na residência era de propriedade dele e do apelante.

A testemunha Diomar Santos Souza, em seu depoimento, à f. 121 (audiovisual), afirmou que tinha informação de que um indivíduo conhecido como “Adélio”, vulgo “Corumbaense”, estava com um mandado

de prisão em aberto; que após uma pesquisa, conseguiu chegar na qualificação do réu e passou a monitorar o local; que a informação era de que na casa, aonde havia comercialização de droga, um adolescente estava cuidando da droga dele; que foram até o imóvel e abordaram o réu quando chegava no local, na companhia de outros dois indivíduos; que ao adentrar no local, havia um menor de idade que confirmou, prontamente, a existência de droga na casa, que pertencia ao réu, oportunidade em que localizaram vários tablets jogados no chão e que alguns vinham acoplados com celulares, que o próprio réu confessou que era direcionado ao presídio; que o réu confessou que a droga era dele e que o adolescente estaria lá para guardar o entorpecente e que este iria jogar a droga no presídio a mando do réu.

Kawhe Thiago Souza Torres, em seu depoimento, à f. 121, asseverou que depois de algumas denúncias que recebeu na unidade, que uma pessoa de alcunha “Corumbá”, primeiro nome “Adélio”, estava mantendo em depósito uma certa quantia de entorpecente; que o mesmo foi identificado e que estava com mandado de prisão em aberto; que foi realizada campanha no local e que, após algum tempo, chegou em um veículo o réu e mais 2 pessoas, ocasião em que foi feita a abordagem; que ao adentrar na casa encontrou um adolescente, que já confirmou que havia maconha no local; que foram localizados vários tablets no chão da sala; que neles constavam uma inicial e um número e ao questionarem o réu, este informou que era para ser jogado para dentro do presídio; que o menor trabalhava para o “Corumbá” e que ele iria jogar a droga para dentro do presídio. Que o réu confirmou que a droga era dele.

O apelante, apesar de ter alterado, totalmente, a versão dada na delegacia e dito que a droga não era dele, tal afirmação se mostrou isolada diante de toda a prova testemunhal colhida. O adolescente, em fase extrajudicial, disse que trabalhava para o réu e que a droga era de ambos. Os policiais foram unânimes em afirmar que no local aonde foi encontrada a droga, havia um adolescente que, prontamente, disse que trabalhava para o réu e que em entrevista com este, ele teria dito que a droga lhe pertencia.

Cabe frisar que os depoimentos dos policiais devem ser considerados idôneos, vez que, não obstante exercerem uma função pública, merecem a mesma credibilidade dada ao testemunho de qualquer outra pessoa, porquanto seus depoimentos não foram objeto de contradita.

Assim, conclui-se que o conjunto probatório é harmônico e que não há qualquer dúvida quanto à autoria do crime de tráfico.

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS – RÉU CONFESSO – PALAVRA DA VÍTIMA EM CONFORMIDADE COM A PROVA TESTEMUNHAL – SÓLIDO CONTEXTO PROBATÓRIO – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS – IMPOSSIBILIDADE – REPRIMENDAS FIXADAS CONFORME OS PARÂMETROS LEGAIS. I- A confissão do réu, bem como o depoimento da vítima, em consonância com a prova testemunhal e os demais indícios, servem perfeitamente como base para se definir a autoria do delito e, assim, afastar a tese absolutória, em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado. (...) (TJMG - Apelação Criminal 1.0216.11.001856-3/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 01/08/2017, publicação da súmula em 07/08/2017)

Portanto, comprovadas tanto a materialidade como a autoria, e não havendo dúvidas quanto ao decreto condenatório, o pleito de absolvição deve ser rejeitado.

No que tange ao crime do art. 244-B, da Lei 8.069/90, defende o apelante que não houve prova concreta da menoridade do adolescente, o que enseja o afastamento de tal condenação. Verbera que o tipo penal traz como circunstância elementar a idade de 18 anos do sujeito passivo, dado este concreto e objetivo, cuja prova não foi produzida.

Sobre este tema, a sentença prescreveu (f. 160):

Melhor sorte não assiste a Defesa, ao alegar que não houve prova documental da menoridade da vítima.

A menoridade da vítima restou demonstrada através do termo de depoimento à f. 13 e, ainda, pela instauração do processo de apuração de ato infracional em razão dos mesmos fatos (Autos nº 0046190-52.8.12.0001, conforme consulta ao SAJ - Sistema de Automação da Justiça).

Registro que a demonstração da menoridade da vítima é perfeitamente possível por outros meios de prova, tais como os acima mencionados.

O juiz se utilizou de outros meios para comprovar a idade do menor, quais sejam, o termo de depoimento (f. 13), bem como a instauração do processo de apuração de ato infracional (Autos nº 0046190-52.8.12.0001). A prova, portanto, da menoridade, não se restringe à certidão de nascimento, mas pode ser realizada por qualquer outro documento dotado de fé pública igualmente hábil para a comprovação da idade.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CORRUPÇÃO DE MENORES – ART. 244-B do ECA – PROVA DA MENORIDADE – COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA – POSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, para efeitos penais, “a certidão de nascimento não é o único documento válido para fins de comprovação da menoridade, sendo apto a demonstrá-la o documento firmado por agente público atestando a idade do inimputável, como a declaração perante a autoridade policial” (AgInt no AREsp 852.726/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).

2. No caso, a qualificação feita perante a autoridade policial é idônea para a comprovação da menoridade do adolescente envolvido na prática delitiva, autorizando, desse modo, a condenação do réu pela prática do delito previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1373991/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENOR – DOSIMETRIA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – MAJORAÇÃO RAZOÁVEL – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – PROVA DA MENORIDADE – CERTIDÃO DE NASCIMENTO – PRESCINDIBILIDADE – OUTROS DOCUMENTOS – POSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não se constata ofensa ao art. 59 do Código Penal quando as instâncias ordinárias promovem a majoração da pena-base com amparo em fundamentação idônea e em patamar razoável, pois o aumento da pena, nesta etapa da dosimetria, não está vinculada a uma fração matemática exata.

2. A comprovação da menoridade, para fins de tipificação do delito previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não exige obrigatoriamente a apresentação de certidão de nascimento, podendo esta circunstância elementar ser comprovada por outros documento idôneos, tais como o boletim de ocorrência policial, o auto de apreensão do adolescente as peças do procedimento instaurado na Justiça da Infância e Juventude.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1737765/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018)

Rejeito, portanto, a pretensão de absolvição do apelante quanto ao crime do art. 244-B, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Reconhecimento da confissão espontânea

Apregoa a defesa que a sentença não aplicou a atenuante da confissão (art. 65, III, letra “d”, do Código Penal), por entender que a retratação em juízo afasta o reconhecimento de tal atenuante. Diz que a atenuante da confissão deve ser aplicada, independentemente de ser ela espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houver retratação posterior.

Sem razão.

A sentença assim consignou (f. 157):

De igual forma, não merece o(a)(s) réu(é)(s) a aplicação da atenuante da confissão espontânea, posto que se retratou integralmente em Juízo, passando a negar inclusive a posse da droga e não poderia negar a confissão e ao mesmo tempo pretender beneficiar-se dela.

Ainda, a confissão extrajudicial não é a base probatória para a condenação no caso, havendo testemunhas e outros elementos que forneceram provas para a procedência da denúncia; porque o benefício legal da diminuição da reprimenda pressupõe que o acusado forneça ao Magistrado a convicção irrefutável de que praticou o delito, o que não ocorreu com a retratação.

Apesar do apelante ter confessado a prática delitiva, por ocasião de seu depoimento na fase policial, esta não foi valorada pelo juiz na formação do juízo condenatório. Caso fosse, faria jus à atenuante. É o que se extrai do Enunciado nº 545/STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.”

Colhe-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – DESCABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – VIA ELEITA INADEQUADA – CONFISSÃO – ATENUANTE – ART. 65, III, “D”, DO CÓDIGO PENAL – CP – CIRCUNSTÂNCIA NÃO UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO – INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – REGIME FECHADO – POSSIBILIDADE – QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O exame da excludente de punibilidade prevista no art. 22 do Código Penal demanda revolvimento de matéria fático-probatória, providência inviável na via eleita do habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere. Precedente.

3. A confissão extrajudicial dos fatos não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu nos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da referida atenuante.

4. As instâncias ordinárias afastaram a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação da ré em atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

5. O STF, no julgamento do HC nº 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, afastando,

dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

In casu, a quantidade e natureza da droga apreendida - aproximadamente 1kg de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 459.705/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PENAL – FURTO – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA PARA CONDENAÇÃO – ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. É firme a jurisprudência deste Sodalício em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial, mantendo a sentença condenatória. (EDcl no AgRg no REsp 1668315/RO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

Outros elementos serviram de base para o édito condenatório. Deste modo, considerando que a confissão extrajudicial do apelante não serviu de base como fundamento para a condenação, esta não deve ser reconhecida.

Face o não reconhecimento da confissão espontânea, reputo prejudicada a análise de compensação com a reincidência.

Conclusão

Por fim, acerca do prequestionamento, é cediço que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim sobre as matérias abordadas e decidir a lide de forma fundamentada.

Por todo exposto, com o parecer, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0007130-95.2010.8.12.0029 - Naviraf
Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO POR 09 VEZES – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA EM RELAÇÃO A 05 CRIMES.

Impõe-se a extinção da punibilidade do réu quanto a 05 crimes de peculato (que foram narrados na denúncia como sendo o 1º, 2º, 3º, 4º e 9º fatos), tendo em vista a ocorrência da prescrição punitiva retroativa, pois o prazo prescricional aferido com base na pena concretamente aplicada fluiu integralmente entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, sem que houvesse qualquer causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva.

MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – SUBSTITUIÇÃO – MEDIDA INSUFICIENTE – PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO – REQUISITOS ATENDIDOS – ART. 92, I, DO CP – RECURSO IMPROVIDO COM O REDIMENSIONAMENTO *EX OFFICIO* DA PENA.

Em sendo o conjunto probatório firme e harmônico, capaz de demonstrar a materialidade e a autoria delitivas além de qualquer dúvida razoável, impõe-se a manutenção da condenação pela prática dos crimes de peculato, dada a segura demonstração de que o réu, no desempenho da função de escrivão de polícia civil, apropriou-se indevidamente dos valores que recebeu a título de fiança, atuando, assim, com inequívoco *animus rem sibi habendi*.

Se a valoração das circunstâncias judiciais evidencia o maior grau de reprovabilidade que deve recair sob a conduta delitiva, impossível torna-se a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que a medida não se mostraria suficiente, a rigor do inc. III do art. 44 do Código Penal.

Imperativa a manutenção da perda do cargo, ante a manifesta incompatibilidade do réu com a função exercida e o inequívoco atendimento aos requisitos definidos no art. 92, I, a, do Código Penal.

Considerando o número de crimes abrangidos pela condenação, torna-se cabível a incidência da continuidade delitiva em 1/4.

Recurso improvido com o redimensionamento *ex officio* da reprimenda.

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, em parte com o parecer, declarar extinta a punibilidade em relação aos crimes de peculato narrados na denúncia como sendo o 1º, 2º, 3º, 4º e 9º fatos, em razão da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inc. IV, c/c art. 109, inc. V, e art. 119, todos do Código Penal. No mérito, negar provimento ao recurso. De ofício, alterar para 1/4 a exasperação decorrente da continuidade delitiva.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

José Fábio dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, que o condenou como incurso nas sanções do art. 312 (por nove vezes) c/c art. 71, ambos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial aberto e 93 dias-multa, bem como decretou-lhe a perda do cargo público.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas colacionadas aos autos são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, porquanto incapazes de demonstrar a apropriação dos valores entregues a título de fiança, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer: a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o afastamento do decreto de perda da função pública (f. 799-838).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 842-849).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 857-865).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

José Fábio dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, que o condenou como incurso nas sanções do art. 312 (por nove vezes) c/c art. 71, ambos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial aberto e 93 dias-multa, bem como decretou-lhe a perda do cargo público.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas colacionadas aos autos são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, porquanto incapazes de demonstrar que os valores entregues a título de fiança foram efetivamente apropriadas ou desviadas na forma narrada na denúncia, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer: a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e o afastamento do decreto de perda da função pública (f. 799-838).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 842-849).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 857-865).

É o relatório.

Passo ao exame do recurso.

Impõe-se, inicialmente, o reconhecimento *ex officio* da prescrição da pretensão punitiva estatal quanto a alguns dos crimes de peculato.

No caso dos autos, a denúncia imputou ao apelante José a prática de 03 crimes de falsidade ideológica e outros 09 de peculato, alguns destes praticados com unidade de desígnios e em semelhantes condições de tempo, de lugar e de modo de execução.

O emérito julgador monocrático, conforme já mencionado, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida pelo *Parquet*, condenando José pelos 09 crimes de peculato, todos em continuidade.

Pois bem.

A prescrição retroativa, como cedição, é contada com base na pena *in concreto* e caracteriza-se quando observada a fluência do prazo prescricional entre os marcos definidos no art. 117 do Código Penal.

É ainda sabido que, na hipótese de continuidade delitiva, a extinção da punibilidade recairá isoladamente sobre a pena de cada um dos delitos, consoante dicção do art. 119 do Código Penal. A esse respeito, inclusive, é o verbete sumular 497 do e. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Sumula 497 - Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

Nos termos da sentença, a pena de 02 anos de reclusão e 50 dia-multa foi aplicada aos crimes narrados na denúncia como sendo o 1º, 2º, 3º, 4º e 9º fatos, de modo que, para estes, o prazo prescricional corresponderá a 04 anos, *ex vi* do art. 109, inc. V, do Código Penal.

Por outro lado, verificado que o recebimento da denúncia ocorreu em 23.01.2012 (f. 540-542) e que a sentença condenatória fora publicada em 10.10.2017 (f. 765), tem-se que entre os marcos houve o transcurso de aproximadamente 05 anos e 08 meses, sem que houvesse qualquer causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva.

Desse modo, quanto aos crimes acima referidos, resta evidente a ocorrência da prescrição retroativa, ensejando a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, inc. IV, do Código Penal.

No mérito, o pleito absolutório não comporta acolhimento.

Eis os termos da inicial acusatória (f. 01-12):

“(...) Infere-se que o denunciado José Fábio dos Santos, que é funcionário público (investigador de polícia civil), na época dos fatos exercia a função de escrivão “ad hoc” no 1º Distrito de Polícia Civil, bem como na Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher, ambos nesta cidade, sendo que permanecia nesta última delegacia, trabalhando numa sala lá existente.

No exercício do cargo de escrivão “ad hoc”, o denunciado praticou as condutas ilícitas que serão expostas a seguir.

(...)

5º fato:

Apurou-se ainda dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 28 de julho de 2008, em horário que não se pode precisar, na Delegacia de Polícia, nesta cidade e comarca, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, apropriou-se de dinheiro particular de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio, consistente na quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Consta ainda que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, prevalecendo-se do cargo, inseriu em documento público declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Infere-se que na data supracitada, Leônidas Nézio Pereira foi preso e autuado em flagrante, sendo-lhe arbitrada fiança no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), quantia essa que foi entregue ao denunciado, o qual mais uma vez se apropriou de tal quantia, dando-lhe destinação diversa da que deveria.

Com o intuito de ocultar que havia se apropriado de tal quantia, o denunciado fez constar do livro destinado aos registros das fianças que seria recolhido o valor junto à conta única no dia 28.07.2008, quando na verdade recolheu o valor equivalente ao que lhe fora

entregue somente no dia 09.09.2008 (conforme termo de fiança de f. 17 e extrato da subconta de f. 18-19).

6º fato:

Segundo consta do incluso inquérito policial, no dia 30 de julho de 2008, em horário que não se pode precisar, na Delegacia de Polícia, nesta cidade e Comarca, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, apropriou-se de dinheiro particular de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio, consistente na quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, prevalecendo-se do cargo, inseriu em documento particular declaração diversa da que devia ser escrita, com o fim de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante.

Infere-se que na referida data, Manoel Carvalho Filho foi preso e autuado em flagrante, sendo-lhe arbitrada fiança no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), que foi efetivamente entregue ao denunciado, o qual se apropriou da quantia, dando-lhe destinação diversa da que deveria.

O denunciado ainda fez constar do livro destinado ao registro de fianças que recolheu o referido valor em 31.07.2008, quando na verdade somente o fez em 10.09.2008 (conforme documentos de f. 21 e 74 e termo de fiança de f. 20).

7º fato:

Segundo consta do incluso inquérito policial, no dia 05 de janeiro de 2009, em horário que não se pode precisar, na Delegacia de Polícia, nesta cidade e comarca, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, apropriou-se de dinheiro particular de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio, consistente na quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Infere-se que na referida data, Jair Pereira dos Santos foi preso e autuado em flagrante, sendo-lhe arbitrada fiança no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), conforme termo de fiança de f. 06, o qual foi entregue ao denunciado, que se apropriou da quantia e lhe deu destinação diversa da que deveria. Insta que o denunciado somente recolheu tal valor junto à conta única no dia 13 de março de 2009 (conforme documentos de f. 07 e 08-09).

8º fato:

Apurou-se também que, no dia 11 de junho de 2009, em horário que não se pode precisar, no dia 1º Distrito Policial, nesta cidade e comarca, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, apropriou-se de dinheiro particular de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio, consistente na quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Infere-se que na referida data, Marcos Marquetti foi preso e autuado em flagrante, sendo-lhe arbitrada fiança no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), que foi entregue ao denunciado, o qual se apropriou da quantia e lhe deu destinação diversa da que deveria.

Consta que o denunciado somente recolheu o valor da fiança no dia 30 de julho de 2009 (conforme termo de fiança de f. 10 e documentos de f. 11 e 12).

(...).

Ante o exposto, incidiu o denunciado José Fabio dos Santos nas seguintes sanções:

a) do artigo 312, caput do Código Penal, por nove vezes, sendo aplicada a regra do art. 71 do Código Penal em relação aos seguintes fatos narrados; 1º e 2º; 5º e 6º fatos e 8º e 9º fatos, devendo, quanto aos demais fatos, ser aplicada a regra do artigo 69 do Código Penal;

b) do artigo 299, parágrafo único, do Código Penal, por três vezes, sendo aplicada a regra do artigo 71 do Código Penal em relação 5º e 6º fatos, devendo, quanto ao 4º fato ser aplicada a regra do artigo 69, do Código Penal, e aplicando-se, entre todos os crimes de peculato e os crimes de falsidade ideológica o artigo 69 do Código Penal.

A materialidade vem demonstrada por intermédio dos termos de fiança (f. 378, 382, 389 e 392), dos quais se extrai, sem sombra de dúvidas, que o apelante José foi o responsável por receber os valores entregues pelos autuados Leonidas Nézio Pereira (5º fato), Manoel Carvalho Filho (6º fato), Jair Pereira dos Santos (7º fato) e Marcos Marquetti (8º fato). Já os comprovantes de depósito/extratos de subconta (f. 379-381, 383-384, 390-391, 393) evidenciam que ele recolheu o numerário às respectivas contas judiciais em data muito posterior ao permitido pela legislação.

A autoria, do mesmo modo, é inequívoca.

O apelante José, em seu interrogatório, negou ter se apropriado dos valores, alegando, em suma, que possuía formação para a função de investigador de polícia, sendo que por ocasião dos fatos atuava como escrivão *ad hoc*, razão pela qual não possuía o conhecimento específico de que deveria prontamente depositar na Conta Única do TJMS os valores recebidos a título de fiança. Enfatizou, ainda, que acabou incorrendo em equívocos derivados das condições adversas em que desenvolvia seu trabalho, sem que, todavia, tivesse intencionalmente retido os valores que lhes foram confiados (f. 666).

Essa versão, no entanto, carece de credibilidade e coerência, tornando-a incapaz de suscitar no julgador dúvida razoável acerca da configuração do dolo necessário para a tipificação da conduta.

Note-se, primeiramente, que é impossível conceber que o procedimento relativo ao depósito judicial dos valores recebidos a título de fiança fosse a desconhecido ao apelante José, pois se trata de indivíduo aprovado em concurso para desenvolver, justamente, atividade de polícia judiciária.

Ora, é de amplo e irrestrito conhecimento que os valores pagos a título de fiança somente poderão ser retidos pelo prazo máximo de 03 dias, conforme expressamente dispõe o art. 331 do Código de Processo Penal:

Art. 331. O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos.

Parágrafo único. Nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias dar-se-á ao valor o destino que lhe assina este artigo, o que tudo constará do termo de fiança. (destaquei)

Outrossim, tem-se o depoimento judicial do investigador Marcelo da Luz Veríssimo, que apesar de declarar ter recebido orientações superficiais quando em Naviraí foi nomeado como escrivão *ad hoc*, confirmou ter conhecimento de que, ao receber o valor prestado à título de fiança, deve lavrar o recibo, colher a assinatura do autuado no livro de controle e providenciar o depósito mediante guia, cuja expedição era possível por um certo período (f. 606-607).

No mesmo sentido é o testemunho prestado pelo escrivão Og Martinez Marçal, que em juízo esclareceu ser necessário o recolhimento à instituição arrecadadora em até 05 dias (equivocando-se, por meros 02 dias, do prazo legal a ser observado), período no qual era possível providenciar o boleto bancário junto ao cartório judicial (f. 606-607).

Como visto, os servidores lotados na mesma delegacia possuíam suficiente compreensão do rito a ser seguido, do modo que a ser inconcebível acreditar que o apelante José fosse o único a efetivamente ignorar tão elementar procedimento.

E, de fato, as evidências que emergem dos autos demonstram que ele não apenas detinha esse conhecimento, como, também, visava burlá-lo, já que nos próprios termos de fiança (f. 378, 382, 389 e 392) certificou que o recolhimento dos valores deu-se em datas anteriores àquelas em que os depósitos judiciais efetivamente foram realizados, o que lhe permitiu usufruir do dinheiro por longo período sem que o ilícito fosse percebido pelas autoridades competentes.

À toda evidência, a alegação de que incorreu em mero equívoco não passa de pueril tentativa de se eximir de responsabilização penal, até porquê as condutas retratadas neste feito não são isoladas, impossibilitando que pudessem ser justificadas pelo acúmulo de trabalho ou eventual situação adversa que estivesse atravessando. A prática delitativa vinha sendo adotada há algum tempo, denotando, verdadeiramente, uma espécie de *modus vivendi*.

Diante desses elementos, resta demonstrado que o apelante José, no desempenho das atividades de escrivão *ad hoc*, recebeu a fiança prestada por Leonidas Nézio Pereira (5º fato), Manoel Carvalho Filho (6º fato), Jair Pereira dos Santos (7º fato) e Marcos Marquetti (8º fato), bem como apropriou-se indevidamente dos referidos valores ao deixar de realizar o respectivo depósito na forma da lei.

Portanto, encontra-se caracterizado o elemento subjetivo do tipo penal consistente no *animus rem sibi habendi*, isto é, no propósito de se assenhorar do numerário de que tinha posse em razão do cargo ocupado, configurando, assim, os crimes de peculato, para os quais é irrelevante a posterior restituição.

Em abono, colho o seguinte trecho da doutrina de escol de Cezar Roberto Bitencourt:

“(...) 6. Tipo subjetivo: adequação típica

(...) O dolo é, na espécie, a vontade de assenhorar-se de bem móvel (animus rem sibi habendi), com consciência de que pertence ao Estado, invertendo o título da posse. Em outros termos, o agente deve ter vontade e consciência de apropriar-se de coisa móvel do Estado, isto é, de tomar para si coisa que não lhe pertence.

(...)

7. Consumação e tentativa

(...) Consuma-se o crime com a efetiva apropriação, desvio ou subtração do objeto material, ou seja, quando o funcionário público torna seu o patrimônio do qual detém aposse, ou desvia em proveito próprio ou de terceiro, sendo irrelevante o prejuízo efetivo para a Administração Pública. (...) Essa exteriorização da alteração do título da posse, consumadora do crime de peculato, revela-se com a retenção além do tempo necessário, uso pessoal ou consumo, alienação, que são atos caracterizadores de quem é dono ou age com o animus domini. (...)” (in Tratado de Direito Penal, v. 6: dos crimes praticados contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. Saraiva, 2012 – obra disponível em meio digital)

Desse modo, mantenho a condenação.

Subsidiariamente requer o apelante José a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Melhor sorte não lhe socorre.

Referida benesse guia-se pela satisfação de requisitos objetivos e subjetivos, bem como pelo critério da suficiência, que inviabiliza a aplicação de penas alternativas quando assim não recomendarem a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos ou as circunstâncias do crime.

Em abono, lecionam Alberto Silva Franco e Juliana Belloque:

“(...) O último requisito legal é o de que a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos atenda ao caráter de suficiência para a reprovação e prevenção

do crime. O legislador penal tornou comuns às penas restritivas de direitos as mesmas finalidades e quase todos os mesmo indicadores que deverão nortear o juiz na individualização das penas privativas de liberdade (excluiu apenas, como dados aferidores, as consequências do crime e o comportamento da vítima, que se mostrariam, portanto, irrelevantes para a formação do juízo de suficiência). Isto significa que o juiz deve verificar se a substituição de uma pena por outra se revela suficiente para a reprovação e para a prevenção do crime, devendo inferir o critério de suficiência da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado, bem como dos motivos e das circunstâncias do crime. Cada um desses indicadores será objeto de consideração no art. 59 do Código Penal. (...)” (Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência, 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 293)

Desse modo, tendo em consideração a maior reprovabilidade que decorre da valoração negativa da culpabilidade, conforme termos expressos da sentença, resta inviável a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, eis que a medida efetivamente não se revela suficiente, consoante inc. III do art. 44 do Código Penal.

Insurge-se ainda a d. defesa contra a decretação da perda do cargo público.

Sem razão, entretentes.

Com efeito, nos crimes praticados com violação de dever para com a Administração Pública é especificamente possível, mediante fundamentação própria, decretar-se a perda do cargo público quando a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou superior a 01 ano, conforme dita o art. 92, inc. I, a, e par. único, do Código Penal:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

(...)

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Na hipótese vertente, a medida foi justificada nos seguintes termos:

“(...) Da Aplicação do Art. 92 do Código Penal:

Considerando que os crimes praticados pelo réu se deram em violação a dever para com a Administração Pública, nos termos do art. 92, inciso I, alínea “a” do Código Penal, consequência ex lege da condenação criminal, decreto a perda do cargo público do réu, que exerce o cargo de investigador de polícia judiciária. (...)”

Conquanto se reconheça que a motivação lançada na sentença exprima apenas os termos da lei, não se pode simplesmente olvidar do atendimento aos requisitos legais que concretamente justificam a decretação da perda do cargo público.

Ora, o apelante José é servidor das carreiras da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, instituição responsável justamente pela investigação criminal.

Ademais, praticou crimes ao longo de aproximadamente 03 anos, mediante afronta aos mais comezinhos princípios que regem a Administração (moralidade e impessoalidade) e, sobretudo, com a falsificação ideológica de documentos públicos.

Diante da gravidade concreta, da incompatibilidade com a função pública e do manifesto risco de reiteração, tem-se por ser inconcebível ao Estado tolerar seus quadros indivíduo que se vale da condição de agente público para cometer delitos contra a própria Administração Pública.

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência:

*APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – CONEXÃO – CONTINUIDADE DELITIVA – REQUISITO TEMPORAL – DESCLASSIFICAÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PERDA DO CARGO. 1) Presentes nos autos elementos probatórios que indicam que o réu, na condição de Oficial de Polícia Civil, apossou-se indevidamente do valor da fiança que lhe foi confiado, correta a condenação no crime de peculato. 2) Para o reconhecimento da conexão ou da continência o caso deve se enquadrar em uma das hipóteses dos arts. 76 e 77 do CPP. 3) A continuidade delitiva é uma ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso eventual, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só, desde que preenchidos os requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes) e subjetivo (unidade de desígnios). 4) De acordo com os precedentes dos Tribunais Superiores, quando o intervalo de tempo entre os delitos apurados for superior a 30 (trinta) dias, o reconhecimento do crime continuado é inviabilizado por ausência do requisito objetivo temporal. 5) Não se mostra possível a desclassificação para a modalidade culposa de peculato diante do animus de se apropriar arbitrariamente do dinheiro. 6) Consoante posicionamento jurisprudencial, ao praticar o peculato, o agente não só usurpa bem pertencente ao Estado, como também atinge a incolumidade da Administração Pública, bem jurídico esse insuscetível de alcance pelo princípio da bagatela. 7) **Diante da condenação imposta, cabível a perda do cargo público, desde que fundamentada.** 8) Recurso não provido. (TJAP; APL 0024515-82.2016.8.03.0001; Câmara Única; Rel. Des. Carmo Antônio; Julg. 19/12/2017; DJEAP 20/02/2018; Pág. 25) - destaquei*

*“(...) 1. O princípio da indivisibilidade, o qual obriga ao ajuizamento do processo crime contra todos os autores do delito, é somente aplicado nas ações penais privadas, onde o autor não pode dispor de processar apenas um ou alguns dos autores envolvidos em suposto delito, tal renúncia, no caso, implicaria na extensão da benesse a todos. 2. Inexistindo qualquer elemento indicativo de que a sua parcialidade teria surgido em momento muito anterior ao seu reconhecimento, remanesce a presunção de o magistrado, enquanto autoridade encarregada de presidir o feito, ter respeitado o princípio da imparcialidade na condução do processo e, conseqüentemente, a garantia constitucional do juiz natural, agindo em conformidade com seus deveres funcionais. 3. O diploma penal não estabelece o quantum da diminuição ou do aumento referente às circunstâncias atenuantes e agravantes, que fica, portanto, ao livre arbítrio motivado do julgador. Este arbítrio, no entanto, não é ilimitado, não podendo o magistrado, via de regra, em razão de uma única circunstância agravante, exasperar a pena em metade de seu valor, considerando que tais circunstâncias são um minus em relação às causas de aumento e de diminuição, as quais têm, sempre, um percentual fixo, entre um sexto da pena e dois terços. 4. **Embora não seja um efeito automático da sentença e, por isso, deva ser motivada (art. 92, parágrafo único, do CP), é certo que a fundamentação acerca da perda do cargo público não precisa ser extensa, mesmo porque toda a argumentação empregada para a condenação do apelante serve exatamente para justificar a perda do cargo.** 5. Uma vez encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. (...)”.* (TJPR; ApCr 1709646-7; Marechal Cândido Rondon; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida; Julg. 26/07/2018; DJPR 21/08/2018; Pág. 182) - destaquei

Vale ressaltar que a segunda instância não se encontra vinculada aos fundamentos adotados pelo juízo *a quo*, podendo, mesmo em sede de recurso da defesa, revê-los ou até realizar acréscimos a fim de amparar a solução que melhor se adéqua ao caso em desate, desde que, obviamente, não majore ou altere as sanções.

A esse respeito, confira-se a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL A QUO – JUSTIFICATIVA IDÔNEA – REFORMATIO IN PEJUS – NÃO OCORRÊNCIA – EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO – REVALORAÇÃO DOS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte Superior de Justiça considera ser possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias para manter o percentual de aumento da pena-base, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva do entendimento desta relatora. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 1.119.616/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 18/9/2017).

“agravo regimental no recurso especial – penal – roubo duplamente circunstanciado – pleito de incidência da súmula n. 443/stj – inaplicabilidade – fundamentação idônea na utilização da fração de 3/8 na terceira fase da dosimetria da pena, pelas majorantes do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes – gravidade concreta do delito – acréscimo de fundamentação pela instância superior – manutenção da pena – possibilidade – reformatio in pejus – inoocorrência – não incidência da súmula 7/stj – recurso interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional – não comprovação do dissídio – irrelevância – apelo provido em razão da violação de dispositivo de lei federal – agravo regimental desprovido. 1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 2. Nos termos do disposto no Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. 3. É de ser aplicada a fração de aumento de 3/8, ante a existência de peculiaridades no caso concreto que justificam a majoração acima do mínimo em razão da maior reprovabilidade da conduta - concurso de 4 (quatro) agentes, uso de arma de fogo, e troca de tiros com a polícia, não se aplica o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal - a ensejar a necessidade de um maior rigor penal. Precedentes. 4. Ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus. 5. A interposição de recurso especial com fundamento nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do permissivo constitucional não impede o seu provimento com base exclusivamente em uma delas. Hipótese em que o recurso foi provido em razão de violação de dispositivo de lei federal, e não em virtude da comprovação de dissídio jurisprudencial. 6. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 993.413/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 1º/9/2017).

Nestes termos, imperativa a decretação da perda do cargo público.

Por fim, registro que em razão da prescrição observada em relação aos 05 crimes de peculato (1º, 2º, 3º, 4º e 9º fatos), impõe-se a alteração da fração aplicada à continuidade delitiva.

Assim, considerando que na sentença a exasperação deu-se no patamar de 1/3 e que a condenação agora abrange 04 condutas distintas, tenho como necessário e adequado o redimensionamento da fração para 1/4, destacando ser impossível aplicar menor índice, eis que destinado aos casos em que a continuidade abarca menor quantidade de delitos.

Nesse sentido, veja-se a lição de Alberto Silva Franco:

“(...) O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão.(...)” (FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 345)

Ainda sobre tema, é a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de justiça, no crime continuado, o critério utilizado para determinar o quantum de aumento guarda relação com o número de infrações praticadas. Precedentes. (...)”. (STJ; HC 184.816; Proc. 2010/0168292-5; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 01/07/2013; Pág. 1856)

Dessa forma, considerando que as penas são idênticas (02 anos e 06 meses de reclusão e 70 dias-multa), aplico sobre uma delas a exasperação em 1/4, tornando-as definitivas em 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão e 87 dias-multa.

O regime prisional permanece inalterado.

A substituição por restritivas de direito encontra-se obstada pelas circunstâncias judiciais, conforme fundamentos acima elencados.

O *sursis*, do mesmo modo, é incabível, pois não atendidos os requisitos do art. 77, *caput* e inc. II, do Código Penal.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* confundir-se com o tema debatido.

Destarte, ante ao exposto, em parte com o parecer: declaro extinta a punibilidade em relação aos crimes de peculato narrados na denúncia como sendo o 1º, 2º, 3º, 4º e 9º fatos, em razão da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inc. IV, c/c art. 109, inc. V, e art. 119, todos do Código Penal, e no mérito, nego provimento ao recurso e de ofício altero para a 1/4 a exasperação decorrente da continuidade delitiva, redimensionando a reprimenda para 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão e 87 dias-multa, mantidas as demais disposições da sentença de 1º grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, declararam extinta a punibilidade em relação aos crimes de peculato narrados na denúncia como sendo o 1º, 2º, 3º, 4º e 9º fatos, em razão da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inc. IV, C/C art. 109, inc. V, e art. 119, todos do Código Penal. No mérito, negaram provimento ao recurso. De ofício, alteraram para 1/4 a exasperação decorrente da continuidade delitiva.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des^a Elizabete Anache e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Seção Especial - Criminal

Agravo Interno nº 1601829-13.2018.8.12.0000/50000 - Tribunal de Justiça

Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – AGRAVO INTERNO – AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA, EM CONTINUIDADE DELITIVA – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – DECRETO PRISIONAL QUE ATENDE AOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR – SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR – NÃO ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO IDÔNEA A RESPEITO DA DEBILIDADE DO ESTADO DE SAÚDE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Presente o requisito instrumental de admissibilidade (art. 313, inc I , do CPP), bem como diante da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, torna-se possível impor a prisão preventiva para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou visando assegurar a aplicação da Lei Penal. No caso dos autos, a custódia cautelar se revela necessária para garantir a ordem pública, tendo em vista que o agravante aparentemente integrava esquema conhecido como “mensalinho”, pois teoricamente apoiava o alcaide nas deliberações realizadas pelo Legislativo Municipal em troca de valores em dinheiro, bem como tendo como contrapartida a indicação de pessoas para cargos da estrutura funcional da prefeitura. Dada a gravidade e habitualidade das ações ilícitas perpetradas pela associação criminosa, deve a prisão preventiva ser mantida para, neste momento, desarticulá-la e interromper suas atividades, estas que, inclusive, precedem à *notitia criminis* e perduraram até o momento da prisão. Vale destacar que eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Ausente comprovação idônea acerca da debilidade extrema do estado de saúde, impossível torna-se a concessão da prisão domiciliar, sobretudo quando inexiste demonstração de que eventual tratamento necessário não possa ser prestado no próprio estabelecimento prisional.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial - Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao agravo por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 5º vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 20 de março de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

André Franco Caffaro interpõe o presente agravo interno em face da decisão proferida à f. 31-37 do feito subjacente, que indeferiu os pedidos de revogação de prisão preventiva e de substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar.

Nas razões, aduz, em síntese, que: os documentos anexados à inicial comprovam satisfatoriamente que sua saúde inspira cuidados especiais, sendo iminente o risco de contrair infecção por encontrar-se em período pós-operatório, sobretudo em razão de não estar recebendo a atenção médica necessária; os requisitos e pressupostos da prisão preventiva não foram atendidos, devendo prevalecer o princípio da presunção de inocência; e é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e reside no distrito da culpa. Assim, pugna pelo integral provimento do recurso para reformar a decisão agravada e, desse modo, conceder-lhe a liberdade provisória ou a prisão domiciliar (f. 01-09).

O agravo interno deixou de ser conhecido, ante a inadequação da via eleita (f. 22-23).

Todavia, nos autos de *Habeas Corpus* nº 492.098-MS, o e. Superior Tribunal de Justiça concedeu ordem “*para determinar que o colegiado da Seção Especial Criminal do Tribunal de Justiça de origem aprecie o Agravo Interno nº 1601829-13.2018.8.12.0000/50000*” (f. 32-36).

Em seguida, a Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu contraminuta ao recurso, no sentido de se negar provimento ao presente agravo interno (f. 40-45).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

André Franco Caffaro interpõe o presente agravo interno em face da decisão proferida à f. 31-37 do feito subjacente, que indeferiu os pedidos de revogação de prisão preventiva e de substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar.

Nas razões, aduz, em síntese, que: os documentos anexados à inicial comprovam satisfatoriamente que sua saúde inspira cuidados especiais, sendo iminente o risco de contrair infecção por encontrar-se em período pós-operatório, sobretudo em razão de não estar recebendo a atenção médica necessária; os requisitos e pressupostos da prisão preventiva não foram atendidos, devendo prevalecer o princípio da presunção de inocência e é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e reside no distrito da culpa. Assim, pugna pelo integral provimento do recurso para reformar a decisão agravada e, desse modo, conceder-lhe a liberdade provisória ou a prisão domiciliar (f. 01-09).

O agravo interno deixou de ser conhecido, ante a inadequação da via eleita (f. 22-23).

Todavia, nos autos de *Habeas Corpus* nº 492.098-MS, o e. Superior Tribunal de Justiça concedeu ordem “*para determinar que o colegiado da Seção Especial Criminal do Tribunal de Justiça de origem aprecie o Agravo Interno nº 1601829-13.2018.8.12.0000/50000*” (f. 32-36).

Em seguida, a Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu contraminuta ao recurso, no sentido de se negar provimento ao presente agravo interno (f. 40-45).

É o relatório.

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente em relação à custódia cautelar, não vislumbro razões ou motivos para que seja revogada.

Infere-se dos autos que o agravante André é acusado dos crimes (em concurso) de associação criminosa e corrupção passiva, cujas penas máximas suplantam 04 anos de reclusão, admitindo-se, assim, a decretação da prisão preventiva, nos exatos termos do art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

O *fumus comissi delicti*, ao seu turno, encontra-se presente, porquanto os elementos angariados ao feito principal consubstanciam a prova da existência dos delitos e os indícios suficientes de que o agravante André integrava o esquema conhecido como “mensalinho”, pois teoricamente apoiava o alcaide nas deliberações realizadas pelo Legislativo Municipal em troca de valores em dinheiro, bem como tendo como contrapartida a indicação de pessoas para cargos da estrutura funcional da Prefeitura.

Aliás, na data de 06.09.2018 ele foi surpreendido pela Polícia Federal transportando valores em espécie semelhantes ao que supostamente recebia do prefeito, conforme bem destacou o e. Procurador-Geral de Justiça.

O *periculum libertatis* revela-se também existente, dada a gravidade da conduta em apuração, a habitualidade das ações ilícitas e a repercussão negativa perante a sociedade local.

Assim, a custódia cautelar se faz necessária para garantir a ordem pública, pois se trata da medida adequada e eficaz para, neste momento, desarticular a associação criminosa e interromper suas atividades ilícitas, estas que, inclusive, precedem à *notitia criminis* e perduraram até o momento da prisão.

Impende ressaltar que não se mostra adequada a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, pois nada garante serem tais providências suficientes para o resguardo da ordem pública.

Aliás, conforme já apontado na decisão agravada, condições pessoais favoráveis não tem o condão de, por si só, infirmarem o decreto de segregação cautelar, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Neste sentido:

“(…) 2. Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não têm o condão de, por si só, desconstituir a custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos que autorizem a decretação da medida extrema. (…)”. (STJ, RHC 104.774/RS, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Julgado em 27/11/2018, DJe em 12/12/2018).

Logo, reputo presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Sobre a prisão domiciliar, melhor sorte não socorre ao agravante André.

Neste particular, ele sustenta que se encontra extremamente delibilitado, requerendo, assim, a conversão da prisão preventiva em recolhimento domiciliar.

Ocorre que os documentos que instruem a pretensão apenas indicam que na data de 21.11.2018 (portanto, 05 dias antes do cumprimento do mandado de prisão) foi realizado pequeno procedimento cirúrgico no tornozelo esquerdo, em face do qual lhe foi recomendado repouso relativo, manter o pé para baixo e imobilizado, dentre outras precauções similares (f. 14 dos autos subjacentes).

Apesar de também diagnosticado com esofagite “*erosiva distal intensa, pangastrite enantematosa leve e bulboduodenite erosiva leve*”, inexistente demonstração de que tais circunstâncias lhe impedem de permanecer em cárcere.

Ora, a prisão domiciliar somente é possível nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 318 do Código de Processo Penal, bem como demanda comprovação idônea.

No caso em apreço, os documentos anexados pela defesa não indicam que o estado de saúde é grave a ponto de autorizar a substituição da segregação cautelar pela prisão em domicílio, mormente em razão de inexistir demonstração de que o estabelecimento prisional seja incapaz de oferecer o tratamento adequado.

Em casos similares, já decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO CAUTELAR – ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA – EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA AO CORRÉU – SITUAÇÃO PROCESSUAL DIVERSA – PRISÃO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À DEBILIDADE DE SAÚDE EXTREMA E DA IMPOSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – NÃO CONCESSÃO. É cabível a prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, mormente quando as circunstâncias evidenciam a necessidade de constrição cautelar diante da gravidade da conduta perpetrada. A extensão de efeitos ao corréu, nos termos do art. 580, do Código de Processo Penal, exige identidade de situações processuais. Ainda que demonstrado o fato de o paciente estar acometido por uma patologia, não havendo elementos de convicção de que seu atual estado de saúde é crítico, sendo possível a realização de tratamento adequado dentro do estabelecimento prisional, indevida será a conversão da custódia cautelar em prisão domiciliar. Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a legalidade do decreto prisional e não comprovação das alegações defensivas. (Habeas Corpus nº 1411593-41.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 12/11/2017, p: 19/11/2017)

EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS– RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE CHASSI – PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR – PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA DE BEHCET – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À DEBILIDADE EXTREMA E DA IMPOSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA. I- Ainda que demonstrado o fato de o paciente ser portador da doença de Behcet, ausente provas de que seu atual estado de saúde é crítico ou de ser impossível a realização de tratamento adequado dentro do estabelecimento prisional, denega-se a conversão da custódia cautelar em prisão domiciliar. II - Ordem denegada. COM O PARECER DA PGJ. (Habeas Corpus nº 1414326-14.2016.8.12.0000, Jardim, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 01/02/2017, p: 06/02/2017)

Inviável, portanto, o recolhimento domiciliar.

Conclusão

Em arremate, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível, para fins prequestionamento, a indicação pormenorizada de normas legais, até porquê a *vexata quaestio* confunde-se inteiramente com o tema debatido.

Destarte, ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo irretocada a decisão agravada.

A Sr^a. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (1ª vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Sr^a. Des^a. Elizabete Anache. (2ª vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º vogal)

Trata-se de agravo interno oposto por André Franco Caffaro em face da decisão monocrática proferida nos Autos nº 1601829-13.2018.8.12.0000, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva ou substituição por prisão domiciliar.

Alega em resumo que: os documentos anexados à inicial comprovam satisfatoriamente que sua saúde inspira cuidados especiais, sendo iminente o risco de contrair infecção por encontrar-se em período pós-operatório, sobretudo em razão de não estar recebendo a atenção médica necessária; os requisitos e pressupostos da prisão preventiva não foram atendidos, devendo prevalecer o princípio da presunção de inocência, e é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e reside no distrito da culpa. Assim, pugna pelo integral provimento do recurso para reformar a decisão agravada e, desse modo, conceder-lhe a liberdade provisória ou a prisão domiciliar.

Em seu voto, o e. relator, Des. Emerson Cafure, negou provimento ao recurso.

Com o devido respeito, vou divergir para prover em parte o agravo.

Consoante as informações reunidas, o agravante encontra-se preso preventivamente desde 26.11.2018 em razão da suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 288 e 317, § 1º, c/c art. 71, todos do Código Penal (associação criminosa e corrupção passiva majorada, em continuidade delitiva), que se encontram em apuração nos Autos nº 2000728-70.2018.8.12.0000, em trâmite nesta Corte. As circunstâncias que envolveram os supostos delitos foram assim sintetizados na denúncia:

“Consta dos autos de Procedimento Investigatório Criminal nº 06.2018.0001673-0 que os denunciados Carlos Anibal Ruso Pedroso, em pleno exercício do cargo de Prefeito Municipal e em virtude de seu efetivo desempenho, Andressa Moreira Anjos Paraquett, à época Secretária de Administração, Helder Naulle Paes dos Santos, Secretário de Educação, Augusto de Campos (Gugu), Lilian Maria de Moraes, Paulo Rogério Feliciano Barbosa, Osvalmir Nunes Da Silva (Baguá), André Franco Caffaro (Dedé), Agnaldo dos Santos Silva Junior (Magrela) e Vagner Gonçalves, vereadores de Ladário, livres e conscientes, cada qual a seu modo, associaram-se para o fim específico de cometer crimes, notadamente, delitos de corrupção ativa e passiva. Apurou-se, ainda, que os denunciados Lilian Maria de Moraes, Paulo Rogério Feliciano Barbosa, Osvalmir Nunes da Silva (Baguá), André Franco Caffaro (Dedé), Agnaldo dos Santos Silva Junior (Magrela) e Vagner Gonçalves, em razão de suas funções públicas como vereadores do Município de Ladário, solicitaram, ao denunciado Carlos Anibal Ruso Pedroso, Prefeito Municipal, vantagem indevida, consistente em indicação de pessoas para ocuparem cargos públicos junto ao Poder Executivo Municipal, bem como aceitaram vantagem econômica mensal, prometida e paga pelo denunciado Carlos Anibal Ruso Pedroso, Prefeito Municipal, algumas vezes de forma direta, outras por intermédio da denunciada Andressa Moreira Anjos Paraquett. Consta, também, que o denunciado Carlos Anibal Ruso Pedroso, Prefeito Municipal e em virtude de seu efetivo desempenho, diretamente ou por intermédio da denunciada Andressa Moreira Anjos Paraquett, unidos pela identidade de desígnios e agindo consoante os diretrizes da associação, prometeu vantagens indevidas a funcionários públicos, no caso, os vereadores de Ladário Lilian Maria de Moraes, Paulo Rogério Feliciano Barbosa, Osvalmir Nunes da Silva (Baguá), André Franco Caffaro (Dedé), Agnaldo dos Santos Silva Junior, Vagner Gonçalves, Fábio Peixoto de Araújo Gomes, Jonil Junior Gomes Barcellos e Daniel Benzi, consistentes na prerrogativa de indicarem nomes a cargos públicos junto ao Poder Executivo Municipal e vantagem econômica mensal em troca de apoio e votação favorável na Câmara Municipal. Assim agindo, os denunciados Carlos Anibal Ruso Pedroso, Andressa Moreira Anjos Paraquett e Helder Naulle Paes dos Santos incidiram nos crimes previstos nos artigos 288 e 333, parágrafo único, c/c art. 29, todos do Código Penal, e os denunciados Augusto De Campos (Gugu), Lilian Maria de Moraes,

Paulo Rogério Feliciano Barbosa, Osvalmir Nunes Da Silva (Baguá), André Franco Caffaro (Dedé), Agnaldo dos Santos Silva Junior e Vagner Gonçalves incorreram no disposto nos artigos 288 e 317, § 1º, ambos dos Código Penal.”

Por sua vez, a necessidade da prisão preventiva do agravante foi assim justificada (f. 474-495 dos Autos nº 2000728-70.2018.8.12.0000):

“(…) Conforme exposição indiciária acima, retratam os elementos informativos e provas irrepitíveis que as relações escusas entre os agentes públicos encontravam-se em franca expansão. Note-se que num primeiro momento, os vereadores aparentemente almejavam ‘lotear’ alguns cargos públicos no âmbito do Poder Executivo Municipal (especialmente a Secretaria Municipal de Educação) em contrapartida de apoio para inviabilizar a instauração de uma CPI em desfavor do denunciado Carlos Ruso. Este, ao depois, teria vislumbrado a possibilidade de angariar a adesão da maioria dos edis mediante contraprestação financeira mensal de R\$ 3.000,00. Em suma, os detentores dos mandatos eletivos aparentemente visavam a obtenção de vantagens indevidas diversas e, para tanto, associaram-se, agindo cada vez com maior intensidade, com especial auxílio dos secretários municipais Hélder e Andressa. De todo o vasto acervo de elementos informativos e provas cautelares e irrepitíveis listadas acima, observa-se que há, em tese, uma suposta organização criminosa agindo nos Poderes Executivo e Legislativo de Ladário, cujos agentes, olvidando dos princípios máximos que regem a Administração Pública (dentre os quais a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), servem-se de seus mandatos apenas para a manutenção de um ciclo vicioso de corrupção e acorbetamentos. Desse modo, verifica-se que, concretamente, caso não seja implementada rigorosa medida cautelar, o ciclo de ilicitudes certamente não cessará. Em adendo, vale ressaltar que além do risco concreto da continuidade da atividade delitiva, os substratos angariados pelas investigações apontam para a gravidade do fato, já que tudo isso tem culminado em embaraço à livre atuação do Poder Legislativo de Ladário e na incerteza quanto à higidez e gerência da administração municipal. Alie-se a isso a potencial repercussão social, tendo em vista os expressivos valores empregados para a sustentação do esquema. Veja-se que o ‘mensalinho’ possivelmente consistia no pagamento mensal de R\$ 3.000,00 a cada um dos 11 vereadores. A considerar que de maio a setembro de 2018 houvera a efetiva entrega mensal ao vereador Fábio de ‘cotas’ relativas a três parlamentares e, presumindo-se que também foram repassados aos demais membros do Poder Legislativo Municipal, chega-se ao montante de R\$ 165.000,00! Nesse prospecto, resta, de fato, necessária imposição da medida extrema condizente na prisão dos denunciados Carlos Anibal Ruso Pedrosa, Augusto de Campos, Lilian Maria de Moraes, Paulo Rogério Feliciano Barbosa, Osvalmir Nunes da Silva, André Franco Caffaro, Agnaldo dos Santos Silva Júnior, Vagner Gonçalves e Hélder Naulle Paes dos Santos, como forma de restabelecer a ordem pública, em atenção às exigências cautelares do art. 282 do Código de Processo Penal. (...)”

Em seu voto, o e. Relator reputa imprescindível a manutenção da prisão preventiva para “*dada a gravidade da conduta em apuração, a habitualidade das ações ilícitas e a repercussão negativa perante a sociedade local*”. Ademais, acrescentou que “*a custódia cautelar se faz necessária para garantir a ordem pública, pois se trata da medida adequada e eficaz para, neste momento, desarticular a associação criminosa e interromper suas atividades ilícitas, estas que, inclusive, precedem à notitia criminis e perduraram até o momento da prisão*”.

Porém, é necessário recordar que prisão em questão recai sobre Vereador de Ladário (MS), primário, domiciliado naquela cidade, enfermo (portador de esofagite erosiva distal intensa, pangastrite enantematosa leve e bulbodoudenite erosiva leve), que, como visto alhures, encontra-se enclausurado provisoriamente há mais de três meses em razão de hipotéticos delitos que, embora aparentemente graves, são desprovidos de violência ou grave ameaça à pessoa. Denota-se que, afora o cárcere cautelar, foi imposto ao agravante o afastamento do exercício de seu cargo.

É preciso ressaltar, ademais, que a denúncia foi oferecida em 19.10.2018 e a prisão preventiva foi decretada apenas em 13.11.2018. Referidas circunstâncias são relevantes porque, segundo a denúncia, os supostos delitos ocorreram “*desde maio de 2018, até pelo menos setembro de 2018*”. Portanto, não procede

a afirmação constante na decisão no sentido de que os hipotéticos crimes “*perduraram até o momento da prisão*”. Ao contrário, segundo a exposição ministerial, a dita associação criminosa já havia interrompido suas supostas atividades precedentemente ao oferecimento da inicial acusatória.

Aliás, merece ser destacado que, embora a denúncia tenha sido oferecida em outubro do ano passado e o agravante se encontra preso há mais de 90 dias, a denúncia nem sequer foi recebida. Assim, malgrado o tempo de prisão já ultrapassado, não houve pronunciamento desta Corte acerca da existência de suporte probatório mínimo da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria. Além disso, não há previsão para o encerramento da instrução e, em consequência, para a soltura do agravante.

Se não bastasse, rememore-se que os hipotéticos delitos foram em tese praticados no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo do município de Ladário (MS). Ocorre que, paralelamente ao decreto prisional, foi imposta ao agravante a suspensão de seu cargo, medida que logicamente obsta a possibilidade de reiteração de tais condutas, pois o agravante está afastado da administração pública. Aliás, os co-denunciados encontram-se igualmente presos e/ou afastados de suas funções.

Referidas circunstâncias, somadas ao fato de não haver nos autos notícias de envolvimento do recorrente em outros delitos, indicam a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas.

Sobre o tema, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal segue no sentido de que “*a prisão preventiva é a ultima ratio, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do periculum libertatis (art. 282, § 6º, CPP)*” (Inq 3842 AgR-segundo-AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014).

Na decisão foi mencionada a necessidade de evitar a “*repercussão negativa perante a sociedade local*”. Sobre o tema, porém, o Supremo Tribunal Federal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, “*nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade*” (HC 101537, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no Informativo nº 783, de 27 de abril a 1º de maio de 2015, repisou o caráter excepcional da prisão preventiva, assim como a possibilidade de ser utilizada apenas, e tão somente, quando absolutamente necessária e insubstituível para a garantia da ordem pública e econômica, para a conveniência da instrução criminal e para eventual aplicação da lei penal, pois, do contrário, representaria mera pena antecipada, com ofensa à basililar garantia da presunção de inocência.

Na mesma oportunidade, a Corte Suprema revisitou a necessidade, conforme alerta da doutrina, de desconstruir os falaciosos argumentos relativos à necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, quando baseados na gravidade dos delitos, assim como para recuperar a credibilidade das instituições, destacando que a sociedade deveria compreender que é preciso, para que haja verdadeira confiança no poder instituído, que este mantenha o regime de estrito cumprimento da lei, tanto na apuração e julgamento dos delitos, como na vigilância e preservação dos princípios constitucionais em jogo. A Corte, ainda, passou firme recado sobre o caráter provisional da prisão preventiva e o dever do magistrado de substituí-la por medidas cautelares mais brandas tão logo verificar que estas se tornaram suficientes para as suas finalidades.

Sobre o assunto, Aury Lopes Júnior ensina:

“(...) a provisionalidade adquire novos contornos com a pluralidade de medidas cautelares agora recepcionadas pelo sistema processual, de modo a permitir uma maior fluidez na lida, por parte do juiz, dessas várias medidas. Está autorizada a substituição de medidas por outras mais brandas ou mais graves, conforme a situação exigir, bem como cumulação ou mesmo revogação, no todo ou em parte (...)”. (in Direito Processual Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013)

Assentadas essas premissas, a despeito dos receios vislumbrados pelo e. relator, afigura-me suficiente substituir a prisão preventiva do agravante pelas seguintes medidas cautelares: compromisso de comparecer aos atos do processo, não se mudar de residência, tampouco ausentar-se da comarca por período superior a 8 dias sem prévia comunicação à autoridade processante e comparecimento mensal no juízo de residência, para informar e justificar atividades;

Espera-se que, com tais providências, todos os riscos sejam sanados, resguardando-se a manutenção da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a eventual aplicação da lei penal.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de divergir do e. relator para dar parcial provimento ao agravo interno oposto por André Franco Caffaro a fim de substituir a sua prisão preventiva, relativa aos autos epigrafados, por medidas cautelares mais brandas, acima elencadas, sem prejuízo da suspensão do exercício do mandato eletivo.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao agravo por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 5º vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des^a Elizabete Anache, Juiz Lúcio R. da Silveira, Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 20 de março de 2019.

1ª Câmara Criminal

Apelação nº 0000522-52.2016.8.12.0003 - Bela Vista

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUTODEFESA – FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA – INACOLHIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O delito previsto no artigo 304, CP (uso de documento falso) “(...) *Trata-se de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado: consuma-se com a efetiva utilização, ainda que por uma única utilização, ainda que por uma única vez, de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem aos arts. 297 a 302 do Código Penal*”(…) (MASSON, Cléber. Direito penal: Parte Especial. 7. ed. Método, 2017, v. 3, p.556).

Não há que se falar em atipicidade da conduta, porquanto é certo que nos moldes da Súmula 522, STJ, *a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.*

Não importa se o agente entregou o documento mediante prévia solicitação da autoridade, ou se dele fez uso espontaneamente. Em quaisquer uma das situações está tipificada a conduta prevista no art. 304, do Código Penal.

Não há que se falar em falsificação grosseira eis que o documento se aproxima do verdadeiro e “(...) *é irrelevante o fato de o policial ter desconfiado de sua inautenticidade ao visualizar o documento, haja vista ser ele profissional treinado e acostumado a lidar e verificar carteiras nacionais de habilitação*” (TJRS, AC 70046669461, Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira, j. 26.4.2012).

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, com o parecer, conhecer do recurso e negar provimento.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Vanderson Cardoso interpõe recurso de apelação (f. 335-340), manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 323-326) que o condenou à pena de dois anos de reclusão e dez dias-multa, por infração ao art. 304 do CP, a ser cumprida no regime aberto, substituída por duas restritivas de direito.

Em suas razões recursais, pugna o apelante pelo reconhecimento da atipicidade da conduta, com a consequente absolvição do apelante com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 352-357), pugna pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer (f. 366-371), opina, diante da incidência da Súmula nº 522/STJ, pelo conhecimento e improvimento do recurso defensivo interposto, mantendo-se incólume a sentença hostilizada.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Vanderson Cardoso interpõe recurso de apelação (f. 335-340), manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 323-326) que o condenou “à pena de dois anos de reclusão e dez dias-multa, por infração ao art. 304 do CP, a ser cumprida no regime aberto, substituída por duas restritivas de direito”.

Consta da denúncia (f. 01-03) que:

“Consta no incluso inquérito policial que, no dia 9 de abril de 2016, por volta das 11h, na Rua Almirante Barbosa, Centro, o denunciado Vanderson Cardoso, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, fez uso de documento público falso.

Segundo apurado, no dia dos fatos, policiais militares receberam a informação de que uma pessoa foragida da justiça do estado do Paraná se encontrava na Rua Almirante Barroso, próximo ao Mercado denominado “São Geraldo”.

No local, os policiais militares abordaram o denunciado que, na ocasião, identificou-se como Vinicius Aldo da Silva, inclusive apresentando a carteira de identidade nº 9.453.518-2, expedida pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná.

Levado para a delegacia de polícia, os policiais constataram que a carteira de identidade apresentada pelo denunciado era falsa e, ainda, que o seu verdadeiro nome era Vanderson Cardoso.

Necessário salientar que o denunciado Vanderson Cardoso portou e, posteriormente, apresentou documento de identidade falso, com a finalidade de não ser identificado e localizado pelas autoridades públicas, já que é foragido do sistema prisional do Paraná/PR, inclusive com mandado de prisão em aberto pela prática de outros crimes.

Diante da sentença condenatória, Vanderson Cardoso interpõe recurso de apelação pugnando pelo reconhecimento da atipicidade da conduta, com a consequente absolvição do apelante com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.”

Passo à análise do pleito recursal.

A materialidade delitiva restou demonstrados nos autos, através do auto de prisão em flagrante (f. 05-06) Boletim de ocorrência nº 360/2016-DP-Bela Vista, auto de exibição e apreensão (f. 22), Laudo Pericial nº 123.972 (f. 252-258).

No que concerne à autoria, anoto que como é de ordinária sabença, a prática do delito do art. 304 do CP, imputado ao apelante, depende, para que se verifique, que o agente faça uso, efetivamente, do documento falso, não bastando seu porte ou a simples posse, pois a lei não contempla os verbos “portar” e “possuir”.

A propósito, transcrevo o preceito primário do referido preceptivo legal para que fique claro o núcleo do tipo: “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302”.

Acerca da matéria, impende registrar que:

(...) Trata-se de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado: consuma-se com a efetiva utilização, ainda que por uma única utilização, ainda que por uma única vez, de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem aos arts. 297 a

302 do Código Penal... (MASSON, Cléber. Direito penal: Parte Especial. 7. ed. Método, 2017, v. 3, p.556).

No caso, restou comprovado que o documento apresentado à autoridade policial era inautêntico, eis que conforme o laudo de f. 258, concluiu-se que:

(...) A carteira de identidade em nome de Vinicius Aldo da Silva, espelho nº 10.123.126-7, Registro Geral nº 9453518-2 não apresenta os elementos de segurança comuns a este tipo de documento oficial, tratando-se, portanto de documento inautêntico.

O apelo defende que “há que se reconhecer a atipicidade do delito, ainda que o autor tenha praticado o fato, eis que, agiu em defesa própria, e só usou o documento porque foi solicitado pelos policiais”. Demais disso, argumenta que: “(...) a conduta praticada pelo apelante deve ser considerada atípica, pois para caracterizar o delito de uso de documento falso é imprescindível que a falsificação do documento tenha o condão de iludir o homem médio, o que não ocorreu no presente caso.”

No caso restou comprovado que apelante fez uso do documento falso, porquanto o mesmo foi apresentado aos policiais. Tanto é assim que, em seus depoimentos, os milicianos afirmam que lhes foi apresentado o documento inautêntico.

No que à alegada atipicidade da conduta, o que se tem é que a tese deve ser rechaçada, porquanto é certo que nos moldes da Súmula 522, STJ, *A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.*

Neste sentido:

2. O 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 caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa; (AgRg no AREsp 138.807/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015)

E mais: não importa se o agente entregou o documento mediante prévia solicitação da autoridade, ou se dele fez uso espontaneamente. Em quaisquer uma das situações está tipificada a conduta prevista no art. 304, do Código Penal, eis que:

(...) A circunstância de o documento falsificado ser solicitado pelas autoridades policiais não descaracteriza o crime do art. 304 do Código Penal (STJ, AgRg no REsp 1369983/RS Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T.)

Por fim, no que tange à alegação de que a falsificação era grosseira, o que se tem é que a testemunha Waldinei Afonso afirma que Vanderson apresentou o documento de identidade afirmando ser Vinicius, mas o outro integrante da equipe achou “diferente o papel”. Na delegacia foi feito o reconhecimento das tatuagens, onde o apelante admitiu ser o Vanderson, e que a era foragido da justiça do Paraná.

A outra testemunha Davi Ferreira de Andrade, falou que “ao pegar o documento percebeu que era um papel um pouco diferenciado”. Que na delegacia foi confirmado que o Vanderson não era quem afirmava ser.

Ora, como é de ordinária sabença, segundo a posição majoritária de nossos Tribunais, a falsificação grosseira não tem o condão de configurar o delito de falso.

Outrossim, no caso em apreço, como bem pontuado pela Procuradoria Geral de Justiça:

(...) inviável a sustentação de atipicidade por ser a falsificação grosseira: a uma, porque a falsificação de fato se aproxima da realidade, omitindo itens de segurança que obviamente são encontrados somente nos documentos verdadeiros, por sua própria razão de

ser; a duas porque o réu não produziu os documentos falsos, mas os comprou na tentativa de permanecer foragido da penitenciária de Londrina, evidenciando que não compraria um documento com falsidade grosseira, como faz crer, porque lhe seria inútil para sua intentada.

Ademais, os policiais militares, acharam o documento apresentado “um pouco diferente”. Veja-se que isso não é uma confirmação de que a falsificação era grosseira e, sim, referida desconfiança se deu por serem os mesmos treinados. Neste tom:

(...) é irrelevante o fato de o policial ter desconfiado de sua inautenticidade ao visualizar o documento, haja vista ser ele profissional treinado e acostumado a lidar e verificar carteiras nacionais de habilitação. (TJRS, AC 70046669461, Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira, j. 26.4.2012).

Consequentemente, a manutenção do édito condenatório é providência que se impõe.

Do prequestionamento

No que tange ao prequestionamento, despicienda qualquer abordagem específica ou pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que todas os argumentos deduzidos pelas partes foram enfrentados para o deslinde da questão.

Por todo o exposto, com o parecer, conheço e nego provimento ao apelo defensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Emerson Cafure e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0833746-80.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO – RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – INTERESSE AO PROCESSO – PROBABILIDADE DE CONFISCO – ORIGEM LÍCITA NÃO DEMONSTRADA – RECURSO IMPROVIDO.

Para ter lugar a restituição de coisas apreendidas, devem estar presentes estes 03 (três) requisitos: não interessarem ao processo (art. 118); o bem não ser confiscável (art. 119, do CPP c/c o art. 91, inciso II, do CP) e haver comprovação da propriedade (art. art. 120, do CPP).

A defesa não logrou comprovar a origem lícita do numerário. Portanto, pairam fundadas dúvidas acerca da origem da quantia apreendida, havendo a possibilidade de perdimento de tais bens, por força de mandamento constitucional (art. 243 da CF), o que será avaliado por ocasião da sentença meritória.

Deste modo, resta extrema de dúvidas o interesse na manutenção da apreensão dos bens, porque estes interessam ao processo, de modo que não se mostram presentes os três requisitos cumulativos, acima elencados, para a restituição do dinheiro.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Juliana Lopes Ramires interpõe recurso de apelação contra a decisão que indeferiu seu pedido de restituição da quantia de R\$ 68,00 (sessenta e oito reais) e R\$ 1.048,00 (um mil e quarenta e oito reais), apreendidos nos Autos nº 0007591-04.2018.812.0800.

Alega a apelante, em síntese, que os valores têm origem lícita e não há necessidade de manutenção da apreensão.

Requer, por isso, a restituição do numerário apreendido.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Juliana Lopes Ramires contra a decisão que indeferiu seu pedido de restituição da quantia de R\$ 68,00 (sessenta e oito reais) e R\$ 1.048,00 (um mil e quarenta e oito reais), apreendidos nos Autos nº 0007591-04.2018.812.0800.

Alega a apelante, em síntese, que os valores têm origem lícita e não há necessidade de manutenção da apreensão.

Requer, por isso, a restituição do numerário apreendido.

Da análise dos autos da apelação e do processo na origem, nota-se que a apelante foi presa em flagrante pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas, oportunidade em que foi apreendida, na residência da flagrada, a quantia em dinheiro acima referida.

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra a apelante, narrando, basicamente, o seguinte:

“Na ocasião dos fatos, a denunciada Juliana Lopes Ramires estava em frente a uma residência no bairro Guanandi, nesta cidade de Campo Grande, MS, local conhecido por ser ponto de comércio de drogas ilícitas, foi abordada por policiais civis que encontraram R\$ 68,00 em notas trocadas escondidas em suas vestes íntimas. E, ao ser indagada acerca do dinheiro, a denunciada, apresentando muito nervosismo, disse que não trabalhava e não soube explicar a origem da quantia mencionada. Ato contínuo, os referidos policiais civis acompanharam a denunciada Juliana Lopes Ramires até a sua residência, onde encontraram no lado interno do muro em buracos de tijolos 07 porções de pasta base cocaína, prensado 47,20 gramas, como também no interior da residência foram localizados R\$ 1.048,00, divididos em várias notas de pequeno valor, 01 balança de precisão e 04 rolos filme plástico usados para embalar as drogas e 01 prato com resíduos da mesma substância.

A denunciada Juliana Lopes Ramires (f. 07-08) confessou que estava realizando tráfico de entorpecentes no momento em que foi abordada pelos policiais civis. Afirmou que adquiriu as drogas de um indivíduo que conhece apenas pela alcunha de Cleitinho, morador do bairro Nhá-Nhá (não identificado), sendo que lhe pagava a quantia de R\$ 100,00 “por caixa”, fracionava as porções em pedras menores e lucrava, aproximadamente, R\$ 100,00 por cada “caixa” que vendia fracionada. Por fim, afirmou que já foi presa por tráfico de drogas e estava sendo monitorada por tornozeleira eletrônica.”

A denúncia foi integralmente recebida.

Pois bem.

Para ter lugar a restituição de coisas apreendidas, devem estar presentes 03 (três) requisitos, quais sejam: as coisas não interessarem ao processo (art. 118); o bem não ser confiscável (art. 119, do CPP c/c o art. 91, inciso II, do CP) e haver comprovação da propriedade (art. 120, do CPP).

No caso versando, afigura-se inegável que a quantia em questão ainda interessa à ação penal movida em desfavor da apelante, eis que sequer foi realizada a audiência de instrução e julgamento.

Ademais, ao que se observa dos autos, o dinheiro estava na posse de Juliana quando da abordagem policial, na residência onde as drogas estavam armazenadas, ocasião em que foi apreendido, em razão de pairarem dúvidas quanto à sua origem.

Não bastasse, apesar de a defesa alegar que os valores são provenientes do “auxílio bolsa família” e da venda de roupas e “crochês”, não logrou comprovar a origem lícita do numerário.

Como bem destacado na sentença de f.47-48, “o documento de f. 43 apenas denota o pedido de peças de roupas, sem qualquer comprovação de que os valores foram recebidos como contraprestação da venda das mercadorias pela requerente.”

Ou seja, pairam fundadas dúvidas acerca da origem da quantia apreendida, havendo a possibilidade de perdimento de tais bens, por força de mandamento constitucional (art. 243 da CF), o que será avaliado por ocasião da sentença meritória.

Deste modo, resta extrema de dúvidas o interesse na manutenção da apreensão dos bens, porque estes interessam ao processo, de modo que não se mostram presentes os três requisitos cumulativos, acima elencados, para a restituição do dinheiro.

No que tange ao prequestionamento suscitado, despicienda abordagem específica ou pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que a matéria neles contemplada foi completamente examinada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso manejado por Juliana Lopes Ramires e mantenho integralmente a decisão investivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Emerson Cafure e Des^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

1ª Câmara Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 0803440-74.2018.8.12.0019 - Ponta Porã

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – RESE – REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – INADMISSIBILIDADE – RECEBIMENTO COMO *HABEAS CORPUS* – DECISÃO FUNDAMENTADA – INTERROGATÓRIO POLICIAL – PROCEDIMENTO DISPENSÁVEL – PRESENTES O *FUMUS COMISSI DELICTI* E O *PERICULUM LIBERTATIS* – ORDEM DENEGADA

O caso em apreço, que trata do indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva, não se enquadra em quaisquer das hipóteses legais que ensejam o manejo do recurso em sentido estrito. Nada obstante, por estar em jogo questão afeta à liberdade humana, é de rigor o recebimento do presente recurso como *habeas corpus*.

Se o titular da ação penal dispõe de substrato mínimo necessário para iniciar a persecução penal sem a oitiva do acusado, o inquérito se mostra dispensável, não trazendo qualquer prejuízo à defesa a ausência de interrogatório policial, porque na fase administrativa não se aplicam a ampla defesa e o contraditório.

O *fumus comissi delicti*, ou seja, “a fumaça do cometimento do delito”, infere-se da prova da materialidade e dos indícios de autoria, o qual na espécie demonstra-se por meio do recebimento da denúncia contra a paciente, momento em que foi constatada a presença de justa causa para a ação penal.

A prisão foi decretada como forma de acautelar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito, “*considerando que foram encontradas drogas de alto poder lesivo conhecida como “super maconha”, destinado ao consumo de terceiros*”, estando presente, portanto, o *periculum libertatis*.

Recurso em sentido estrito recebido como *habeas corpus*. Ordem denegada.

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, contra o parecer, receber o presente recurso como *habeas corpus*, porém, denegar a ordem.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Rosemary Martins Gonzalez Ramos contra a decisão, proferida pelo juiz da 2ª Vara Criminal de Ponta Porã, que indeferiu o requerimento de revogação da prisão preventiva da recorrente.

Alega a defesa que a requerente nunca foi intimada para ser ouvida em sede policial, possui residência fixa e ocupação lícita, sendo de rigor, portanto, a revogação da prisão preventiva.

O Ministério Público, em contrarrazões, requer o não conhecimento e, no mérito, o improvimento do recurso.

Parecer da PGJ pelo não conhecimento da insurgência.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Rosemary Martins Gonzalez Ramos contra a decisão, proferida pelo juiz da 2ª Vara Criminal de Ponta Porã, que indeferiu o requerimento de revogação da prisão preventiva da recorrente.

Alega a defesa que a requerente nunca foi intimada para ser ouvida em sede policial, possui residência fixa e ocupação lícita, sendo de rigor, portanto, a revogação da prisão preventiva.

A decisão atacada não desafia recurso em sentido estrito, como se infere do rol das hipóteses de cabimento, elencado no artigo 581, do CPP, *verbis*:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV - que pronunciar o réu; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008);

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (Redação dada pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989);

VI - que absolver o réu, nos casos do art. 411; (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008);

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

XXI - que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;

XXII - que revogar a medida de segurança;

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

Conforme se observa do inciso V, do referido dispositivo legal, o RESE é o recurso hábil a atacar decisão que tenha indeferido requerimento de prisão preventiva ou a tenha revogado, concedendo liberdade provisória ou relaxando a prisão em flagrante.

O caso em apreço, que trata do indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva, não se enquadra em quaisquer das hipóteses legais que ensejam o manejo do recurso em sentido estrito.

Nada obstante, por estar em jogo questão afeta à liberdade humana, tenho por bem receber o presente recurso como *habeas corpus*, analisando a legalidade do decreto prisional.

Pois bem.

É cediço que a decretação da prisão preventiva, como medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, submete-se, rigorosamente, à presença concomitante e indispensável dos seguintes pressupostos: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* (art.312 CPP).

O *fumus comissi delicti*, ou seja, “a fumaça do cometimento do delito”, infere-se da prova da materialidade e dos indícios de autoria, o qual na espécie demonstra-se por meio do recebimento da denúncia contra a paciente, momento em que foi constatada a presença de justa causa para a ação penal.

A propósito, o argumento de que a paciente não foi ouvida em sede policial e sequer indiciada não tem o condão de afastar a presença do *fumus comissi delicti*.

Isto porque o inquérito policial não é pressuposto para a propositura da ação penal, por ser peça meramente informativa, sendo dispensável diante da existência de elementos suficientes de convicção para fundamentar a denúncia.

Nessa perspectiva, se o titular da ação penal dispõe de substrato mínimo necessário para iniciar a persecução penal sem a oitiva do acusado, o inquérito se mostra dispensável, não trazendo qualquer prejuízo à defesa a ausência de interrogatório policial, porque na fase administrativa não se aplicam a ampla defesa e o contraditório.

Aliás, não por outro motivo, ao magistrado é vedado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação (art.155 do CPP), de maneira que não há qualquer ilegalidade na falta de oitiva inquisitorial da paciente, que poderá agora, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, fazer prova de suas alegações.

Portanto, não é necessário, para a decretação da prisão preventiva ou para o recebimento da denúncia provas exaurientes da autoria, bastando indícios de que o acusado tenha participado da infração penal.

E, na hipótese, estes indícios estão presentes contra a paciente, uma vez que foram encontrados, depositados em residência de sua propriedade, 19,200 kg de maconha/skunk (conforme depoimentos colhidos no inquérito). Além disso, há elementos indicativos de que a paciente agia em associação com mais dois agentes.

A materialidade do delito também está comprovada pelo laudo de constatação preliminar da droga, acostado aos autos principais (Autos 0005652-04.2018.8.12.0019).

Por sua vez, o *periculum libertatis* exige um juízo acerca do perigo que a liberdade do paciente poderá oferecer à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal, ou à aplicação da lei penal.

No caso dos autos, a prisão foi decretada como forma de acautelar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito, “*considerando que foram encontradas drogas de alto poder lesivo conhecida como “super maconha”, destinado ao consumo de terceiros*”.

Assim, suficientemente fundamentada a decisão da autoridade apontada como coatora, uma vez que a natureza da droga é argumento suficiente para a decretação da medida extrema. Veja-se, nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

HABEASCORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DENEGADA.

1. A decretação da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso, que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, mormente em virtude da quantidade de drogas apreendidas e apetrechos normalmente utilizados na prática do tráfico.

2. Os fundamentos da decisão que decretou a prisão preventiva não se mostram desarrazoados ou ilegais, considerando-se, sobretudo, as circunstâncias da prática delitiva e a grande quantidade de droga envolvida, qual seja, “1 (um) tijolo de maconha, com peso de 868 gramas, 3 (três) pinos de cocaína, balança de precisão, diversas embalagens para acondicionamento de tóxicos, além de 1 (uma) pistola calibre 380 e 9 (nove) munições intactas” (l. 30), o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é motivo apto a justificar a segregação cautelar como garantia da ordem pública.

3. De fato, consoante pacífico entendimento desta Corte Superior, “a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva” (RHC 102.733/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/10/2018, DJe 11/10/2018).

4. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não é apta a desconstituir a prisão processual, caso estejam presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a imposição da medida extrema, como verificado na hipótese.

5. Ordem denegada. (HC 480.320/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 28/02/2019)”

Além disso, a quantidade da droga é expressiva e o *modus operandi* do delito, em tese, perpetrado em associação, evidencia a periculosidade social da paciente.

Deste modo, demonstrada pelo juiz *a quo*, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Ademais, a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela, como na hipótese.

No tocante ao prequestionamento, é despicienda a análise pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que todas as matérias ventiladas no recurso foram suficientemente debatidas e decididas.

Pelas razões expendidas, contra o parecer, recebo o presente recurso como *habeas corpus*, porém, denego a ordem, mantendo a prisão preventiva de Rosemary Martins Gonzalez Ramos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, receberam o presente recurso como *habeas corpus*, porém, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Emerson Cafure e Des^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 19 de março de 2019.

2ª Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001010-15.2015.8.12.0044/50000

Sete Quedas

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL – PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE DOLO – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO AFASTA O DOLO – TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* – AÇÃO LIVRE NA CAUSA – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS, CONTRA O PARECER.

A embriaguez quando preordenada, voluntária ou culposa, não exclui a culpabilidade, dado que nosso ordenamento jurídico adotou a chamada teoria da *actio libera in causa*. Somente a embriaguez acidental, em razão da ingestão do álcool ou de substâncias entorpecentes, exclui a imputabilidade, nos termos do art. 28, II, do Código Penal.

O crime de desacato consuma-se com a palavra grosseira ou o ato ofensivo contra a pessoa que exerce a função pública, de modo que, comprovada a materialidade e autoria pelo acervo probatório, relativamente à intenção de desprestígio à função pública, o dolo de ofensa, e não mera liberdade de expressão, resta configurado o delito de desacato.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

Campo Grande, 13 de março de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Elias Conceição Costa ofertou embargos infringentes, porquanto irrisignado com o posicionamento consubstanciado no acórdão (f. 143-151) da 2ª Câmara Criminal deste Sodalício, que, por maioria, negaram provimento ao recurso de apelação que interpôs, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 2º vogal.

Objetiva, com os embargos ofertados, a prevalência do voto proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que absolveu réu da prática do delito de desacato.

Sustenta a atipicidade da conduta do embargante, ante a ausência de dolo específico, eis que o mesmo encontrava-se embriagado na oportunidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, determinou-se o processamento dos embargos (f. 09), posicionando-se a Procuradoria-Geral de Justiça, a seguir, pelo conhecimento e acolhimento dos embargos, para o fim de absolver o embargante da imputação relativa ao delito previsto no art. 311, do Código Penal. (f. 14-16).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignação manifestada por Elias Conceição Costa em face do acórdão (f. 143-151) da 2ª Câmara Criminal deste Sodalício, que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação interposto, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 2º vogal.

Almeja a prevalência do voto proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que o absolveu da prática do delito de desacato.

Sustenta a atipicidade da conduta, diante da ausência de dolo específico, posto que encontrava-se embriagado na oportunidade.

Consta que no dia 06 de setembro de 2015, por volta das 18 horas e 45 minutos, na Rua Rui Barbosa, centro, em Sete Quedas/MS, o embargante, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com dolo, sob efeito de bebida alcoólica, conduziu veículo automotor em via pública, gerando perigo de dano devido à capacidade psicomotora alterada em razão de influência de álcool.

Consta, ainda, que no mesmo dia, hora e local supracitados, teria desacatado funcionários públicos no exercício de suas funções, proferindo xingamentos no momento da abordagem, dizendo: “*não é da sua conta, seu otário*”.

A Segunda Câmara Criminal, por maioria, nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença, vencido o 2º vogal, restando formalizada a correspondente ementa:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO - ART. 306 CTB – DESACATO – ART. 331 DO CP – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR – REJEIÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA DO DIREITO DE DIRIGIR POR MEDIDA MENOS GRAVOSA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Não há se falar em absolvição por insuficiência de provas, uma vez que restaram devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade delitiva do apelante, notadamente pela confissão agente que disse ter ingerido 6 latas de cerveja, pelo depoimento dos policiais militares que atenderam a ocorrência, bem assim pelo termo de constatação de embriaguez.

Ainda que se tenha reconhecido a repercussão geral sobre a aplicação da pena de suspensão da habilitação aos motoristas profissionais no RE 607107 RG/MG, o STF jamais declarou inconstitucional tal penalidade, o que tem sido mantido pelo STJ em diversos julgados, sob o fundamento de que é justamente de tal categoria que se espera maior cuidado e responsabilidade no trânsito, levando, portanto, ao afastamento do reconhecimento incidental de tal arguição.

Cominando o art. 306 do CTB especificamente a aplicação da pena restritiva de direito consistente na suspensão do direito de dirigir não cabe ao julgar substituí-la por outra menos gravosa, sob pena de decisão contra legem.

Nada obstante o respeito devido à divergência, comungo do posicionamento adotado pela maioria no julgamento do recurso de apelação.

Ocorre que o estado de embriaguez do agente não possibilita a exclusão do dolo em razão da ausência de discernimento da ilicitude da conduta, aplicando-se ao caso versando a teoria *actio libera in causa*.

Mister se faz salientar que o crime de desacato consuma-se com a palavra grosseira ou o ato ofensivo contra a pessoa que exerce a função pública, incluindo ameaças e palavras de baixo calão. O núcleo do tipo é ofender, humilhar, agredir, desprestigiar o funcionário público.

O bem jurídico tutelado é o prestígio, a dignidade, o respeito devido à função pública, a probidade administrativa, enfim, o interesse público estatal a ser resguardado, sob pena de se aniquilar a autoridade do Estado.

Trata-se de crime praticado de forma livre, admitindo diversos meios de execução, tais como palavras, gritos, gestos, vias de fato ou qualquer ato que signifique irreverência, menosprezo ou desprestígio para com o sujeito passivo.

É justamente o que vislumbra-se ter ocorrido no caso em pauta.

Restou evidenciado que no dia 06 de setembro de 2015, por volta das 18 horas e 45 minutos, na Rua Rui Barbosa, centro, em Sete Quedas/MS, o recorrente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desacatou funcionários públicos no exercício de suas funções, proferindo xingamentos contra eles no momento da abordagem, chamando-os de otários.

E tal cenário desenvolveu-se no momento em que os policiais encontravam-se no exercício de suas funções, procuravam consumir a diligência então iniciada. Não se trata, pois, de ofensas meramente pessoais, e sim, dirigidas aos funcionários públicos que, naquela oportunidade, contrariavam os desejos e os propósitos do acusado.

Não há, ainda, que se argumentar que o embargante, naquele momento, tivesse em mente apenas expressar sua irresignação quanto à abordagem, pois não se pode olvidar que, mesmo para tanto, há limites que devem ser respeitados, os quais, uma vez transpostos, tal como verificou-se no caso versando, conduzem à configuração de desacato, porque trazem a lume a intenção de ofender, de apequenar e menosprezar.

Portanto, em razão da ocorrência de afronta à honra subjetiva dos agentes policiais, que se encontravam no exercício de suas atribuições públicas, emerge a prática da conduta delineada no artigo 331 do Estatuto Repressor.

Sustenta-se ausência do elemento subjetivo do crime, posto que o embargante encontrava-se embriagado na ocasião.

Sem razão, consoante salientado alhures.

Preconiza o art. 28, II, §§ 1º ou 2º, do CP que:

“Art. 28 - II, § 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Sabido que a embriaguez quando preordenada, voluntária ou culposa, não exclui a culpabilidade, dado que o nosso ordenamento jurídico adotou a chamada teoria da *actio libera in causa*, ou seja, quando o agente,

“(…) no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositalmente, com a intenção

de produzir o evento danoso, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou ainda, quando a poderia ou devia prever”¹.

Em outras palavras, a embriaguez não acidental, “*jamais exclui a responsabilidade do agente, seja voluntária, culposa, completa ou incompleta. Isso porque ele, no momento em que ingeria a substância era livre para decidir se devia ou não o fazer. A conduta, mesmo quando praticada em estado de embriaguez completa, originou-se de um ato de livre arbítrio do sujeito, que optou por ingerir a substância quando tinha possibilidade de não o fazer*”. Nosso ordenamento jurídico considera, portanto, “*o momento da ingestão da substância e não o da prática delituosa*”, assim é que o agente:

“(...) Embora tivesse perdido a capacidade de compreensão no momento da conduta delituosa, não pode invocar tal incapacidade momentânea a seu favor, pois, no momento em que ingeria a substância psicotrópica, era plenamente livre para decidir se devia ou não fazê-lo.”²

Assim somente a embriaguez acidental, não a culposa ou voluntária, exclui a imputabilidade.

Nesse pórtico, farta a jurisprudência deste Sodalício Estadual:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – DESCONTROLE EMOCIONAL – USO VOLUNTÁRIO DE ÁLCOOL – EXCLUSÃO DO DOLO ESPECÍFICO – IMPOSSIBILIDADE – TIPICIDADE E IMPUTABILIDADE CONFIGURADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL – LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – CONSUNÇÃO – INOCORRÊNCIA – CONCURSO FORMAL PERFEITO – INAPLICABILIDADE – AUTONOMIA ENTRE OS CRIMES – MOMENTOS CONSUMATIVOS DISTINTOS – CONTEXTOS DIVERSOS – CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO – PENA SUBSTITUTIVA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – REVISÃO – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. I – A exaltação de ânimo provocada por descontrole emocional não tem o condão de afastar o dolo da conduta de insultar policiais militares no exercício da função. Relativamente à embriaguez, quando voluntária ou culposa, não se presta a remover a imputabilidade penal do agente (art. 28, II, do Código Penal) pois, pela teoria da actio libera in causa, deve-se considerar o momento anterior à embriaguez, no qual o agente espontaneamente decidiu consumir bebida alcoólica, para aferição da responsabilidade penal. (Apelação nº 0014758-80.2014.8.12.0002 - Dourados Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. 3ª Câmara Criminal. 1º.11.2018)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE DOLO – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO AFASTA O DOLO – PRINCÍPIO DA ACTIO LIBERA IN CAUSA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ROMPIMENTO OU DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO – LAUDO PERICIAL – DESNECESSIDADE – UTILIZAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – CONCURSO DE PESSOAS – QUALIFICADORAS MANTIDAS – REDUÇÃO DA PENA BASE E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO – AFASTADAS – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CP DESFAVORÁVEIS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. - A embriaguez quando preordenada, voluntária ou culposa não exclui a culpabilidade, dado que o Códex adotou a chamada teoria da actio libera in causa. Ademais, não há comprovação da existência de embriaguez acidental completa decorrente de caso fortuito ou força maior, ou causas patológicas, hipóteses em que se excluiria a culpabilidade do agente. (Apelação nº 0004049-89.2010.8.12.0013 - Jardim Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros. 3ª Câmara Criminal. 11.05.2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE RESISTÊNCIA – ARTIGO 329 DO CÓDIGO PENAL – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE

1 (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 285)

2 (CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte Geral. Saraiva, 2006. p.312)

– *RESISTÊNCIA COM SOCOS E CHUTES – CRIME CONFIGURADO – EMBRIAGUEZ – TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA – IMPROVIMENTO. Demonstrado que o agente resistiu à prisão, agredindo os policiais com socos e chutes e sendo necessário reforço para sua contenção configura o delito do art. 329 do CP. A embriaguez não acidental por álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade do agente (CP, 28, II). Teoria da actio libera in causa. (...)* (Apelação nº 0000731-55.2015.8.12.0003 - Bela Vista Relator em substituição legal – Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. 1ª Câmara Criminal. 28.08.2018)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DELITOS DE FURTO TENTADO E FALSA IDENTIDADE – PEDIDO ABSOLUTÓRIO EM RELAÇÃO AO DELITO DE FURTO POR AUSÊNCIA DE DOLO – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO AFASTA O DOLO – PRETENSÃO REFUTADA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE FALSA IDENTIDADE POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – SÚMULA 522 STF – CONTEXTO PROVATÓRIO COMPROVA A AUTORIA DELITUOSA – RECURSO DESPROVIDO. I - A embriaguez quando preordenada, voluntária ou culposa não exclui a culpabilidade, pois segundo a teoria da actio libera in causa. Não há comprovação de embriaguez acidental completa decorrente de caso fortuito ou força maior, que excluiria a culpabilidade. Tampouco provou-se embriaguez patológica que excluiria a imputabilidade. Além de ter sido voluntária a embriaguez, não há prova de que, em razão dela, o réu era, ao tempo da ação, inteira ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (...) (Apelação nº 0007351-55.2016.8.12.0001 - Campo Grande Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 17.10.2016)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – TESE DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO EM RAZÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ – REJEITADA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – CONTUMÁCIA DELITIVA – PENA-BASE REDIMENSIONADA PARA O MÍNIMO LEGAL – PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME AFASTADAS – REGIME SEMIABERTO MANTIDO – RÉU REINCIDENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A embriaguez quando preordenada, voluntária ou culposa não exclui a culpabilidade, pois segundo a teoria da actio libera in causa. Não há comprovação de embriaguez acidental completa decorrente de caso fortuito ou força maior, que excluiria a culpabilidade. Tampouco provou-se embriaguez patológica que excluiria a imputabilidade. Além de ter sido voluntária a embriaguez, não há prova de que, em razão dela, o réu era, ao tempo da ação, inteira ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. De igual forma, o estado de ânimo do réu no caso em tela não possui o condão de afastar o dolo, pois não justifica a atitude delituosa. Incabível a absolvição. (...) (Apelação nº 0005055-48.2012.8.12.0018 – Paranaíba. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 3ª Câmara Criminal. 23 de julho de 2015).

Saliento, por fim, que o direito à liberdade de expressão ou de manifestação não implica autorização para humilhar, ofender e desprestigiar funcionário público ou a autoridade do Estado, tampouco para o cometimento de abusos e excessos, muito menos licença para adoção de posturas desprovidas de responsabilidade.

A propósito:

APELAÇÃO – PENAL – DESACATO – CONDUTA TÍPICA – CONDENAÇÃO MANTIDA – REGIME PRISIONAL – ACUSADO REINCIDENTE – ABRANDAMENTO INCABÍVEL – NÃO PROVIMENTO. Não há falar em atipicidade da conduta relativa ao crime de desacato se a ofensa proferida pelo agente teve o nítido propósito de atingir o prestígio da Administração e do funcionário público. Ainda que a pena estabelecida seja inferior a 04 (quatro) anos, a reincidência impede a aplicação do regime inicial aberto. Interpretação do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, em conformidade com a Súmula nº 269, do Superior Tribunal de Justiça. Apelação defensiva a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei. (Apelação nº 0000078-32.2015.8.12.0010, Fátima do Sul, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j: 10/07/2017, p: 11/07/2017).

No tocante ao prequestionamento, consabido que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

“(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.”

Dispositivo

Ante o exposto, conheço dos embargos infringentes e, contra o parecer, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos embargos infringentes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Jonas Hass Silva Júnior, Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 13 de março de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0019868-63.2014.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – RECURSO ACUSATÓRIO – HOMICÍDIO – AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO – NULIDADE DO JULGAMENTO POPULAR – ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE ÀS PROVAS – NÃO CONFIGURADA – ADOÇÃO DE UMA DAS POSSÍVEIS TESES – PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS – RECURSO IMPROVIDO, CONTRA O PARECER.

A anulação pelo tribunal togado, da decisão do corpo de jurados, com amparo no art. 593, III, 'd', da Lei Adjetiva Penal, é medida excepcional, que, sem a presença da incontestada, irremediável e imprescindível contrariedade às provas dos autos, acabaria por malferir o preceito constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'c').

O art. 5º, XXXVIII, alínea 'd', da Constituição Federal confere ao Tribunal do Júri a condição de juiz natural e, por corolário, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de tal sorte que, na instância recursal, imiscuir-se na conclusão do sufrágio popular, sem a devida pertinência, implicaria patente afronta à garantia fundamental assegurada pela Carta Magna.

A adoção de uma das possíveis teses pelos jurados, desde que pertinente e amparada, ainda que em lastro fático mínimo, nas provas reunidas nos autos, não macula a decisão do Conselho de Sentença, porquanto a íntima e livre convicção do Júri trata-se de exteriorização de caríssima garantia constitucional de primeira dimensão, intimamente relacionada ao Estado Democrático de Direito.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO – PENA-BASE – EXASPERAÇÃO AQUÉM DO CRITÉRIO 1/8 – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE ATENDIDAS – FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA (artigo 121, § 1º) – PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ – FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA A MANTENÇA DE 1/6 – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER.

A exasperação da pena basilar deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério emanado da doutrina e da jurisprudência, deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, podendo inclusive ser em fração superior, de modo que não se verifica excessividade no aumento benéfico ao réu, pois em montante aquém do comumente adotado.

O critério do percentual para a redução da pena em razão do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), constitui ato discricionário do julgador, devendo ser aplicado, de forma motivada, conforme a relevância do valor moral ou social da conduta, a intensidade da emoção do Agente ou o nível de provocação da vítima.

Conquanto o agente tenha agido impelido de violenta emoção pela injusta provocação da vítima, inviável, no caso concreto, a redução de 1/3 pelo homicídio privilegiado, devendo ser mantida a diminuição de 1/6 aplicada pelo Juiz Presidente, pois a provocação não foi em intensidade aguda, exacerbada, a se enquadrar à razão máxima.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar provimento.

Campo Grande, 14 de março de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público Estadual e Roberto Carlos Martins interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri desta Capital, que condenou este último, pela prática do crime capitulado no art. 121, § 1º, do Código Penal, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

Em seu arrazoado recursal, o Ministério Público Estadual sustenta a tese do julgamento contrário às provas dos autos, eis que não há que se falar em homicídio privilegiado, requerendo, por corolário, a anulação do julgamento.

Prequestiona a matéria expendida no arrazoado.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso ministerial (f. 402-415)

Roberto Carlos Martins, por sua feita, postula pela revisão da pena-base, visto que, diante da presença de apenas uma circunstância judicial negativa, majorou-se a reprimenda em 01 ano.

Requer, ainda, a redução pelo homicídio privilegiado em seu patamar máximo.

Contrarrazões de recurso pelo improvimento do apelo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso ofertado pelo *Parquet* Estadual, e pelo desprovimento do recurso de Roberto Carlos Martins.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignações manifestadas pelo Ministério Público Estadual e Roberto Carlos Martins contra sentença proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri desta Capital, que condenou este último, pela prática do crime capitulado no art. 121, § 1º, do Código Penal, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

Do recurso do Ministério Público

Em seu arrazoado recursal, o Ministério Público Estadual sustenta a tese do julgamento contrário às provas dos autos, eis que não há que se falar em homicídio privilegiado, requerendo, por corolário, a anulação do julgamento.

O pleito recursal não comporta guarida.

Como cediço, a anulação do sufrágio dos jurados, com a conseqüente submissão a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, decorre da harmonia exegética entre os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição e da soberania dos veredictos, pois,

“(...) A soberania dos veredictos não é um princípio intangível que não admita relativização. A decisão do Conselho de Sentença quando manifestamente divorciada do contexto probatório dos autos resulta arbitrariedade que deve ser sanada pelo juízo recursal, nos termos do art. 593, III, alínea d, do Código de Processo Penal.” (STF, RFC 107250/SP, 1ª Turma, Min. Rosa Weber, j. 03/04/12).

A propósito, fristem-se os escólios de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (**Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Saraiva, 2008, p. 580):

“Outros, como Frederico Marques, sustentam que o conceito de soberania do veredicto há de ser compreendido no contexto dogmático-processual, segundo o qual a decisão sobre a procedência ou improcedência da acusação nos crimes dolosos há de ser tomada exclusivamente pelo Tribunal do Júri, ou, ainda, que a decisão adotada pelos jurados não poderá ser substituída por outra, tomada por outro órgão judicial. Na mesma linha, anotam Marrey, Silva Franco e Stoco que soberania não se confunde com onipotência, o que justificaria a realização de novo júri em caso de evidente decisão contra a prova dos autos. É, igualmente, a orientação perfilhada por Mauro Viveiros.

No que concerne à soberania dos veredictos, tem o Supremo Tribunal entendido que não afronta esse princípio a determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, e, razão de contrariedade à prova dos autos, ainda que o anterior tenha resultado na absolvição do réu. Ressalta-se que a decisão do Tribunal, determinando a submissão a novo júri, não vincula o Tribunal do Júri a proferir uma decisão condenatória, o que seria plenamente compatível com a ideia de soberania do veredicto. Ademais, nos termos da própria Constituição, enfatiza o Tribunal, a soberania do veredicto há de se manifestar na forma da lei.”

Ocorre que, em razão da excepcionalidade da medida amparada no art. 593, III, d, da Lei Adjetiva Penal, imprescindível, para anulação do julgamento Popular, a caracterização de irremediável contrariedade à prova dos autos.

Isso porque não pode o tribunal togado substituir “o jurado na tarefa de dar a última palavra quanto ao crime doloso contra a vida” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 16. ed. Forense, 2017, p. 1316).

Acerca da incontestada discrepância da decisão do Júri com o conjunto probatório reunido nos autos, Edílson Mougenot Bonfim explica (Código de Processo Penal Anotado. Saraiva, 2007, p. 851):

“Para que seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão deve ser arbitrária, destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados no processo, não encontrando fundamento em nenhum elemento de convicção trazido durante a instrução. Cuida-se de verdadeiro error in judicando, golpeando o mérito da causa.”

A par do postulado constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, ‘c’), a anulação do *decisum* popular, sem a presença da incontestada contrariedade às provas dos autos, culmina inobservância de preceito garantidor de direito fundamental.

É que o art. 5º, XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal confere ao Tribunal do Júri a condição de juiz natural e, por corolário, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de tal sorte que, na instância recursal, imiscuir-se na conclusão do sufrágio popular, sem a devida pertinência, implicaria patente afronta à garantia fundamental assegurada pela Carta Magna.

Nesse panorama, em cotejo dessas vertentes, o Tribunal da Cidadania já assentou, “para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a

versão acolhida não encontre amparo em nenhum dos elementos fático-probatórios amealhados aos autos (...)” (HC 256.724/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 12/08/14), situação que, indene de dúvidas, não se constata no caso enfocado.

In casu, o acolhimento da tese de que o apelado agiu sob domínio de violenta emoção, logo injusta provocação da vítima, embora contrária à pretensão punitiva estatal, não se afigura destoante das provas coligidas aos autos.

Em verdade, ao compulsar o caderno processual, é possível perceber que a tese do homicídio privilegiado não é descartável, tampouco dissociada das provas colhidas, de sorte que plenamente admissível o reconhecimento de que o réu agiu sob domínio de violenta emoção, logo injusta provocação da vítima.

Diante deste cenário é que *“ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de sua função constitucional”* (HC 201812/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 07/08/12).

À evidência, da ata de reunião do júri estampada às f. 355-360, consta que, na fase de debates, a acusação buscou a condenação nos termos da pronúncia.

Por seu turno, a defesa sustentou em sessão de julgamento, dentre outras teses, exatamente o reconhecimento do homicídio privilegiado pela violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima – consistente no arremesso contra o réu uma lata de cerveja e agressão juntamente com outros integrantes de sua gangue -, além do reconhecimento do homicídio privilegiado pelo relevante valor moral - ao argumento de ter se solidarizado com os amigos que estavam sendo agredidos por um grupo mais numeroso.

Concluído o debate, os jurados, indagados pela magistrada presidente se estavam aptos a julgar, responderam positivamente, no que lhes foram lidos os quesitos, com a explicação legal de cada um deles.

Os membros do Conselho de Sentença, então à f. 358, reconheceram na totalidade a materialidade do crime; reconheceram, por maioria de votos, o erro na execução; responderam, por maioria de votos, que não absolviam o acusado; acolheram por maioria de votos que o crime foi cometido sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima (visada) que, além de arremessar contra o réu uma lata de cerveja, passou a agredi-lo juntamente com outros integrantes de sua gangue.

Com efeito, a adoção de uma das possíveis teses pelos jurados, desde que pertinente e amparada, ainda que em lastro fático mínimo, nas provas reunidas nos autos, não macula a decisão do Conselho de Sentença, porquanto a íntima e livre convicção do júri trata-se de exteriorização de caríssima garantia constitucional de primeira dimensão, intimamente relacionada ao estado democrático de direito.

Daí decorre que, a despeito dos requisitos legais concernentes ao homicídio privilegiado, o Conselho de Sentença, para aplicar referida causa de diminuição, não precisa aferir, tecnicamente, se o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

E, neste eito, cabe ao tribunal togado apenas verificar se as provas coligidas no caderno processual respaldam, ainda que minimamente, a causa de diminuição sustentada em sessão do júri, sob pena de, transbordando tal análise, malferir a soberania do veredicto popular, direito garantido pelo poder constituinte originário e confirmado pelo legislador infraconstitucional ao simplificar a formulação do quesito acerca do privilégio.

No caso versado, certo é que a tese encontra-se fulcrada em elementos probatórios espelhados nos autos.

Restou demonstrado que, em uma festa, ocasião dos fatos, jogaram uma lata de cerveja no acusado, que foi questionar tal atitude, momento em que iniciou-se uma briga. Ato contínuo, considerando que a vítima e seus amigos se juntaram para agredir o réu, acabou por esfaquear a vítima.

O acusado, por ocasião do julgamento à f. 355, neste sentido confessou:

“Quando eu cheguei no baile lá, eu cheguei lá, os guri, quando eu fui no banheiro os guri atacou uma latinha ni mim, aí eu fui lá perguntar porque que eles atacou a latinha ni mim, aí ele começaram a mi espancar lá, me deu garrafada, bateu até algumas hora lá, depois que eu consegui sair deles. (...) Quando eu sai da festa, já tinha a faca lá na frente já (...) não conhecia não, eu só dei a facada nele porque ele começou a me agredir também (...) o William e mais dois vieram para cima de mim e começaram a me bater de novo, e na hora que eu sai em luta corporal com eles eu acertei a facada nele (...)”

Por sua vez, a testemunha Isaac Engles Ferreira, em juízo à f. 256, confirmou que foi jogada uma latinha no réu e, quando foram tirar satisfação, a vítima e seus amigos foram para cima do acusado, que fugiu para o lado exterior, e, quando saiu ao alcance de todos a vítima já havia sido atingida, conforme verifica-se:

“(...) os minino acertou é, tentou acertar uma latinha ni nois né, aí nois foi tirar satisfação com eles lá (...) daí eles foram pra cima dele, aí ele fugiu pra fora né, (...) todo mundo correu pra fora (...) a hora que eu sai pra fora já tinha acontecido o fato já (...) nois tava dançando né acho que sei lá, eles num ia com a nossa cara e tacou uma latinha, tentou acertar ni nois e nois foi tirar satisfação e eles já veio pra cima né (...) a hora que eu sai já tinha acontecido já (...) só vi o minino no chão já (...)”

A testemunha Cláudio Ernani Engles Ferreira, na audiência de f. 256, trouxe sua versão sobre os fatos, afirmando que foi jogada uma garrafa, que atingiu o acusado, sendo que a vítima e uma turma começaram a agredi-lo, até para fora do clube. Acrescenta que o acusado foi até sua residência e voltou. Confirma-se:

“(...) eu vi só vários tumulto mesmo; (...) briga de bairro memo (...) nois tava tudo la dentro (...) os cara lá de outra vila la né foi lá né e começou a quebrar nois tudo lá, bater ni nois, aí nós fomo para cima dos cara também; (...) porque ele tava junto com meu irmão né (...) Isaac Engles Ferreira; aí os cara começou a brigar lá no dia lá, eu tavo lá de longe eu fui lá perto também (...) não era pra morre ninguém né, o cara que foi lá (...) esse cara que morreu lá (...) foi entrar no meio (...) uma garrafa né (...) foi jogada né (...) parece que atingiu no ombro, sei lá, nas costas né (...) houve briga né (...) eu vi já as mulecada batendo no meu irmão, nele, catando todo mundo lá né (...) isso foi até pra fora né (...) molecada batia neles mesmo né (...) todo tempo a gurizada queria pegar eu, meu irmão e ele (...) que eu sei é que ele foi lá na casa dele e voltou né(...)”

Neste mesmo sentido foram as palavras do réu, que em seu interrogatório (f. 256) asseverou ter sido agredido pela vítima e, depois de ir em sua residência, retornou ao local dos fatos, quando ocorreu outra briga, tendo o acusado se armado com a faca que estava escondida em um matagal.

Em razão do teor da versão apresentada pelo réu, sustenta o órgão Ministerial a inexistência de injusta provocação da vítima, com sucessão imediata.

No entanto tal não é o suficiente para caracterizar a contrariedade da decisão com as acervo probatório, pois, nas palavras da Des. Maria Isabel de Matos Rocha,

“(...) não importa o fato de existir número maior ou menor de elementos apontando para a tese rejeitada pelos jurados, desde que haja provas, e essa prova possa convencer os jurados a votarem em favor de uma das teses aventadas” (excerto extraído do voto proferido na Ap. nº 0038560-81.2012.8.12.0001).

A respeito, Fernando da Costa Tourinho Filho enfatiza que:

*“(...) os jurados têm inteira liberdade de julgar; e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões. Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo.” (in **Código de Processo Penal Comentado**, vol. 2, 13ª ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 381).*

Essa é a razão pela qual o exercício cognitivo nesta instância recursal não pode ser de justiça da sentença popular, mas, por outro lado, deve ser no sentido de aferir se o Conselho de Sentença reconheceu a causa de diminuição em conformidade com os elementos probantes constantes dos autos, ou seja, deve-se analisar, tão somente, se há provas a corroborar o homicídio privilegiado.

A respeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – RECONHECIMENTO DA MATERIALIDADE E AUTORIA – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Não se atrela o quesito da absolvição genérica a esta ou aquela tese debatida durante o julgamento da causa, tratando-se de quesito obrigatório. Assim, independentemente do fundamento, os jurados estão aptos ao exercício da absolvição, pois decidem de acordo com a sua íntima convicção.

2. Na hipótese dos autos, a absolvição do acusado não pode ser considerada contraditória, uma vez que embasada em elementos de provas colhidos nos autos e por corresponder a uma das possibilidades asseguradas aos jurados.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1548434/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 27/05/2016).

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO SIMPLES – ALEGAÇÃO DE TER SIDO A DECISÃO DO JÚRI CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA.

I - Não se qualifica como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos Jurados que se filia a uma das versões para o crime, em detrimento de outra, ambas apresentadas em plenário, desde que a tese privilegiada esteja amparada em provas idôneas, como ocorreu na espécie (Precedentes).

II - Na espécie, o v acórdão vergastado apontou, para concluir que a decisão tomada pelo júri não seria manifestamente contrária à prova dos autos, além de delação realizada por corréu na fase inquisitorial, acompanhada por Promotor de Justiça, prova testemunhal, produzida em juízo. Ordem denegada.” (HC 139360, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/11/2009).

“HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO – PROCESSO PENAL – ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – OPÇÃO DOS JURADOS PELA TESE DEFENSIVA QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. (...)

4. A decisão proferida pelo júri popular somente pode ser anulada, em sede de apelação, com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, quando absolutamente improcedente, sem amparo nos elementos dos autos.

5. Com efeito, existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo Tribunal do Júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do Conselho de Sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

6. No caso, basta a simples leitura da sentença de pronúncia e do acórdão impugnado para se constatar a evidente ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, já que cada uma das versões – acusação e defesa - está amparada pelo conjunto probatório.

7. *Em plenário, o Parquet defendeu a tentativa de homicídio, mas não convenceu os jurados, que preferiram acatar a versão fornecida pela defesa no sentido de não ser o réu o autor do crime, inclusive com a invocação de um alibi, que afirmou estar com o acusado, em outro local, no horário do crime.*

8. *Assim, reconhecida a negativa de autoria, em conformidade com os fatos e provas apresentados, não poderia o tribunal de origem, via recurso de apelação, desconstituir a escolha dos jurados, procedendo interpretação que, sob sua ótica, se coaduna melhor com à hipótese dos autos.*

9. *Houve, na realidade, um erro de valoração do material probatório (erro juris), que redundou na negativa de vigência do dispositivo de lei federal acima citado, sutil, mas, diferente do reexame de provas.*

10. *Diante do exposto, não conheço do habeas corpus. Ordem concedida de ofício a fim de, cassando o acórdão hostilizado, restabelecer a decisão dos jurados, que absolveu o paciente.” (HC 254730/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 24/09/2013).*

No mesmo diapasão, colhem-se precedentes deste Areópago:

“APELAÇÃO – PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA – JÚRI – ALEGADA DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – ANÁLISE GLOBAL DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE AGASALHAR A VERSÃO ISOLADA DO ACUSADO – NÃO PROVIMENTO. A anulação de decisão proferida pelo Tribunal do Júri somente é possível quando manifestamente contrária às provas dos autos, ou seja, quando inexistirem elementos de prova a respaldar a versão acolhida pelo Conselho de Sentença – o que não se dá quando a tese acusatória tem respaldo na prova testemunhal. O respeito à soberania do veredicto popular decorre de princípio constitucional, não havendo falar em decisão contrária à prova dos autos, quando acolhida uma das versões possíveis, que demonstram que o acusado não agiu em legítima defesa. Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a soberania do voto popular consubstanciada nas provas produzidas.” (TJMS. Apelação nº 0052662-45.2011.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 08/05/2017, p: 10/05/2017).

“APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, IV, DO CP) – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – ESCOLHA DE UMA DAS VERSÕES PELOS JURADOS EMBASADA EM PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS – QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA QUE ENCONTRA RESPALDO NO CONJUNTO PROBATÓRIO – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em virtude do princípio constitucional da soberania do veredicto (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”), a modificação do julgamento pelo Tribunal do Júri entra no campo da excepcionalidade, sendo mantidas as decisões que encontram amparo em contingente de provas que sustenta a posição adotada pelos jurados. Só pode ocorrer um novo julgamento se for constatado que a decisão foi manifestamente contrária às provas dos autos. Existindo duas versões conflitantes e aceitáveis, a opção dos jurados por uma delas não é de ser modificada. Legítima defesa rejeitada. 2. Qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima que não está de todo dissociada do conjunto probatório, havendo provas dando conta de que a vítima, ainda que tivesse motivos para desconfiar do ataque, foi colhida de surpresa pelo apelante, que, ao visualizá-la, efetuou o primeiro disparo, e, depois, retornou ao local do crime e, mesmo sabendo que a vítima não poderia se defender, pois já estava ferida e caída ao solo, tentou desferir outros disparos de arma de fogo, não logrando atingi-la pois o mecanismo de persecução falhou. 3. Recurso improvido.” (TJMS. Apelação nº 0001482-88.2010.8.12.0012, Ivinhema, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 01/04/2014, p: 07/04/2014).

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA ACUSAÇÃO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – TRIBUNAL DO JÚRI – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO É CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO

ACOLHIMENTO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA COM BASE EM RESPOSTA AFIRMATIVA DOS JURADOS AO QUESITO GERAL DO ARTIGO 483, INCISO III, DO CPP – JUÍZO DE ÍNTIMA CONVICTÃO – DECISÃO INSUSCETÍVEL DE CONTROLE RECURSAL – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA QUE, ADEMAIS, NÃO É TOTALMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – RESPEITO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 5º, INC. XXXVIII, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – RECURSO NÃO PROVIDO. O atual modelo de quesitação pelo qual o Conselho de Sentença decide pela a absolvição, respondendo positivamente ao quesito previsto no artigo 483, inciso III, do Código de Processo Penal, em juízo de íntima convicção, torna impossível examinar, em grau recursal, se tal decisão foi ou não manifestamente contrária à prova dos autos, pois desconhecidos os fundamentos efetivamente acolhidos, que poderiam “extrapolarem os próprios limites da razão jurídica”. De todo modo, em atenção à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, prevista no art. 5º, inc. XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, descabe pretender anular a decisão tomada pelo Conselho de Sentença, sob o argumento de contrariedade à prova dos autos, com lastro em uma das vertentes verossímeis, in casu a da acusação em detrimento da defensiva de legítima defesa putativa sufragada em Plenário. Recurso não provido.” (TJMS. Apelação nº 0004891-41.2011.8.12.0011, Coxim, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 13/03/17).

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, §2º, I, C/C ART. 14, II, TODOS DO CP) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PEDIDO DE REFORMA DO DECISUM DE PRIMEIRO GRAU PARA SUBMETER O APELADO A NOVO JÚRI – ALEGAÇÃO DE SER A ABSOLVIÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – ACOLHIMENTO DA TESE DEFENSIVA – SOBERANIA DO VEREDITO POPULAR – RECURSO IMPROVIDO.

A soberania do júri permite que seus componentes optem pela versão que lhes parecer mais correta e consentânea com a realidade estampada no processo.

As provas indicam um disparo de arma de fogo, que atingiu a vítima (desarmada) na face posterior do ombro, causando perigo de vida, incapacidade para ocupações por mais de 30 dias e debilidade permanente de membro sentido ou função, porém tal só por si não é incompatível com a tese absolutória apresentada em plenário e acolhida pelos Jurados, pois não se pode dizer com absoluta certeza que o réu não estava em situação de legítima defesa, mesmo que putativa, então, não sendo o julgamento totalmente contrário às provas dos autos, deve ser respeitada a soberania do veredito.

Contra o parecer, recurso improvido.” (TJMS. Apelação nº 0038560-81.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Isabel de Matos Rocha, j. 26/04/2016).

Logo, sob pena de penetrar em competência constitucional e exclusiva do Tribunal do Júri, bem assim malferir a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, ‘c’, CF), inviável ao julgador *ad quem* anular o julgamento sob o argumento de contrariedade às provas dos autos na hipótese em que a tese de homicídio privilegiado, além de congruente com o acervo probatório, foi objeto de deliberada discussão durante a sessão popular e efetivamente sufragada *secundum conscientiam* do Conselho de Sentença.

Do recurso defensivo

Revisão da pena-base.

Roberto Carlos Martins, por sua feita, postula pela revisão da pena-base, visto que, diante da presença de apenas uma circunstância judicial negativa, majorou-se a reprimenda em 01 ano.

Sem razão.

Reconhecidos os maus antecedentes, a pena-base foi fixada em 07 anos de reclusão, correspondente ao incremento da pena-base em 01 ano.

Com efeito, o preceito secundário do homicídio simples comina reclusão de 06 a 20 anos.

Dentro do interregno de 06 a 20 anos de pena corpórea prevista no tipo penal incriminador enfocado, deve o julgador fixar a sanção base levando em conta as oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de modo que, se uma delas desfavorece o réu, a elevação deve ser simétrica ao número de moduladora que sofreu negativação.

O cálculo para o *quantum* da exasperação deve efetivar-se à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério sugerido por Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 8ª edição, Editora Podium), deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

Nesse diapasão, o posicionamento esposado pela Seção Criminal desta Corte de Justiça no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0043268-58.2004.8.12.0001/50000, Relator Des. Manoel Mendes Carli:

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.

Se o agente possui uma única circunstância judicial negativa, dentre as oito estabelecidas no art. 59 do CP, a exasperação da pena-base não pode se dar em patamar muito acima do mínimo, devendo ser aplicada a fração de 1/8 entre as penas mínima e máxima para fixação do quantum, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade.

Assim, na espécie, considerando o intervalo de 14 anos entre a pena mínima e máxima, a elevação poderia, sob o critério de 1/8, dar-se-á em 01 ano e 09 meses para cada circunstância judicial negativa, montante este que fica, inclusive, muito além do fixado pelo sentenciante.

No entanto, considerando que o sentenciante optou por exasperação benéfica ao réu, inferior até mesmo ao critério assaz mencionado, aplicando 01 ano por uma moduladora, não convém imiscuir no montante fixado, máxime pela impossibilidade de reforma maléfica.

Por tais razões, mantido o incremento da pena-base operado pela sentença impugnada.

Da fração de redução pelo homicídio privilegiado

A defesa requer, ainda, a redução pelo homicídio privilegiado em seu patamar máximo.

Na sentença a causa de diminuição referente ao privilégio foi fixada em 1/6:

“De acordo com o § 1º do art. 121 do Código Penal, pune-se o homicídio privilegiado com a pena correspondente ao crime consumado, reduzida de um sexto a um terço.

No caso, verifico que as circunstâncias do crime, seus motivos e a maneira grave de execução impõem que a causa de diminuição deve ser aplicada em seu mínimo legal, qual seja, em um sexto.”

Melhor sorte não lhe socorre.

Não se verifica, no tocante à pena aplicada, qualquer ilegalidade a ser sanada nesta instância recursal, sobretudo no que diz respeito a diminuição adotada pelo juiz togado, à razão de 1/6, em razão do reconhecimento do homicídio privilegiado pela Corte Popular.

Com efeito, inegável que “a redução da pena decorrente do privilégio – se reconhecido pelos jurados – é direito subjetivo do réu”, contudo, cabe ao magistrado presidente “escolher o melhor índice de diminuição entre um sexto e um terço”¹, obviamente valendo-se do livre convencimento motivado, de fato atendido na espécie.

No mesmo pórtico já se manifestou esta Terceira Câmara Criminal, *in litteris*:

“A escolha da fração de redução decorrente do reconhecimento do homicídio privilegiado encontra-se no âmbito da discricionariedade do juiz, e deve ser fundamentada. Mantém-se a fração de 1/6 quando vislumbra-se escoreta a conclusão de que houve desproporcionalidade entre a ação e a reação, em especial quando as ofensas perpetradas pela vítima teriam ocorrido em momento anterior ao crime.” (TJMS. Apelação nº 0000852-27.2013.8.12.0012, Ivinhema, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 03/09/2015, p: 04/09/2015).

Importante mencionar que, em se tratando de causa de diminuição da pena, a redução concernente ao homicídio privilegiado opera-se na derradeira etapa do sistema trifásico, de sorte que, embora a defesa técnica argumente que a maioria das circunstâncias judiciais favoreceram o réu na primeira fase, tal não pode ser utilizado como critério para graduar o abrandamento decorrente do privilégio reconhecido.

Sobre o tema, colhe-se o escólio de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 16. ed. Forense, 2016, p. 729).

“Estabelece a lei o grau de redução, variando de um sexto a um terço, devendo o juiz ater-se, exclusivamente, à causa em si, não levando em consideração fatores estranhos, vinculados a outras fases da aplicação da pena, como as circunstâncias judiciais (art. 59, CP).”

Acerca do critério a ser adotado para a redução enfocada, enfatiza Guilherme de Souza Nucci (*op. cit.*, p. 729-730):

“Conforme a relevância do motivo – maior ou menor – ou de acordo com a espécie de emoção (amor exagerado ou desejo de vingança), bem como com o tipo de injustiça da provocação da vítima (completamente fútil ou motivada por anteriores agressões sofridas), deve o juiz graduar a diminuição.

(...)

Portanto, tratando-se de relevante valor social ou moral, deve focar o quão importante esse valor apresentou-se ao réu e à sociedade no momento dos fatos. Embora de cunho subjetivo, a avaliação judicial deve ser fundamentada e calcada nas provas dos autos. Maior diminuição (um terço) para a mais aguda relevância; menor diminuição (um sexto), pra relevância ordinária. No tocante à violenta emoção, mensura-se a intensidade desse sentimento exacerbado, conforme o grau de provação injusta da vítima. Maior redução para a violentíssima emoção fundada em provação de cristalina injustiça; menor, para a violenta emoção calcada em provocação de injustiça ordinária, sem qualquer destaque.”

E, nessa esteira, infere-se que o juiz togado, ao aplicar a fração redutora em patamar mínimo de 1/6, cotejou acertadamente os elementos colhidos no caderno processual com os critérios previstos em lei.

Em análise aos autos, verifica-se que o apelante foi atingido por uma latinha, momento em que questionou o grupo da vítima sobre o motivo da agressão, tendo iniciado uma contenda, que, ao final ocasionou o esfaqueamento da vítima.

¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquemático*: parte especial. 7. ed. Saraiva, 2017. p.89.

Atento aos fatos ocorridos, a latinha arremessada e a briga não são capazes de acarretar “*violentíssima emoção fundada em provocação de cristalina injustiça*” a justificar a aplicação da diminuição à fração maior que 1/6.

Por outro lado, não há como se descartar que o réu tenha agido impelido de violenta emoção pela injusta provocação da vítima, que, entretantes, não foi em intensidade aguda, exacerbada, para justificar a aplicação da diminuição em sua fração máxima.

Portanto, conquanto tenha experimentado provocação injusta e agido sob violenta emoção, a resposta do réu não soou proporcional a ponto de privilegiá-lo com mensuração à razão máxima, motivo pelo qual deve ser mantida a fração de 1/6 aplicada pelo juiz presidente.

Do prequestionamento.

E, finalmente, no tocante ao prequestionamento, impende consignar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

“O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.”

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço de ambos os recursos, e nego-lhes provimento, mantendo a sentença nos termos em que foi lançada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram dos recursos e negaram-lhes provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 14 de março de 2019.

3ª Câmara Criminal

Habeas Corpus nº 1400290-59.2019.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME MILITAR – CORRUPÇÃO PASSIVA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA – CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR NA ATIVA DESIGNADO PARA EXERCER SUAS FUNÇÕES JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – IRRELEVÂNCIA – CRIME DE NATUREZA MILITAR CARACTERIZADO – ARTIGO 9º, II, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS E PARTICULARIDADES DO CRIME QUE REALÇAM A GRAVIDADE ACENTUADA E CONCRETA DA CONDUTA E INDICATIVOS DA PERICULOSIDADE DO PACIENTE – ORDEM PÚBLICA E PRINCÍPIOS MILITARES AFETADOS – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – *HABEAS CORPUS* CONHECIDO – ORDEM DENEGADA.

Não se tem como inepta a denúncia que não obstrui, nem dificulta o exercício da mais ampla defesa, e que não evidencia consistente imprecisão nos fatos atribuídos ao paciente, a impedir a compreensão das acusações formuladas.

A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

É imprópria a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, se evidenciado, nos autos, a presença de indícios das práticas delituosas, bem como a participação, em tese, do paciente na atividade.

Encontra-se em situação de atividade o policial militar, ainda que designado para exercer suas funções junto à Assessoria Militar do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

A teor do disposto no artigo 9º, II, c, do Código Penal Militar, possui natureza militar o de crime praticado por militar em situação de atividade, atuando em razão de sua função, sendo irrelevante o fato de ter sido cometido em local não abrangido pela administração militar.

A prisão preventiva encontra embasamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI, possibilitando a sua decretação quando presentes os requisitos expressamente previstos, além das condições de admissibilidade do artigo 254 do CPPM.

Presentes no caso o *fumus comissi delicti* (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e *periculum in libertatis* (garantia da ordem pública), já que a custódia do paciente interessa especialmente à ordem pública, visto responde a outras ações penais, inclusive pelo cometimento em tese dos crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção passiva, realçando cenário incompatível com a paz social por todos almejada.

Como garantia da ordem pública não se busca apenas assegurar a calma social, a manutenção e estabelecimento da disciplina social e de seus valores, mas, também, prevenir a reprodução de fatos criminosos, cenário que, no caso concreto, também justifica a medida, diante do potencial risco de reiteração.

Exsurgindo fortes indicativos de reiteração de delitos, indiferença ao cumprimento de regras elementares, a medida se afigura necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

A segregação cautelar do paciente encontra alicerce também na previsão do artigo 255, e, do Código de Processo Penal Militar, pois a sua colocação em liberdade, por certo atentará contra a manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares da polícia militar de Mato Grosso do Sul.

Os limites do *habeas corpus* não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, cotejo de provas ou questionamentos alusivos à caracterização ou não dos delitos mencionados. Por conseguinte, os questionamentos neste particular demandam incursão na seara fático-probatória, extrapolando, pois, os limites da estreita via.

Inegável a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do estado democrático de direito, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo (STF – HC 106856, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012).

Habeas corpus conhecido. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer e denegar. Sustentação oral proferida pelo Dr. Ivan Gibim Lacerda.

Campo Grande, 28 de março de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Alicio Garcez Chaves, Adriano Magno de Oliveira, Ivan Gibim Lacerda e Cláudia Mará Gomes em favor de Admilson Cristaldo Barbosa, preso em 19.12.2018 pela suposta prática do crime previsto no artigo 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas e seguidas vezes, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da Vara da Auditoria Militar desta capital.

Inicialmente, sustentaram que a denúncia apresentada é inepta e genérica, de modo que a inobservância por parte do órgão acusador quanto à descrição mínima da conduta imputada ao paciente, implica impossibilidade de defesa.

Argumentaram, ademais, ser a justiça militar incompetente para o processamento do feito, uma vez que a mera condição de militar do agente não é critério definidor da competência.

Discorreram sobre o posicionamento que reputam aplicável e culminaram por pleitear a concessão da ordem para o fim de reconhecer a inépcia da denúncia, anular seu recebimento, decretando a extinção do feito na origem ou, caso não seja este o entendimento, para reconhecer a incompetência absoluta da justiça militar, determinando-se a redistribuição do feito a uma das varas criminais comuns da capital.

A liminar foi indeferida (f. 452-453).

O juízo *a quo* prestou informações (f. 458-459) e, a seguir, a Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, no mérito, pela denegação da ordem (f. 463-479).

Em decisão monocrática datada de 01.02.2019, este relator não conheceu do *writ*, sob o fundamento de que o acatamento ou não da pretensão deduzida pelos impetrantes nesta Corte realçaria supressão de instância. (f. 481-484)

Irresignados, os impetrantes opuseram agravo interno, o qual, nos termos do voto da 1ª vogal, foi provido para o fim reformar a decisão monocrática e conhecer do presente *habeas corpus*, determinando, por conseguinte, a análise do mérito.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Alicio Garcez Chaves, Adriano Magno de Oliveira, Ivan Gibim Lacerda e Cláudia Mara Gomes em favor de Admilson Cristaldo Barbosa, preso em 19.12.2018 pela suposta prática do crime previsto no artigo 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas e seguidas vezes, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da Vara da Auditoria Militar desta capital.

Inicialmente, sustentaram que a denúncia apresentada é inepta e genérica, de modo que a inobservância por parte do órgão acusador quanto à descrição mínima da conduta imputada ao paciente, implica impossibilidade de defesa.

Argumentaram, ademais, ser a justiça militar incompetente para o processamento do feito, uma vez que a mera condição de militar do agente não é critério definidor da competência.

Discorreram sobre o posicionamento que reputam aplicável e culminaram por pleitear a concessão da ordem para o fim de reconhecer a inépcia da denúncia, anular seu recebimento, decretando a extinção do feito na origem ou, caso não seja este o entendimento, para reconhecer a incompetência absoluta da justiça militar, determinando-se a redistribuição do feito a uma das varas criminais comuns da capital.

A liminar foi indeferida (f. 452-453).

O juízo *a quo* prestou informações (f. 458-459) e, a seguir, a Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, no mérito, pela denegação da ordem (f. 463-479).

Em decisão monocrática datada de 01.02.2019, este relator não conheceu do *writ*, sob o fundamento de que o acatamento ou não da pretensão deduzida pelos impetrantes nesta Corte realçaria supressão de instância. (f. 481-484)

Irresignados, os impetrantes opuseram agravo interno, o qual, nos termos do voto da 1ª vogal, foi provido para o fim reformar a decisão monocrática e conhecer do presente *habeas corpus*, determinando a análise do mérito.

Pois bem. Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão deduzida pelos impetrantes não comporta guarida.

Da inépcia da denúncia

Exsurge dos Autos Originários (nº 0900798-93.2018.8.12.0001) que de janeiro de 2015 a abril de 2016, na cidade de Campo Grande, o paciente, em várias ocasiões, teria recebido, para si, na condição de policial militar, em razão do exercício da função pública, vantagem indevida que alcançou o montante aproximado de

R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), restando denunciado pela prática do crime previsto no artigo 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas e seguidas vezes.

A denúncia ofertada assim espelha (f. 01-40 – autos originários):

“(…) De janeiro de 2015 a abril de 2016, na cidade de Campo Grande, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa diversas vezes recebeu, para si, na condição de policial militar, em razão do exercício da função pública, vantagem indevida que alcançou o montante aproximado de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). O Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado instaurou no dia 19 de abril de 2017 o PIC nº 12/2017-GAECO, convertido em eletrônico sob o nº 06.2018.00000287-9, para apurar a prática, em tese, dos crimes de corrupção, organização criminosa e demais delitos correlatos por policiais militares de Mato Grosso do Sul. Ao final dos trabalhos, foi possível constatar que o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa integrou a organização criminosa que dava suporte aos contrabandistas de cigarros no período de abril de 2016 a maio de 2018, mediante o recebimento mensal de quantias ilícitas (corrupção sistemática). Por tal motivo, o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa foi denunciado, juntamente com diversos outros policiais militares, pelos crimes previstos nos artigos 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas e seguidas vezes durante os anos de 2016 a 2018 (art. 80); art. 1º, § 1º e art. 2º, § 3º, ambos da Lei 12.850/13 (organização criminosa) e art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais) c/c art. 69 do Código Penal (3 vezes), todos em concurso material de crimes, em ação penal registrada sob o nº 0900333-84.2018.8.12.0001. Ocorre que, durante as investigações, restou verificado que o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa já apresentava padrão de vida totalmente incompatível com seus rendimentos como policial militar, ao menos desde o início do ano de 2015, a exemplo de aquisição de motos de luxo, carros importados, roupas de grife, viagens, entre outros, tudo obtido em razão do recebimento de propinas. De fato, o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa foi cedido no ano de 2010 ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul onde permaneceu até abril de 2016, quando da assunção do Comando do 11º BPM/CPA - 3 de Jardim/MS. Nesse longo período criou ligações com alguns servidores do Tribunal de Contas do Estado, a exemplo de Denis Peixoto Ferrão (exonerado em 26.07.2018)1 e Parajara Moraes Alves Junior, ambos processados pelo GAECO por crimes como corrupção e lavagem de dinheiro2. E, com o avançar das investigações, verificou-se que esses vínculos não cessaram. Tanto é verdade que durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do denunciado, situada na rua Rio Claro, nº 702, casa 20, no Município de Campo Grande, foram encontradas 03 (três) notas promissórias emitidas por Denis Peixoto Ferrão Filho (termo circunstanciado de busca e apreensão - doc. 01), todas com vencimento em abril e maio de 2018 (atualidade), que juntas alcançam o montante de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).(…) O mesmo ocorre com Parajara Moraes Alves Junior. Em diálogo mantido pelo aplicativo whatsapp no dia 19 de março de 2018, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa pede para Adilto Barbosa, seu irmão, levar um cheque de R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais) (está escrito na mensagem: pega um cheque de 165.000) na rua Coronel Cacildo Arantes, nº 108, Chácara Cachoeira. (...) Observa-se que, no dia anterior (18 de março de 2018), o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa manda uma mensagem para Adilto Barbosa - com o endereço (Rua Arcênia, nº 206, Bairro Giocondi Orsi), que é justamente a residência de Parajara Moraes Alves Junior, Diretor de Administração Interna do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, a revelar a origem do dinheiro e a vinculação entre ambos. Não passa despercebido que, além de indicar o endereço, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa envia a sua localização, confirmando que estava naquele local. Demais disso, com a análise das informações bancárias e fiscais do TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa (cujo sigilo foi afastado nos autos nº 0009703-15.2018.8.12.0001), foi possível identificar que ele enriqueceu por meio da corrupção sistemática. No ano de 2015, apenas com gastos ordinários, pagamentos de empréstimos, entre outras despesas, toda a renda do denunciado ficava comprometida, inexistindo margem que justificasse a aquisição de bens vultosos, o que só ocorreria de forma ilícita, por óbvio à revelia dos órgãos de controle como a Receita Federal. Pois bem, para melhor compreensão, seguem discriminadas abaixo algumas das aquisições realizadas pelo denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa no ano de 2015, a grande maioria paga em dinheiro (espécie),

até mesmo para não circular pelo sistema bancário e ser detectada pelos órgãos de controle, com produto/proveito de corrupção. (...)”

Segundo posicionamento uníssono do Supremo Tribunal Federal,

“(...) o trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade” (HC 140437 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/04/2017, Processo Eletrônico DJe-098 Divulg 10-05-2017 Public 11-05-2017).

Assim, a teratologia, ilegalidade ou abuso de poder deve ser evidente para fins de encerramento prematuro da ação criminal¹, e, nesse eito, os elementos encartados no caderno processual não denotam tais situações.

Impende esclarecer que isso não implica condenação do paciente, notadamente porque, como cediço, a cognição exauriente será realizada após instrução do feito, ocasião em que, aliás, poderá sobrevir inclusive sentença absolutória, se for o caso.

Pelo exame da peça acusatória, tem-se o atendimento aos requisitos do artigo 77, do Código de Processo Penal Militar, uma vez que houve exposição dos fatos criminosos, com suas circunstâncias detalhadas, assim como se deu a devida qualificação do paciente, a classificação do crime, além do oferecimento do rol de testemunhas.

A despeito das alegações trazidas pelos impetrantes, a proemial acusatória apontou os valores supostamente recebidos pelo paciente, colacionando extratos fiscais, bancários e demais documentos pertinentes ao caso, além de qualificar as pessoas apontadas como sendo os corruptores.

Ademais, a denúncia é formalmente perfeita, apontando a prática, em tese, do tipo penal descrito no artigo 308, § 1º do Código Penal Militar.

Assim, dentro do limite de cognição sumária admitida no *writ*, chega-se à conclusão que a inicial acusatória descreve suficientemente a conduta do paciente no fato típico que lhe é imputado e, portanto, em princípio, não se afigura inepta, vez que não obstrui nem dificulta o exercício da mais ampla defesa, e que não evidencia consistente imprecisão no fato atribuído ao paciente, a impedir a compreensão da acusação formulada.

A proemial descreve fatos típicos, a evidenciar, em tese, o cometimento de crimes, motivo pelo qual não comportava rejeição, a fim de que o caso possa ser apurado em toda a sua plenitude, possibilitando que ao final da prestação jurisdicional seja emitido o provimento adequado e cabível.

Caracterizando o fato delito em tese e existindo referências positivas sobre sua autoria, o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação não só era possível como necessário. Se o fato configura crime em tese, não há como deixar de ser apurado através de procedimento legal, ainda que ao final, hipoteticamente, se conclua pela absolvição. O que não se concebe é rejeitar a denúncia, a despeito dos indícios e evidências vislumbrados, estancando, como corolário, a investigação e a apuração necessárias, reduzindo imotivadamente a atuação do titular da ação penal.

Também não merece prosperar o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa, uma vez que se trata de hipótese apenas possível quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, enfim, situações não verificadas no caso presente.

É imprópria, portanto, a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, se evidenciado, nos autos, a presença de indícios da prática delituosa, bem como a participação, em tese,

¹ (STF - HC 138147 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 02/05/17).

do paciente na atividade, o que, inclusive, já foi aferido pelo magistrado de origem na oportunidade do recebimento da denúncia.

Os impetrantes, em verdade, não conseguiram infirmar até o momento a prova da materialidade nem os indícios de autoria, não restando evidenciada ausência de suporte probatório para o oferecimento da exordial acusatória.

De outro vértice, os limites do *habeas corpus* não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, cotejo de provas ou questionamentos alusivos à caracterização ou não do delito mencionado. Por conseguinte, maiores incursões, extrapolam os limites da estreita via, devendo ser apreciadas em momento oportuno, qual seja, o da instrução criminal.

Frente a isso, em que pesem os argumentos apresentados, os fatos se enquadram ao tipo legal em apreço, sendo que apenas através da instrução criminal, com a coleta e análise de provas, será possível averiguar-se a conduta do paciente

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS – FURTO QUALIFICADO – INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA – NÃO OCORRÊNCIA – ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA CONTIDA NA DENÚNCIA ANTES DA SENTENÇA – REFLEXOS JURÍDICOS IMEDIATOS – POSSIBILIDADE – NULIDADE DA DECISÃO QUE RATIFICOU A DENÚNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não é inepta a denúncia que contém a descrição fática do fato delituoso e suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime imputado, com os requisitos mínimos para o início da persecução penal, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa. 2. Somente é cabível o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade. 3. Descrito na denúncia, e confirmado pelo Tribunal de origem, que o paciente participava do esquema criminoso apurado, em que se valendo de sua condição de funcionário de instituição bancária, era responsável por autorizar - sem prévia consulta a qualquer documentação - o saque de benefícios previdenciários a terceiros não autorizados, inviável o acolhimento das teses de inépcia da denúncia e falta de justa causa. 4. Possível, desde logo, em hipóteses excepcionais, a antecipação do juízo desclassificatório pelo magistrado processante, sempre que da qualificação jurídica do fato atribuído depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir. (RHC 72.016/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 2/3/2017). 5. Na espécie, a modificação do enquadramento da conduta prevista no art. 171 do Código Penal, para o tipo descrito no art. 155, § 4º, II e IV, do mesmo Código, obsta a suspensão condicional do processo, antes possível, trazendo reflexos imediatos ao deslinde do processo. 6. Não havendo manifestação da Corte a quo quanto à suscitada nulidade da decisão de ratificação do recebimento da denúncia, descabe a este Tribunal promover a análise inaugural da questão, sob pena de incursão em indevida supressão de instância. 7. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 100.845/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 13/03/2019)

PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ART. 168, § 1º, III, DO CP – TRANCAMENTO – MEDIDA EXCEPCIONAL – INVIABILIDADE – REPARAÇÃO A POSTERIORI DO DANO – IRRELEVÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1 - De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o trancamento da ação penal, por meio de habeas corpus ou recurso em habeas corpus, é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando inequívoca a ausência de justa causa, v.g., a atipicidade do fato, o que não ocorre in casu. 2 - Na linha dos precedentes desta Corte, “no crime de apropriação indébita, a restituição do bem ou o ressarcimento do dano não são hábeis a excluir a tipicidade do crime ou afastar a punibilidade do agente” (AgRg no AREsp

nº 828.271/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/4/2016, Je 3/5/2016). 3 - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgInt no HC 477.498/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019)

Nesse sentido, julgados deste Sodalício:

EMENTA – HABEAS CORPUS – FRAUDE PROCESSUAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL INVIÁVEL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA – ALEGA AUSÊNCIA DE DOLO NÃO CONSTATÁVEL DE PLANO – ORDEM DENEGADA Da leitura da exordial acusatória e dos documentos que a acompanham, nota-se que há lastro probatório mínimo para a acusação, com provas da materialidade dos delitos imputados à paciente, assim também de indícios de autoria, o que, a propósito, já foi verificado pela autoridade apontada como coatora na oportunidade do recebimento da denúncia. Os argumentos de atipicidade da conduta e ausência de dolo guardam intrínseca relação com o próprio mérito da imputação feita pela acusação, de modo que deverá ser analisado após a devida instrução probatória, descabendo seu enfrentamento prematuro no atual estágio processual, mormente na via angusta do writ. (TJMS. Habeas Corpus nº 1401343-75.2019.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 27/02/2019, p: 28/02/2019)

EMENTA – HABEAS CORPUS – ART. 1º, III, DA LEI Nº 8.137/90 – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – REQUISITOS MÍNIMOS PARA O PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrado, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, falta de provas de materialidade ou autoria delitivas ou a existência de uma causa extintiva de punibilidade, sendo vedado o exame aprofundado do contexto fático-probatório. (TJMS. Habeas Corpus nº 1400226-49.2019.8.12.0000, Itaporã, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 26/02/2019, p: 27/02/2019)

Portanto, preenchidos os requisitos elencados no artigo 77, do Código de Processo Penal Militar, imperiosa torna-se a instauração da ação penal competente, a fim de que se apure a culpabilidade ao longo da instrução criminal.

Destarte, não há como se acolher o pleito de trancamento da ação penal por inépcia da denúncia.

Da competência da Justiça Militar

Aduzem os impetrantes que, ao ser agregado para cargo em comissão junto ao TCE/MS, o paciente passou a exercer atribuição de natureza não-militar, de maneira que, se supostamente se corrompeu no exercício dela, não cometeu crime militar.

Argumentam, ademais, que tratando-se de servidor militar agregado, encontra-se em situação de inatividade para a organização militar, sendo inegável a redistribuição do feito a uma das varas criminais comuns da capital.

Pois bem. O artigo 9º, II, do Código Penal Militar, elenca as hipóteses em que restarão configurados os crimes militares. *In verbis*:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) *por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;*

c) *por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9299.htm - art1

d) *por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;*

e) *por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;*

f) *revogada;*

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: (...)"

Infere-se, portanto, que competirá à justiça militar estadual, em observância ao disposto no artigo 125, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, processar e julgar os crimes praticados por militar, atuando em razão da função, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, cenário este vislumbrado nos autos.

Cumpra-se destacar que a expressão “em situação de atividade”, vislumbrada na alínea a, do dispositivo supracitado, refere-se ao militar “na ativa”, e não necessariamente em serviço.

Gize-se, a propósito, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

(...) RESISTÊNCIA, AMEAÇA E DESACATO (ARTIGOS 177, 223 E 298 DO CÓDIGO PENAL MILITAR) – CRIMES MILITARES IMPRÓPRIOS – INFRAÇÕES PRATICADAS POR MILITAR DA ATIVA CONTRA OUTRO NA MESMA SITUAÇÃO – DIFERENÇA ENTRE MILITAR EM ATIVIDADE E MILITAR EM SERVIÇO – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. 1. Os crimes de resistência, ameaça e desacato caracterizam-se como impropriamente militares, já que constituem infrações penais que podem ser praticadas por qualquer pessoa, seja ela civil ou militar, estando previstas no Código Penal Militar porque lesionam bens ou interesses militares, motivo pelo qual se deve verificar a presença de alguma das situações elencadas nas alíneas do inciso II do artigo 9º do citado diploma legal. 2. No caso em exame, tanto o paciente quanto a suposta vítima dos ilícitos são militares da ativa, enquadrando-se a hipótese na alínea “a” do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar. 3. Os militares da ativa não se confundem com os militares em serviço, uma vez que aqueles se caracterizam como sendo os que estão em atividade, ou seja, que não estão na reserva, sendo desinfluyente, por conseguinte, a circunstância de o paciente estar de folga quando dos acontecimentos narrados na denúncia. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 4. Assim, constatado que tanto o agente como a vítima são policiais militares em atividade, também compete à Justiça Militar processar e julgar o feito no que se refere aos referidos delitos. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 191.371/RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/10/2012, DJe 09/10/2012)

O Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul (Lei Complementar nº 53/90), aliás, em seu artigo 4º, § 1º, alínea a, dispõe que são considerados “na ativa”: “I - Os policiais-militares de carreira; II - Os incluídos na Polícia Militar, voluntariamente, durante os prazos a que se obrigarem a servir; III-os convocados e os designados;”

Ainda, a despeito do argumento de que o paciente teve sua situação alterada para “agregado”, pois designado há mais de dois anos, o artigo 76, §§ 1º e 2º, da mencionada lei, prevê o seguinte:

“Art. 76. A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número. § 1º O policial-militar deve ser agregado quando: a) for nomeado ou colocado à disposição para exercer cargo policial-militar ou considerado de natureza policial-militar, estabelecido em lei, decreto ou regulamento, não previsto nos quadros de organização da Polícia Militar; (...)

§ 2º O policial-militar, agregado de conformidade com as alíneas “a” e “b” do parágrafo anterior, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo.”

Feitas tais considerações, verifica-se que o paciente é policial militar e foi designado para exercer suas funções junto à Assessoria Militar do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, estando, portanto, em situação de atividade, atraindo, por corolário, a aplicação da lei penal militar ao caso.

Face outra, embora atuando em local fora da administração militar, por certo que desenvolvia atividades de caráter eminentemente militar.

Com efeito, a Lei nº 3.580/2008 que criou a assessoria militar do TCE/MS prevê, em seu artigo 4º, a sua composição e, ainda, a natureza das atividades a serem desempenhadas pelos ocupantes dos cargos. *In verbis*:

“Art. 2º A Assessoria Militar será composta, preferencialmente, por pessoal da ativa, sendo neste caso solicitado ao Comando-Geral da Polícia Militar, cujas funções serão consideradas de natureza e interesse policial-militar. “

Além disso, segundo a denúncia, justamente em razão de sua alta patente na corporação, o paciente *“valia-se de seu trânsito livre e influência para desempenhar as mais diversas atividades em benefício, e a pedido, daqueles que lhes pagavam propina”*, sendo o responsável pelo transporte e repasse de dinheiro, inclusive para fora deste Estado, prevalecendo-se de sua função para acionar apoio e/ou segurança de seus subordinados, atentando contra o prestígio moral da administração militar.

Nesse contexto, tratando-se de crime praticado por militar em situação de atividade, atuando em razão de sua função, resta caracterizado, em tese, crime de natureza militar, sendo irrelevante o fato de ter sido cometido em local não abrangido pela administração militar.

Destaco, nesse sentido, o entendimento adotado no julgamento do RHC 36.630/MG, de relatoria do Ministro Jorge Mussi:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CORRUPÇÃO PASSIVA, AMEAÇA, COAÇÃO E EXTORSÃO – CRIMES MILITARES IMPRÓPRIOS – INFRAÇÕES COMETIDAS POR MILITAR ATUANDO EM RAZÃO DAS SUAS FUNÇÕES – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE – DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Os crimes de corrupção passiva, ameaça, coação e extorsão caracterizam-se como impropriamente militares, já que constituem infrações penais que podem ser praticadas por qualquer pessoa, seja ela civil ou militar, estando previstas no Código Penal Militar porque lesionam bens ou interesses militares, motivo pelo qual se deve verificar a presença de alguma das situações elencadas nas alíneas do inciso II do artigo 9º do citado diploma legal.

2. No caso em exame, o recorrente teria praticado os crimes descritos na denúncia no exercício de suas funções, enquadrando-se a hipótese na alínea “c” do Código Penal Militar.

3. Ainda que os ilícitos atribuídos ao recorrente tenham ocorrido em localidade diversa na qual exercia suas atividades, e não guardem relação intrínseca com as suas funções, a Justiça Militar é competente para processá-lo e julgá-lo, uma vez que teria se valido da condição de policial militar para praticar os delitos descritos na denúncia, o que atrai a incidência do disposto na alínea “c” do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar.

4. *Recurso desprovido.* (STJ, RHC 36.630/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 20/02/2015)

Nesse panorama, por qualquer ângulo que se analise a questão, resta preenchido o requisito previsto no artigo 9º, II, alínea c, do Código Penal Militar, sendo a Justiça Militar Estadual competente para o processamento e julgamento do feito, não havendo, por conseguinte, constrangimento ilegal a ser sanado pelo presente *writ*.

Da prisão preventiva

A prisão preventiva encontra embasamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI, possibilitando a sua decretação quando presentes os requisitos expressamente previstos, além das condições de admissibilidade do artigo 254, do Código de Processo Penal Militar.

Por tratar-se de medida cautelar pressupõe a coexistência do *fumus commissi delicti e do periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* consiste na:

“(...) exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração. Já o periculum libertatis diz respeito à necessidade de segregação do acusado antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que está prestes a fugir para outro país”²

Há prova da materialidade, bem como indícios da autoria, consoante observado nos documentos coligidos e, da mesma forma, presente o chamado *periculum libertatis*, já que a custódia do paciente interessa especialmente à ordem pública, máxime considerando que, além da gravidade concreta do caso focado, responde a outras ações penais, inclusive pelo cometimento em tese dos crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção passiva, realçando cenário incompatível com a paz social por todos almejada.

Por outro prisma, consoante salientado alhures, a prisão preventiva alicerçou-se em satisfatória fundamentação, correspondente não apenas à extrema gravidade concreta que reveste o caso como, também, à necessidade de garantia da instrução criminal e à aplicação da lei penal, uma vez que, tratando-se de acusado que estaria reiterando na prática de infrações penais, culmina por delinear significativos traços de periculosidade.

Com efeito, da decisão atacada emerge que o magistrado primevo, além de se referir à materialidade e aos indícios de autoria, realçou as particularidades do caso. Frise-se (f. 267 – Autos originários 0900798-93.2018.8.12.0001):

“(...) Com efeito, de acordo com o entendimento há muito adotado neste Juízo Militar o que está consonante ao do Superior Tribunal de Justiça, quando um policial militar pratica, em tese, condutas criminosas contra a Administração Pública de forma reiterada e mediante grupo de pessoas aparentemente organizadas para lesar o erário, justifica-se a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, porquanto demonstrada a sua periculosidade através do manifesto e relevante desprezo pelo bem jurídico tutelado. Não se pode deixar de considerar, neste momento, que o ora requerido foi denunciado pelo crime de organização criminosa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e obstrução/embaraçamento de instigação de organização criminosa, sendo tais crimes relacionados a fatos umbilicalmente ligados aos tratados nos presentes autos. (...) Além disso, é certo o entendimento de que a possibilidade de manutenção de uma organização criminosa em plena atividade, por si só, configura manifesto abalo à ordem pública, sobretudo quando integrada por policiais militares agentes públicos que, por força constitucional CF, art. 144), possuem o dever de exatamente preservar a ordem pública. (...)”

Não se olvide que, na qualidade de policial militar, se esperaria do paciente o combate a atividades criminosas, nos moldes em que lhe foi outorgado, por ordem constitucional, a preservação da ordem pública e

2 (REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. Saraiva, 2017. p. 411)

a incolumidade das pessoas e do patrimônio, o que implica dizer que teria ferido frontalmente regras basilares das funções desempenhadas no serviço público.

É natural e esperado, portanto, que condutas dessa natureza, quando praticadas por aquele que deve combatê-las, revele sentimento de descrédito da sociedade em relação à Instituição Castrense, contribuindo, por conseguinte, para o surgimento de um contexto de insegurança pública perante a sociedade, capaz de colocar em risco a ordem pública.

E, sabe-se, como garantia da ordem pública não se busca apenas assegurar a calma social, a manutenção e estabelecimento da disciplina social e de seus valores, como também, prevenir a reprodução de fatos criminosos.

Ao abordar o tema, enfatiza Renato Brasileiro que:

(...) entende-se garantia da ordem pública como risco de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade. O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, resguardando o princípio da prevenção geral. (BRASILEIRO, Renato. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 906-907)

Nesse diapasão o entendimento firmado pelo pretório excelso no julgamento do HC 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ao realçar:

A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos.

De semelhante tom, o entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça:

(...) inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. (...). (STJ. 5ª Turma. RHC 70.698/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1º/8/2016)

Cumprе destacar, ainda, que a prisão do paciente se deu em decorrência de investigações do GAECO que visava apurar as atividades praticadas por organização criminosa composta por policiais militares de Mato Grosso do Sul, que dava suporte aos contrabandistas de cigarros, popularmente conhecida como a “máfia do cigarro”, fatos estes intrinsecamente ligados ao crime ora debatido, evidenciando a alta probabilidade de insistência no comportamento delituoso, pois nada está a demonstrar que, contemplado com a soltura, opte por comportamento que até o momento estaria desprezando.

Diante desse panorama, evidentemente restrito aos elementos de convicção até o momento reunidos, inegável se afigura a necessidade da custódia, máxime considerando que as particularidades, as circunstâncias fáticas, a própria dinâmica dos acontecimentos, culminam por delinear a gravidade concreta das condutas que teriam sido perpetradas, ensejando indicativos sobre a extrema periculosidade do paciente, nociva à segurança e à incolumidade social.

Nesse tom o posicionamento emanado do Tribunal de Cidadania, ao destacar:

(...) O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo modus operandi com que o crime fora praticado. (RHC 69.889/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016).

Os tempos presentes, infelizmente repletos de violência, reclamam especial atenção para com a segurança coletiva, para com o bem-estar da população a cada dia mais traumatizada e perplexa com essa nefasta onda crescente de ataques a que vem sendo submetida.

Nesse tanto, da mesma forma da destacada no *decisum* investivado, a manutenção da cautelar se justifica visando coibir a reiterada delinquência que, em tese, estaria sendo realçada pelo paciente, bem como impedir que obstrua a instrução do feito em que figura como réu de delito grave, seja coagindo testemunhas, seja ocultando provas, já que foi delineado possuir ligação com agentes públicos lotados em órgãos públicos estratégicos para a instrução criminal.

Ademais, que se diga, várias pessoas ainda serão ouvidas, afigurando-se despiciendo ressaltar o efeito negativo que, por motivos óbvios, a soltura almejada acarretaria, a colocar em xeque a eficácia de atos que ainda serão praticados, além da credibilidade da própria instituição.

Colaciono, a propósito, jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – HABEAS CORPUS – CORRUPÇÃO PASSIVA - CRIME MILITAR – CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – NOVO TÍTULO PRISIONAL – PREJUDICADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTES – ORDEM DENEGADA. I- Resta superada a alegação de eventual nulidade ou irregularidade do flagrante, diante da decretação da prisão preventiva, novo título que justifica a custódia processual. II- Presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva e havendo provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, deve ser mantida a segregação cautelar como medida indispensável ao resguardo da ordem pública, especialmente diante da potencialidade lesiva da infração, corrupção passiva. III- Eventuais condições pessoais favoráveis não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva. Com o parecer, ordem denegada. (TJMS. Habeas Corpus nº 1402067-79.2019.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 12/03/2019, p: 13/03/2019)

EMENTA – HABEAS CORPUS – CRIME MILITAR – CORRUPÇÃO ATIVA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PGJ – REJEITADA – MÉRITO – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE RECLAMAM A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA – OFENSA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E AOS PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA DA INSTITUIÇÃO POLICIAL – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA – ORDEM DENEGADA. (TJMS. Habeas Corpus nº 1401478-29.2015.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 02/03/2015, p: 06/03/2015)

Lado outro, a segregação cautelar encontra alicerce também na previsão do artigo 255, e, do Código de Processo Penal Militar, pois a liberdade do paciente, diante do crime supostamente perpetrado, por certo atenta contra a manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares da polícia militar de Mato Grosso do Sul.

Destarte, a necessidade da prisão preventiva restou suficientemente fundamentada, destacando o preenchimento dos requisitos legais peculiares à espécie, não se vislumbrando, pois, irregularidade apta a demandar a revogação almejada. Não se revela desproporcional, tampouco excessiva, não se justificando, destarte, nem por essa ótica, a sua substituição por qualquer das medidas cautelares.

É evidente que a medida não pode se alicerçar em meras conjecturas, mas não se pode olvidar que para a decretação da prisão cautelar é suficiente um juízo de risco, não de certeza. Se se fosse esperar que acontecesse o dano social e jurídico, a que a lei pretende obstar, já não haveria razão para a existência da medida de caráter preventivo (RT 583-397). Além disso, como destacado, está fundamentada em elementos concretos e claros, contidos nos autos, a teor do artigo 255, 'a', 'b', e 'e', do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que os limites do *habeas corpus* não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, cotejo de provas ou questionamentos alusivos à caracterização ou não dos delitos mencionados. Por conseguinte, os questionamentos neste particular demandam incursão na seara fático-probatória, extrapolando, pois, os limites da estreita via.

É certo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas esse princípio deve ser interpretado em sintonia com as demais disposições constitucionais, dentre as quais aquela estampada no art. 5º, inciso LXI, da CF/88, e não isoladamente.

Inconcebível, portanto, que, valendo-se desse princípio, extraia-se a conclusão de que não mais subsistem a prisão preventiva e outras formas de coerção processual, tanto mais que a estas alude o art. 5º, inciso LXI, acima citado.

A prisão enfocada, por outro ângulo, não fere o princípio constitucional de presunção de inocência, também porque, sendo de natureza meramente processual, não diz respeito ao reconhecimento da culpabilidade. A propósito:

“HABEAS CORPUS – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – NEGATIVA DE AUTORIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – REITERAÇÃO DELITIVA – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTE – ORDEM DENEGADA. A tese de negativa de autoria é matéria afeta ao mérito da ação penal e depende de análise do acervo fático-probatório, incabível em sede de habeas corpus. Não conheço da impetração nesta parte. Merece destaque o fato de que “a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção ‘juris tantum’ de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu ‘status libertatis’. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado”. A reiteração na prática delitiva justifica a manutenção da prisão preventiva, fundada na garantia da ordem pública. Perigo concreto de reiteração criminosa, pois se trata de paciente que possui desfavorável histórico criminal e responde por ação penal no Tribunal do Júri, além de já ter sido condenado pelo crime de roubo. Presentes os indícios de autoria e prova da materialidade, bem como os requisitos autorizadores da custódia cautelar, dispostos no art. 312, CPP. Além do que, à luz do artigo 313 do CPP, mostra-se admissível a manutenção da prisão preventiva. Eventuais condições pessoais favoráveis não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva. Conheço parcialmente do writ e, na parte conhecida, denego a ordem, com o parecer. (TJMS. Habeas Corpus nº 1406385-13.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 14/07/2016, p: 15/07/2016).

Inegável, pois, a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do estado democrático de direito, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo (STF – HC 106856, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012).

Ante o exposto, conheço do *habeas corpus* e, com o parecer, denego a ordem almejada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e denegaram. Sustentação oral proferida pelo Dr. Ivan Gibim Lacerda.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 28 de março de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0001796-52.2016.8.12.0035 - Iguatemi

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENOR – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO SEGUNDO DELITO – CRIME FORMAL – SÚMULA 500 DO STJ – CONCURSO FORMAL COM ROUBO CIRCUNSTANCIADO – IRRELEVÂNCIA PRÉVIA CORRUPÇÃO DO MENOR – CONDENAÇÃO MANTIDA – ROUBO – PENA-BASE – ALMEJADA FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – GRAVES CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – AUMENTO JUSTIFICADO – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL – TRANSPORTE DE VEÍCULO SUBTRAÍDO PARA O EXTERIOR – MAJORANTE CONFIGURADA – FIXAÇÃO DO *QUANTUM* PELAS MAJORANTES EM 2/5 – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – *QUANTUM* PRESERVADO – REGIME INICIAL FECHADO – ABRANDAMENTO – INVIABILIDADE – DETRAÇÃO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, § 2º, DO CPP – AUSENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – PREQUESTIONAMENTO AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

O crime de corrupção de menores é de natureza formal, logo, para a sua consumação, basta que se demonstre que o menor praticou o crime com imputáveis, sendo irrelevante o prévio grau de depravação moral do inimputável.

Correta a elevação da pena-base acima do mínimo legal quando justificada nas graves consequências do delito.

Incide a causa de aumento de pena do inc. IV, § 2º, art. 157, do Código Penal, quando há nos autos provas de que a *res furtiva* efetivamente foi transportada para o exterior.

Se o magistrado apresentou fundamentação idônea para a fixação do *quantum* em razão das majorantes do roubo, nada há que ser reparado.

Mantem-se o regime inicial fechado ao condenado a pena superior a quatro e inferior a oito anos de reclusão, quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são totalmente favoráveis. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração penal. Assim, não sendo caso de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena estabelecido na sentença, compete ao juízo das execuções penais a análise de eventual deferimento da progressão de regime, uma vez que, embora aparentemente preenchido o requisito objetivo/temporal, inexistem nos autos elementos que comprovem satisfazer o requisito subjetivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O réu Gláucio de Paula Rozendo foi condenado à pena de 06 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do Código Penal, e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal, porque, segundo consta, no dia 12 de novembro de 2016, por volta da 06h30min, na Rua Eufrasina Martins Fernandes, nº 726, na cidade de Iguatemi/MS, juntamente com Márcio Leandro da Costa, cientes da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, em unidade de desígnios e esforços com o adolescente Geyson Taylor Paulino Veronez, subtraíram para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra a vítima Darksson Albuquerque Ledesma, um veículo Chevrolet S10 LTZ DD4, ano 2013/2013, cor preta, placas AWX-5285, avaliado em R\$ 90.481,00.

Inconformado com a sentença condenatória proferida pelo juiz substituto da Comarca de Iguatemi, o acusado apela a esta Corte pleiteando por sua absolvição pela prática do crime descrito no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (insuficiência de provas). Requer, também, no que tange ao delito de roubo: a fixação da pena-base no mínimo legal; o afastamento da causa de aumento prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 157 do Código Penal; a redução do *quantum* fixado na terceira fase; o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena; a realização da detração penal para adequar a fixação do regime prisional, nos termos do artigo 42 do Código Penal. Ao final, prequestiona toda a matéria.

O Ministério Público Estadual de 1º grau apresentou contrarrazões, propugnando pelo não provimento do recurso (f. 372-381).

A PJG também opina pelo não provimento do apelo defensivo. Pugna, ao final, pela manifestação expressa sobre os artigos 33, 42, 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, todos do Código Penal, artigos 386, inciso VII, e 387, § 2º, ambos do Código de Processo Penal, 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, Súmulas 443 e 500 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, para fins de cumprimento do requisito processual atinente ao prequestionamento e, assim, possa a matéria futuramente ser objeto de recurso excepcional (f. 397-417).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Insurge o recorrente Gláucio de Paula Rozendo em face da sentença proferida pelo juiz substituto da Comarca de Iguatemi, que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando-o à pena de 06 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do Código Penal, e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal.

Em suas razões, pleiteia a absolvição pela prática do crime descrito no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (insuficiência de provas). Requer, também, no que tange ao delito de roubo: a fixação da pena-base no mínimo legal; o afastamento da causa de aumento prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 157 do Código Penal; c) a redução do *quantum* fixado na terceira fase; o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena; a realização da detração penal para adequar a fixação do regime prisional, nos termos do artigo 42 do Código Penal.

No que pertine ao pedido absolutório formulado pelo réu, da prática do crime descrito no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua pretensão não merece guarida.

Alega a defesa, para tanto, que não houve o oferecimento ou promessa de qualquer vantagem ao menor Geyson Taylor Paulino Veronez para que praticasse o delito, tendo ele insistido em acompanhar o apelante.

Sucedo que o crime do art. 244-B, do ECA, é de natureza formal, sendo despicienda a prova da efetiva corrupção do incapaz, bastando que fique demonstrado que o mesmo participou da prática ilícita juntamente com agente capaz.

É o que definiu o STJ na Súmula 500, cujo Enunciado estabelece que “*A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal*”.

É firme a posição deste Sodalício nesse sentido:

“EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENOR – ART. 244-B DA LEI Nº 8.069/90 – CRIME FORMAL – PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE – SÚMULA Nº 500 DO STJ. (...). 1. Segundo orientação estampada na Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça, por se revestir de natureza formal, o crime de corrupção de menores prescinde da prova da efetiva corrupção do adolescente, bastando a sua exposição ao cometimento do delito. 2. (...)”. (TJMS; EI-Nul 0031615-44.2013.8.12.0001; Seção Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 10/11/2017; Pág. 62)

Cite-se, ainda, um aresto do STJ a respeito do tema:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – SÚMULA 7/STJ – SÚMULA 500/STJ – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É dever da parte demonstrar o cabimento do recurso, isto é, que sua insurgência amolda-se a uma das hipóteses constitucionais, explicitando, pormenorizadamente, as razões pelas quais ocorreu o maltrato à legislação infraconstitucional. Meras assertivas de incorreção da decisão tomada pelo tribunal a quo não justificam o recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. 2. A pretensão de reverter a conclusão do tribunal a quo sobre a existência de provas suficientes para a condenação é providência sabidamente inviável na via eleita, ante a indisfarçável necessidade de revolvimento aprofundado de fatos e provas, vedado pelo enunciado 7 da Súmula desta Corte. 3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.127.954/DF, uniformizou o entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, basta que haja evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, porquanto se trata de delito de natureza formal. Incidência da Súmula 500 do STJ. 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 539.297/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/8/2016, DJe 29/8/2016, destaquei)

No caso, restou evidenciado nos autos que o menor Geyson Taylor Paulino Veronez não só presenciou, como também participou da prática delitativa, juntamente com o apelante e a pessoa de Márcio Leandro da Costa, pois estava junto aos acusados e da vítima no deslocamento de Iguatemi para Mundo Novo.

É o que se extrai do interrogatório judicial do corréu Márcio Leandro da Costa (f. 210), ocasião em que afirmou que, juntamente com o apelante e o adolescente Geyson Taylor Paulino Veronez, foram para a cidade de Iguatemi objetivando a prática delitativa. Observa-se:

“[...] Nós estávamos em Mundo Novo, eu e meu cunhado numa lanchonete (...) aí chegou um cara junto com o menor; o Geyson, ‘nós estava’ sentando na lanchado, aí ‘nós começou’ a conversar; aí o cara perguntou para nós (...) se ‘nós queria’ ganhar um dinheiro, que era um dinheiro fácil, falou assim que não ia ter muito risco, aí a gente pegou e concordou, já que a gente estava precisando do dinheiro. Aí ele pegou e levou nós até Iguatemi, aí chegando lá ele deixou nós, (...) aí nós andamos na cidade um pouco lá e fomos para a lanchonete, chegamos na lanchonete a gente comeu uma porção, tomamos um refri e fomos para a outra viagem, (...) aí dormimos lá para esperar o ônibus, aí de dia eu e o Glaucio fomos dar uma volta, nisso o Geyson ficou na rodoviária, foi lá que nós avistamos o veículo, o veículo e o dono do veículo, e foi a hora que ‘nós enquadrrou’ ele, aí nós pegamos ele (...) aí nós fomos e pegamos o menor na rodoviária, deixamos a vítima próximo a rodovia e fomos sentido Mundo Novo, chegamos em Mundo Novo e deixamos a camionete em frente a (inteligível), e o cara veio e buscou a camionete, aí nós pegou e formos embora, o Glaucio foi para o Paraguai trabalhar. [...]”

Já o investigador de polícia judiciária Ricardo Pereira do Amaral, foi categórico ao afirmar, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (f. 190-191), que na trama criminosa havia um menor de idade. Vejamos:

“[...] No dia do crime, eles estavam, salvo engano, em três na cidade, com a desculpa de que vieram para cá para uma festa ou algo parecido, portando uma arma de fogo, e de acordo com eles, eles estavam caminhando pela cidade e viram a vítima na varanda da casa, passaram pela casa da vítima, retornaram e decidiram entrar na casa e efetuar o roubo. Subtraíram a camionete, levaram a camionete pro Paraguai. No caminho um deles tinha ficado, salvo engano, na rodoviária, aí eles passaram e pagaram essa terceira pessoa que estava no caminho e foram pra Mundo Novo e de lá o carro foi para o Paraguai. Eu cheguei nos autores pelo carro. O carro foi visto em um shopping dentro do Paraguai e a polícia Paraguai me informou a respeito do fato e eu já tinha conhecimento do roubo em Iguatemi. Eu fui até o Paraguai, localizei o veículo, conversei informal com o vigilante do shopping e ele me apontou um funcionário do shopping que teria chegado lá com a camionete. Entrei no shopping, identifiquei o local que a pessoa trabalhava, consegui ir lá no local descobri (...) e o nome completo, voltei para Mundo Novo, fiz a pesquisa no sistema, consegui a CEP dele, inclusive com o facebook, apresentei as fotos para a vítima, a vítima reconheceu ele como sendo um dos autores, e a partir dele então nós chegamos aos demais, inclusive tinha um cunhado envolvido, um menor, etc [...]”

A vítima declarou perante a autoridade judicial (f. 223), que depois que já estava em poder dos acusados, antes de adentrarem na MS-295 em sentido a Eldorado, passaram na rodoviária de Iguatemi para buscar o menor Geyson Taylor Paulino Veronez, que lá os aguardava. Neste momento, os acusados Gláucio e Márcio, portando arma de fogo, informavam à vítima que não fariam nada e só queriam o carro, tudo isso presenciado pelo menor Geyson.

Com efeito, conforme bem concluiu o juiz na sentença (f. 280):

“Em que pese os acusados titubarem acerca da ciência de Geyson sobre a empreitada criminosa, não se mostra crível que uma pessoa vá entrar em um carro que não conhece, cujo motorista é uma pessoa que lhe é estranha (neste caso, a vítima), ouvir frases dos acusados no sentido de que não vão fazer nada com a vítima e querem somente o carro, ver armas sendo ostentadas pelos acusados para a prática do delito e, ainda assim, não ter ciência do que se passa naquela situação”.

Portanto, mesmo não tendo participado da abordagem à vítima, e de fato não participou, o adolescente Geyson Taylor Paulino Veronez ao menos aderiu à conduta destes quando aceitou entrar no carro roubado, com a vítima dentro, deslocando-se em direção à Mundo Novo, o que basta para a condenação dos acusados no crime do art. 244-B do ECA.

Não se está aqui a analisar a conduta do adolescente Geyson Taylor Paulino Veronez, mas dos acusados, ficando comprovado que corromperam Geyson Taylor Paulino Veronez a, com eles, praticar conduta delitiva.

Destaca-se que o apelante Gláucio de Paula Rozendo e Márcio Leandro da Costa também já foram condenados pela prática de crime idêntico na Comarca de Eldorado (Autos nº 0001665-83.2016.8.12.0033), inclusive com confirmação da condenação neste Tribunal de Justiça, tendo, na ocasião, envolvido novamente o menor Geyson Taylor Paulino Veronez, além de outros, na empreitada criminoso.

Posto isso, mantem-se a condenação do apelante pela prática do crime previsto no art. 244-B, da Lei nº 8.069/90.

Com relação ao delito de roubo, a defesa questiona apenas a parte dispositiva da sentença.

Inicialmente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal.

Ao fixar a reprimenda base, o magistrado justificou a sua elevação nos seguintes termos, *in verbis*:

“1) Do crime do art.157, § 2º, I, II, IV, V do Código Penal

PRIMEIRA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: A culpabilidade é normal à espécie delitiva. O réu não registra maus antecedentes (segundo certidão cartorária anexada nos autos - f. 60-62). Não há elementos para aferir a conduta social e a personalidade do agente. Os motivos são inerentes à objetividade jurídica do delito; as circunstâncias do crime são graves, mas serão devidamente valoradas na terceira fase. As consequências do delito lhe são desfavoráveis, pois a res furtiva não foi recuperada. Por fim, a vítima não contribuiu para prática delitiva. Assim, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, aumento a pena em 1/8 do intervalo entre o mínimo e o máximo de pena aplicado ao crime, resultando a pena base em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente”.

Vê-se, assim, que não existe reparo a ser feito na pena-base, majorada em 1/8 – o que corresponde a 9 meses e 11 dias de reclusão - em razão das gravíssimas consequências do crime, visto que o produto do roubo, que se trata de uma camionete S10 LTZ DD4/Chevrolet, avaliada em R\$ 90.481,00 (f. 19-20), não foi recuperada.

Inexistindo, portanto, ilegalidade na elevação, mantém-se a pena-base fixada na sentença.

Pede também, o apelante, a exclusão da majorante prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 157 do Código Penal, ao argumento de que o veículo foi subtraído na cidade de Iguatemi e entregue em Mundo Novo, no mesmo ente federativo.

Uma vez mais, sua pretensão não merece prosperar.

Denota-se pelo depoimento do investigador de polícia Ricardo Pereira do Amaral (f. 190-191), que o veículo automotor foi subtraído na cidade de Iguatemi e teria como destino a cidade de Salto Del Guairá, no Paraguai, tanto que foi visto em um shopping dentro daquele país, sendo que a polícia paraguaia foi quem o informou a respeito dos fatos, o que possibilitou a identificação dos autores. Eis um trecho de seu depoimento:

“[...] No dia do crime, eles estavam, salvo engano, em três na cidade, com a desculpa de que vieram para cá para uma festa ou algo parecido, portando uma arma de fogo, e de acordo com eles, eles estavam caminhando pela cidade e viram a vítima na varanda da casa, passaram pela casa da vítima, retornaram e decidiram entrar na casa e efetuar o roubo. Subtraíram a camionete, levaram a camionete pro Paraguai. No caminho um deles tinha ficado, salvo engano, na rodoviária, aí eles passaram e pagaram essa terceira pessoa que estava no caminho e foram pra Mundo Novo e de lá o carro foi para o Paraguai. Eu cheguei nos autores pelo carro. O carro foi visto em um shopping dentro do Paraguai e a polícia paraguaia me informou a respeito do fato e eu já tinha conhecimento do roubo em Iguatemi. Eu fui até o Paraguai, localizei o veículo, conversei informal com o vigilante do shopping e ele me apontou um funcionário do shopping que teria chegado lá com a camionete. Entrei no shopping, identifiquei o local que a pessoa trabalhava, consegui ir lá no local descobri

(...) e o nome completo, voltei para Mundo Novo, fiz a pesquisa no sistema, consegui a CEP dele, inclusive com o facebook, apresentei as fotos para a vítima, a vítima reconheceu ele como sendo um dos autores, e a partir dele então nós chegamos aos demais, inclusive tinha um cunhado envolvido, um menor, etc [...]” - (destaquei)

Destarte, considerando que o produto do roubo efetivamente foi transportado para o país vizinho, incide a causa de aumento de pena do inc. IV, § 2º, art. 157, do Código Penal.

A defesa ainda persegue a redução do *quantum* na 3ª fase de fixação da pena, alegando ausência de motivação suficiente para a sua exasperação.

Nada há que ser reparado nesta fase de fixação da pena.

O magistrado fundamentou o *quantum* de 2/5 em razão das majorantes, apascentando:

“(...) Após análise, entendo que a exasperação da pena em 2/5 (dois quintos) afigura-se pertinente, pois os acusados, além de terem quase que esgotado o rol de causas majorantes arroladas no § 2º do art. 157 do CP, na divisão de tarefas, ficaram responsáveis por escolher o veículo e a vítima que seriam objeto da ação, levaram a vítima consigo na fuga por de tempo necessário para causar grande temor à esta e assegurar o sucesso da empreitada criminosa, até que seu comparsa conseguisse ultrapassar as fronteiras do Estado Brasileiro, prolongando os efeitos nefastos da ação”.

Vislumbra-se que o juiz 1º grau levou em consideração que o crime deu-se de forma premeditada, com a escolha certa do veículo e da vítima alvos da ação, bem como por terem levado a vítima e a deixado às margens da rodovia até que pudessem ultrapassar as fronteiras do Estado, assegurando o sucesso da empreitada criminosa, o que, evidentemente, agrava ainda mais a ação.

De rigor, assim, a manutenção do *quantum* estabelecido na sentença.

Quanto ao pedido de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena, melhor sorte não assiste à defesa.

É cediço que, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, não basta que o apelante preencha os requisitos do artigo 33, § 2º, do Código Penal, pois, conforme preceitua o § 3º do mesmo artigo, “*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*”.

Assim, embora a pena aplicada ao apelante não ultrapasse o limite de 8 anos, o que possibilitaria o cumprimento de pena no regime semiaberto (artigo 33, § 2º, b, do Código Penal), o § 3º do mesmo dispositivo justifica a decisão do juiz em aplicar o regime inicial fechado, observando os critérios previstos no artigo 59, do Código Penal.

É o que ensina Cezar Roberto Bitencourt, Código Penal Comentado, 9. ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que:

“(...) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado”.

No caso dos autos, foi negativamente valorada, na fixação da pena-base, uma circunstância judicial, qual seja, as consequências do crime, o que obsta a fixação de regime prisional mais brando, que se revelaria desproporcional e insuficiente diante da reprovabilidade da conduta perpetrada.

Portanto, impositiva a manutenção do regime inicial fechado.

Por fim, nem mesmo a aplicação da detração seria capaz de alterar o regime inicial de cumprimento da pena determinado na sentença. Afinal, embora o apelante tenha sido preso preventivamente em 03/04/2017 (f. 79-81), até a data da sentença condenatória, isto é, em 15/05/2018 (f. 269-289), cumpriu 1 ano, 1 mês e 12 dias de sua reprimenda, restando aproximadamente 5 anos e 5 meses de reclusão a serem cumpridos.

A respeito do tema, trago à baila esclarecedor julgado do STJ como se observa:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – (...) – DETRAÇÃO – NEGATIVA DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA ORIGEM – ILEGALIDADE – TRÂNSITO EM JULGADO – ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. (...). 10. A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Assim, cabe ao sentenciante descontar da pena aplicada ao réu o período em que fora mantido em prisão provisória. Realizada tal operação, observados os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível ao juiz alterar o regime, aplicando modalidade menos gravosa. 11. Ausentes informações suficientes para, nesta oportunidade, aplicar o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, deve o juízo das execuções criminais examinar se o tempo de prisão cautelar autoriza a fixação de regime inicial mais brando. (...)” (HC 342.822/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

Transportando tais vetores ao caso dos autos, verifica-se que a pena corporal, descontada a detração, ainda supera quatro anos de reclusão, o que, somado às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desautoriza a fixação de regime prisional semiaberto. É bem verdade que o apelante, aparentemente, cumpriu 1/6 da pena imposta, lapso suficiente para a progressão de regime, contudo, impossível a aplicação do referido dispositivo legal, ante a ausência de elementos que comprovem satisfazer o requisito subjetivo.

Sendo assim, tal análise deverá ser realizada pelo juízo das execuções penais.

Em arremate, no que toca ao prequestionamento suscitado, considerando que todos os dispositivos legais invocados foram devidamente abordados e enfrentados na decisão, julgou-o improcedente.

Ante ao exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo interposto por Gláucio de Paula Rozendo, mantendo-se incólume a sentença proferida pelo juiz substituto da Comarca de Iguatemi, que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando-o à pena de 06 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do Código Penal, e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unanime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0034634-97.2009.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – “OPERAÇÃO LAS VEGAS” – PLEITO PELA NULIDADE DA SENTENÇA DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO ÀS INFRAÇÕES PENAIIS DO ARTIGO 50 DA LCP, ARTIGOS 288, 299 E 304, TODOS DO CP – PROCEDENTE – DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA RESTABELECIDA – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO A alguns DENUNCIADOS – CRIME DO ARTIGO 1º, VII, DA LEI 9.613/98 – ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O momento oportuno para a discussão acerca das condições da ação seria o da admissibilidade da peça acusatória, nos termos do art. 395 do CPP; para a absolvição sumária, logo após a defesa do réu, conforme art. 397 do CPP; sendo que na sentença a análise é meritória de procedência ou improcedência da ação penal.

Portanto, decreta-se a nulidade da sentença quanto aos delitos dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41, posto que inadequadamente reconhecida a inépcia da denúncia.

Com a nulidade da sentença, quanto aos delitos dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41, tem-se que se restabeleceu o recebimento da denúncia e, portanto, observa-se a necessidade de reconhecimento da prescrição na sua forma abstrata quanto a alguns apelados, salvo, quanto àquele que teve o prazo prescricional suspenso no decorrer da instrução, eis que este não alcançou o lapso temporal para extinção da punibilidade.

Considerando que a denúncia imputou aos apelados a conduta de lavagem de capitais por organização criminosa no período em que não havia no ordenamento jurídico pátrio a definição do delito de organização criminosa, que só passou a constituir infração penal após a Lei 12.850/2013, razão pela qual, excluído o aludido ilícito, e não estando as infrações penais dos artigos do artigo 50 da LCP e artigos 288, 299 e 304, todos do CP, que igualmente foram denunciados, listados no rol taxativo do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, afigura-se manifestamente atípica a conduta narrada na inicial acusatória, devendo a sentença absolutória ser mantida neste ponto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, dar parcial provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença que julgou improcedente a denúncia, reconhecendo a nulidade do processo pela inépcia quanto aos crimes previstos nos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41, e, conseqüentemente, declarou extinta a punibilidade pela prescrição, além de que absolveu, com fundamento no artigo 386, III, do CPP, pelo crime previsto no artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98 e, com fulcro no artigo 386, II, do CPP, pelo crime do artigo 339 do Código Penal (f. 7396-7478).

Sustentou a nulidade da sentença, posto que ocorreu a preclusão *pro judicato*, eis que:

“(...) a denúncia foi recebida em 18 de junho de 2009 (f. 2.145-2.146), por outro magistrado, o qual estampou estarem preenchidos os requisitos para o acolhimento da inicial acusatória” (f. 7.545), sendo que “não pode outro magistrado, como ocorre nos autos, anular a decisão judicial já transitada em julgado do recebimento, como se segunda instância fosse” (f. 7.546).

Trouxe, ainda, que não houve a prescrição da pretensão punitiva em relação aos crimes previstos no artigo 288, artigo 299, *caput*, e no artigo 304, todos do Código Penal, posto que:

“(...) afastando-se por nulidade a sentença pela impropriedade da rejeição da denúncia aduzida, reestabelecida está a causa interruptiva em lume e, como tal, os prazos prescricionais têm seu início em 17/06/2009 (data do recebimento da denúncia), conforme dispõe o art. 117, I, do Código Penal” (f. 7.553).

Sustentou a tipicidade do crime de lavagem de capitais (artigo 1º, VII, da Lei 9.613/1998), posto que:

“(...) a mudança no texto da lei, todavia, não prejudicou a imputação que recai em desfavor dos apelados, porquanto à época do fato já havia expressa previsão típica da lavagem de capitais oriundos, direta ou indiretamente, de crimes praticados por organização criminosa” (f. 7.556).

Assim, requereu o provimento do recurso a fim de que seja anulada a sentença, bem como prequestionou a matéria (f. 7.538-7.584).

Contrarrazões de Sérgio Roberto Carvalho (f. 7589-7612); Nedina Pereira da Silva (f. 7.614-7.624); Jean Carlo Toro Padovani (f. 7.637-7.639); Cláudia Pompeu de Carvalho (f. 7.643-7.654); Marcos Aurélio de Freitas (f. 7.657-7.666); Paula Jaqueline Lopes (f. 7.732-7.740); Paulo Roberto Teixeira Xavier (f. 7.753-7.758) e Marcelo da Silva Sena (f. 7.788-7.806) pelo improvimento do apelo do Ministério Público.

Os apelados Samuel Ozório Júnior, Robson Ribeiro Motta, Diones Magalães Silva, Odilon Ferreira da Silva, Marcel Rodrigo de Carvalho Simões, Marco Cassaranduba, Marcelo Santana Vaz, Luiz Bernardo da Silva Filho, Luiz Marcelo Villalba Campista e Maicon dos Anjos Mussi em contrarrazões, preliminarmente, requereram o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com relação aos delitos de associação, falsidade ideológica e uso de documento falso, e, no mérito, pelo improvimento do recurso ministerial (f. 7.760-7.781).

A PGJ opinou pelo parcial provimento do recurso, a fim de anular a sentença quanto à declaração de inépcia da denúncia quanto aos delitos do artigo 288, artigo 299 e artigo 304, todos do Código Penal, bem como condenar os denunciados pelo delito do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Ao revisor.

VOTO (EM 19/02/2019)

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença que julgou improcedente a denúncia, reconhecendo a nulidade do processo pela inépcia quanto aos crimes previstos nos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41, e, conseqüentemente, declarou extinta a punibilidade pela prescrição, além de que absolveu, com fundamento no artigo 386, III, do CPP, pelo crime previsto no artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98 e, com fulcro no artigo 386, II, do CPP, pelo crime do artigo 339 do Código Penal (f. 7396-7478).

Registre-se, inicialmente, que quanto ao delito do artigo 339 do CP imputado ao denunciado Paulo Roberto Teixeira Xavier não houve insurgência ministerial, sendo que o recurso limita-se a nulidade da sentença quanto aos delitos dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41, bem como quanto ao crime do artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98.

Desta forma, sustentou o órgão ministerial, quanto aos delitos dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50, do Decreto-Lei 3.688/41, a nulidade da sentença, posto que ocorreu a preclusão *pro judicato*, eis que:

“(...) a denúncia foi recebida em 18 de junho de 2009 (f. 2.145-2.146), por outro magistrado, o qual estampou estarem preenchidos os requisitos para o acolhimento da inicial acusatória” (f. 7.545), sendo que “não pode outro magistrado, como ocorre nos autos, anular a decisão judicial já transitada em julgado do recebimento, como se segunda instância fosse” (f. 7.546).

Razão assiste ao órgão ministerial.

Depreende-se dos autos que a denúncia foi recebida (decisão de f. 2358-2359), sendo que, após a citação e apresentação da resposta à acusação, inclusive sendo suscitada a inépcia da denúncia em preliminares, contudo, não vislumbrando quaisquer das hipóteses do artigo 397 do CPP, o magistrado da instância singela registrou que a denúncia preenchia os requisitos do artigo 41 do CPP e, conseqüentemente, não se apresentava inepta, e designou audiência para a instrução do feito (f. 3576-3584).

O feito foi instruído, sendo que na sentença o magistrado anulou o feito a partir do recebimento da denúncia e, com fundamento no artigo 395, I, do CPP, rejeitou-se a peça inicial, quanto às infrações do artigo 50 da LCP e artigos 288, 299 e 304, todos do CP, posto que entendeu que era inepta.

Entretanto, observa-se completa subversão do procedimento adotado pelo magistrado da instância singela.

Isso porque ao receber a denúncia entendeu o magistrado que a peça estava formalmente em ordem, ou seja, apresentava os pressupostos processuais e as condições da ação, bem como havia lastro probatório mínimo para a instauração do processo penal.

Assim,

“(...) de acordo com a jurisprudência, recebida a peça acusatória, não pode o juiz rejeitá-la depois, porquanto teria ocorrido preclusão pro judicato. Caso pudesse fazê-lo, o juiz estaria concedendo habeas corpus de ofício contra si mesmo, o que não é possível” (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal: Volume único. 5. ed. Salvador: jusPodivm, 2017, p. 1303).

Não se desconhece que a doutrina tem mais de um posicionamento quanto à oportunidade para verificação das condições da ação. A primeira posição, sustenta que a demonstração das condições da ação pode ser feita em qualquer momento do processo, o que levaria à extinção do processo sem julgamento de

mérito. A segunda posição, entende que o momento oportuno para a discussão acerca das condições da ação seria o da admissibilidade da peça inicial. Nessa linha, essa parte da doutrina assenta que, superada esta fase, resta ao magistrado o enfrentamento meritório.

Desse modo, alinhando-me a segunda posição, entendo que o momento oportuno para a discussão acerca das condições da ação seria o da admissibilidade da peça acusatória, nos termos do art. 395 do CPP; para a absolvição sumária, logo após a defesa do réu, conforme art. 397 do CPP; sendo que na sentença a análise é meritória de procedência ou improcedência da ação penal.

A propósito, nesse sentido é a jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 60 DA LEI Nº 9.605/98 – SUPERVENIÊNCIA DE ELEMENTOS ENSEJADORES DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL – JUÍZO DE MÉRITO – RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU DE DENÚNCIA – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERTÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira “marcha para frente”, tendo em vista a finalidade a que ele se destina. 2. Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato. 3. Caso surja, durante a instrução criminal, circunstâncias de fato ou de direito que levem à improcedência, total ou parcial, da pretensão punitiva estatal, deverá o juiz, ao sentenciar, levar em consideração tais circunstâncias, utilizando-se, entretanto, de fundamentação diversa daquela relativa à inadmissibilidade da exordial acusatória. 4. Isso porque, ao proferir decisão positiva de admissibilidade da denúncia e atestar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, o magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso, sendo aplicável a teoria da asserção. 5. Recurso especial improvido.” (STJ. REsp. 135.838/MT. Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR). DJe 05/04/2013)

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – USO DE DOCUMENTO FALSO – RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU A DENÚNCIA COM RELAÇÃO A UM DENUNCIADO – INÉPCIA – RECURSO MINISTERIAL – INADMISSIBILIDADE – PRECLUSÃO – DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS CONTIDOS NO ART. 41 DO CPP – PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO. Não pode o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato. Se na denúncia o fato criminoso imputado ao réu é devidamente descrito, ou seja, de forma clara e lógica, narradas todas as circunstâncias relevantes e contendo a peça os demais elementos previstos no art. 41 do CPP, não há falar em sua inépcia, devendo ser determinado o prosseguimento da ação penal.” (TJMS, Apelação Criminal 0005243-21.2014.8.12.0002, Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, j. 03/08/2015)

É importante salientar que no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do *Habeas Corpus* 178.577/MS, o qual trancou a ação penal quanto ao paciente Marcelo Pereira de Souza, restou consignado que as “peculiaridades inerentes à condição do paciente se distinguem das observadas nos demais corréus, não se equiparando sua situação fático-processual aos outros increpados”, o que afasta, portanto, a possibilidade de extensão da decisão aos demais denunciados.

Portanto, pela análise do feito, necessária é a nulidade da sentença quanto aos delitos dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41.

Com a nulidade da sentença, quanto aos delitos dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e quanto à contravenção penal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41, tem-se que se restabeleceu o recebimento da denúncia e, portanto, observa-se a necessidade de reconhecimento da prescrição na sua forma abstrata quanto aos apelados Sérgio Roberto Carvalho; Nedina Pereira da Silva; Jean Carlo Toro Padovani; Cláudia Pompeu de Carvalho; Marcos Aurélio de Freitas; Paula Jaqueline Lopes; Paulo Roberto Teixeira Xavier, Samuel Ozório Júnior, Robson Ribeiro Motta, Diones Magalães Silva, Odilon Ferreira da Silva, Marcel Rodrigo de Carvalho Simões, Marco Cassaranduba, Marcelo Santana Vaz, Luiz Bernardo da Silva Filho, Luiz Marcelo Villalba Campista e Maicon dos Anjos Mussi.

Na hipótese, os crimes dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, e 304, todos do Código Penal, têm pena máxima cominada em 3 anos de reclusão, sendo que a contravenção penal do artigo 50 da LCP possui pena máxima de 1 ano de prisão simples.

Dessa forma, de acordo com a redação do art. 109 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva dar-se-á em 8 (oito) anos, quanto aos crimes, e em 3 (três) anos, quanto à contravenção penal.

A denúncia foi recebida em 18/6/09 (f. 2358-2359), sendo que até o presente momento não houve prolação de sentença condenatória.

Por conseguinte, verifica-se que entre a data do recebimento da denúncia (18/6/09) e a presente data já houve o transcurso de mais de 8 (oito) anos, lembrando que a sentença absolutória não suspende nem interrompe o prazo prescricional.

Portanto, reconheço a prescrição da pretensão punitiva estatal e, por consequência, declaro extinta a punibilidade dos apelados Sérgio Roberto Carvalho; Nedina Pereira da Silva; Jean Carlo Toro Padovani; Cláudia Pompeu de Carvalho; Marcos Aurélio de Freitas; Paula Jaqueline Lopes; Paulo Roberto Teixeira Xavier, Samuel Ozório Júnior, Robson Ribeiro Motta, Diones Magalães Silva, Odilon Ferreira da Silva, Marcel Rodrigo de Carvalho Simões, Marco Cassaranduba, Marcelo Santana Vaz, Luiz Bernardo da Silva Filho, Luiz Marcelo Villalba Campista e Maicon dos Anjos Mussi pela prática dos crimes dos artigos 288, *caput*, 299, *caput*, 304, todos do Código Penal, e da contravenção penal do artigo 50, do Decreto-Lei 3.688/41, o que faço com fundamento no art. 107, IV, c/c 109, ambos do Código Penal.

Registre-se que quanto ao apelado Marcelo da Silva Sena não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, eis que não ultrapassado o lapso temporal para tanto, posto que houve suspensão do prazo prescricional em 9/11/09 (f. 3541).

Ademais, sustentou o órgão ministerial a tipicidade do crime de lavagem de capitais (artigo 1º, VII, da Lei 9.613/1998), posto que:

“(...) a mudança no texto da lei, todavia, não prejudicou a imputação que recai em desfavor dos apelados, porquanto à época do fato já havia expressa previsão típica da lavagem de capitais oriundos, direta ou indiretamente, de crimes praticados por organização criminosa” (f. 7.556).

A sentença absolutória quanto ao delito do artigo 1º, VII, da Lei 9.613/1998 foi com fundamento no artigo 386, III, do CPP (não constituir o fato infração penal).

À época da suposta prática dos delitos (anterior a 2009) e do oferecimento da denúncia o tipo penal de lavagem de dinheiro, como crime acessório, pressupunha a ocorrência de um delito anterior, sendo que o artigo 1º da Lei 9.613/1998 trazia um rol taxativo de crimes anteriores para a subsunção do agente as previsões da Lei 9.613/1998.

Nesse sentido, ensina Renato Brasileiro de Lima (Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2014, p. 326):

Como crime acessório que é, a lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de um delito anterior. Na redação original da Lei nº 9.613/98, havia um rol taxativo de delitos, constante dos revogados incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98: I – tráfico ilícito de substância entorpecente ou drogas afins; II – terrorismo e seu financiamento; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – de extorsão mediante seqüestro; V – crime contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – crime contra o sistema financeiro nacional; VII – crime praticado por organização criminosa. VIII – crime praticado contra administração pública estrangeira (arts. 337-, 337-C e 337-D do Dec-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1994 – Código Penal)

Destarte, na redação original do crime de lavagem de capitais, ainda que um crime proporcionasse ao agente a obtenção de bens, direitos e valores, não seria possível a tipificação do crime de lavagem se esse delito não contasse do rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/98, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal.

Colhe-se que foi imputado aos apelados a prática do delito de lavagem de dinheiro, sendo definido como delito anterior, que é elementar do delito em tela, o crime de organização criminosa.

Ocorre que o crime de organização criminosa somente obteve definição jurídica com o advento da Lei 12.850, de 12 de agosto de 2013, sendo que é assente na jurisprudência que atos anteriores à citada norma são atípicos.

Nesse sentido:

PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – LAVAGEM DE DINHEIRO – ATIPICIDADE – ROL EXAUSTIVO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.683/2012 – INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA DOS FATOS – FLAGRANTE ILEGALIDADE – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Caso reste evidenciada, de plano, a atipicidade da conduta, sendo despidendo revalorar as provas produzidas no curso da persecução penal, admite-se a absolvição do réu, mesmo em sede de habeas corpus. Precedentes. 3. Nos dizeres José Paulo Baltazar Júnior, “a lavagem de dinheiro pode ser conceituada como atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 10ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1088). 4. Por se tratar de crime acessório, derivado ou parasitário, o crime de lavagem de dinheiro pressupõe a existência infração anterior, que constitui uma circunstância elementar do tipo de lavagem. 5. Conquanto o advento da Lei nº 12.683/2012 tenha afastado o rol exaustivo dos crimes-base previsto na redação original da Lei nº 9.613/1998, tendo passado a admitir que bens, valores ou direitos oriundos de qualquer crime ou contravenção penal possam ser objeto de lavagem de dinheiro, não se revela possível aplicar tal entendimento, por ser ele mais gravoso ao réu, a atos de branqueamento perpetrados antes da sua entrada em vigor. 6. A teor da jurisprudência desta Corte, dada a ausência de definição jurídica à época dos fatos, a qual somente foi inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.850/2013, o crime praticado por organização criminosa não era admitido como antecedente da lavagem de dinheiro, restando evidenciada, por consectário, a atipicidade da conduta descrita na denúncia. 7. Mesmo que se reconheça que os membros da organização criminosa foram condenados por incursos nas sanções do art. 288 do CP, forçoso reconhecer que tal delito não estava elencado entre os crimes antecedentes previstos na redação anterior do art. 1º da Lei nº 9.613/1998, considerando que o ato de lavagem de dinheiro, qual seja, o auxílio prestado pelo réu na ocultação da compra de aeronave através de contrato de leasing envolvendo o líder da associação criminosa, foi perpetrado antes da entrada em vigor da Lei nº 12.694/2012. 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente quanto à prática do crime de lavagem de dinheiro, com fulcro no art. 386, III, do CPP. (HC 378.449/PB, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

Registre-se que não se desconhece que a Lei 12.683/2012 afastou o rol taxativo de crimes-base previsto na redação original da Lei 9.613/1998, passando a admitir qualquer infração penal anterior para configurar o crime de lavagem, desde que dela resulte a obtenção de bens, direitos ou valores cuja natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, possa ser objeto de ocultação ou dissimulação.

Entretanto, no caso em análise, os fatos são anteriores à vigência da citada lei, sendo incabível a aplicação da novel redação, eis que mais gravosa aos apelados.

Acresça-se, ainda, que o fato de os apelados terem sido denunciados pelo delito do artigo 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) não é suficiente para a subsunção ao tipo penal que era previsto no artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98, eis que feriria a reserva legal equiparar as figuras de organização criminosa e quadrilha ou bando, bem como este delito não estava elencado entre os crimes antecedentes previstos no rol taxativo da citada Lei.

Aliás, esse é o entendimento das Cortes Superiores:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – LAVAGEM DE DINHEIRO, QUADRILHA E FRAUDE À EXECUÇÃO – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – FATOS OCORRIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 9.613/1998 PELA LEI 12.683/2012 – ROL TAXATIVO DOS CRIMES ANTECEDENTES À LAVAGEM – AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA – IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO MENCIONADO ILÍCITO PARA FINS DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º DA LEI 9.613/1998 – MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA – PROVIMENTO DO RECURSO – 1. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. **O tipo penal do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, vinculava a conduta de ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos aos delitos mencionados nos incisos I a VIII, sendo certo que, caso a lavagem de dinheiro decorresse da prática de outras infrações penais nele não listadas, a conduta não configurava crime, pois se tratava de rol taxativo.** 3. **No que se refere especificamente ao inciso VII, tem-se que, quando da edição da Lei 9.613/1998, não havia no ordenamento jurídico pátrio a definição do crime de organização criminosa, o que só veio a ocorrer com o advento da Lei 12.850/2013, razão pela qual se passou a questionar se ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos decorrente da prática de delitos por qualquer associação poderia configurar o crime de lavagem de dinheiro, ou mesmo se a regulamentação contida em diplomas internacionais, como a Convenção de Palermo, seria suficiente para a incidência do dispositivo legal em exame.** 4. **O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, em razão do princípio da reserva legal, somente a legislação interna pode definir o crime de organização criminosa, que não pode ser equiparado ao de quadrilha.** 5. **No caso dos autos, os recorrentes foram acusados de ocultar e dissimular a natureza, a origem e a propriedade de bens e valores provenientes diretamente de crimes de fraude à execução praticados por organização criminosa entre os anos de 2007 e 2011, período em que não havia no ordenamento jurídico pátrio a definição do delito de organização criminosa, que só passou a constituir infração penal após a Lei 12.850/2013, razão pela qual, excluído o aludido ilícito, e não estando os crimes de fraude à execução e de quadrilha listados no rol taxativo do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, afigura-se manifestamente atípica a conduta que lhes foi assestada. Precedentes do STJ.** 6. **Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal deflagrada contra os recorrentes apenas quanto ao crime de lavagem de dinheiro.** (RHC 69.338/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 29/03/2017, grefou-se).*

Desta forma, considerando que a denúncia imputou aos apelados a conduta de lavagem de capitais por organização criminosa durante aproximadamente três anos anteriores a 2009, período em que não havia no ordenamento jurídico pátrio a definição do delito de organização criminosa, que só passou a constituir infração

penal após a Lei 12.850/2013, razão pela qual, excluído o aludido ilícito, e não estando os crimes dos artigos do artigo 50 da LCP e artigos 288, 299 e 304, todos do CP, que igualmente foram denunciados, listados no rol taxativo do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, afigura-se manifestamente atípica a conduta narrada na inicial acusatória.

Registre-se que entendimento semelhante já externou esta Corte:

EMENTA – ORDEM DE HABEAS CORPUS – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DELITOS CAPITULADOS NO ART. 1º, VII, § 1º, I, § 2º, LEI 9.613/98 – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA ANTES DA LEI Nº 12.850/2013 – FALTA DE JUSTA CAUSA SOMENTE QUANTO À IMPUTAÇÃO DO ARTIGO 1º, INCISO VII, DA LEI 9.613/98 – TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. O trancamento da ação penal é medida excepcional, que somente é admitido nos casos de violação patente de algum dos requisitos elencados no art. 41 do CPP. II. No presente caso, em relação ao delito do artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98 a ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa, antes da Lei nº 12.850/13, impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP. III - A circunstância de ter constado da denúncia, no item 5, como um sub-título na descrição dos fatos, os termos “A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO”, não significa que a ação penal carece de justa causa em relação ao crime art. 1º, § 1º, I, § 2º, da Lei 9.613/98, visto esta tipificação, mesmo antes da alteração promovida pela Lei 12.683/2012, não fazia menção ao termo “Organização Criminosa”, não estando relacionada ao conceito contido na Lei nº 12.850/13. (TJMS. Habeas Corpus nº 1411762-62.2016.8.12.0000, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 06/03/2017, p: 16/03/2017)

Portanto, quanto ao delito do artigo 1º, VII, da Lei 9.613/1998 merece ser mantida a sentença que absolveu os apelados com fulcro no artigo 386, III, do CPP.

Por fim, quanto ao questionamento a matéria foi debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de anular parcialmente a sentença para que outra seja proferida quanto as infrações previstas no artigo 50 da LCP e artigos 288, 299 e 304, todos do CP, apenas quanto ao apelado Marcelo da Silva Sena, considerando a impossibilidade de rejeição da denúncia por inépcia, sendo que, quanto aos apelados Sérgio Roberto Carvalho; Nedina Pereira da Silva; Jean Carlo Toro Padovani; Cláudia Pompeu de Carvalho; Marcos Aurélio de Freitas; Paula Jaqueline Lopes; Paulo Roberto Teixeira Xavier, Samuel Ozório Júnior, Robson Ribeiro Motta, Diones Magalães Silva, Odilon Ferreira da Silva, Marcel Rodrigo de Carvalho Simões, Marco Cassaranduba, Marcelo Santana Vaz, Luiz Bernardo da Silva Filho, Luiz Marcelo Villalba Campista e Maicon dos Anjos Mussi reconheço a extinção da punibilidade quanto aos citados delitos, com fundamento no art. 107, IV, c/c 109, ambos do Código Penal. Ademais, mantenho as absolvições dos delitos do artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98 e do artigo 339 do Código Penal, nos termos da sentença.

O Sr. Juiz Waldir Marques (revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Relembrando. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão proferida pela 2ª Vara Criminal de Campo Grande que julgou improcedente a denúncia, reconhecendo a inépcia da mesma e, conseqüentemente, decretou a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição.

Sustenta em suma o *Parquet* que há ocorrência da preclusão *pro judicato*, visto que a inicial acusatória já havia sido recebida antes, não podendo o feito retroagir. Além disso, requereu a condenação dos apelados nas penas do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98.

O e. Relator, Des. Jonas Hass Silva Júnior, deu parcial provimento ao recurso ministerial apenas para reconhecer a preclusão *pro judicato*.

Divirjo.

Pois bem. Conforme bem delineado pelo voto condutor, a doutrina possui duas correntes quanto à análise das condições da ação e, diversamente do e. relator, me filio ao entendimento de que a tais condições podem ser verificadas a qualquer tempo.

Assim, entendo que não há falar em preclusão *pro judicato*, visto que o fato da denúncia ter sido anteriormente recebida não é empecilho para que o magistrado possa decretar sua posterior rejeição (integral ou parcial), após resposta a acusação ou, até mesmo, após a instrução criminal.

Isso porque o magistrado singular, ao receber a inicial, pode rever sua decisão quando da análise da defesa prévia, pois nos termos do art. 396-A, do Código de Processo Penal, “na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa”.

Partindo-se do processo inicial de interpretação gramatical, invoco a premissa de uma regra básica de que “a lei não tem palavras supérfluas”, logo, diante da possibilidade de arguição de tais preliminares em sede de defesa, não há falar em vedação ao magistrado para reanalisar o recebimento da denúncia a qualquer tempo.

Aliás, em casos análogos, esta Câmara Criminal já se posicionou nessa direção, conforme os seguintes recursos: 0802382-47.2015.8.12.0017, 0802344-35.2015.8.12.0017, 0802375-55.2015.8.12.0017.

Outrossim, referida compreensão encontra amparo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai dos seguintes precedentes: HC 150.925/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 15/04/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1318180/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013; AgRg no AREsp 82.199/AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014.

Destarte, não assiste razão ao Ministério Público quanto a alegação de nulidade da sentença sob a fundamentação de que a denúncia já havia sido recebida e não poderia ser rejeitada posteriormente, pois como visto, se o magistrado pode rejeitar a denúncia após a resposta à acusação, nada o impede de que assim o faça após a colheita das provas delitivas.

Ademais, destaco que, de fato, agiu com acerto o magistrado singular, eis que a denúncia não cumpriu com os requisitos estabelecidos pelo art. 41 do CPP, quanto aos crimes previstos nos arts. 288, 299 e 304 do CP e a contravenção penal prevista no art. 50 da Lei nº 3.688/41, uma vez que, faltou a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, preferindo o *Parquet*, em vez de individualizar a conduta dos recorridos, utilizar-se de expressões genéricas, de apelo retórico.

Ora, como consabido, o acusado se defende de fatos, inexistindo possibilidade de defesa quando esses não estão devidamente delimitados.

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do e. relator para negar provimento ao recurso ministerial, mantendo a sentença de primeiro grau invecivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram parcial provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0009312-60.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – DELITO PREVISTO NO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO COMPROVADO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – FIRMES DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO – FATO TÍPICO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO AFASTADA – PENA-BASE – ALMEJADA REDUÇÃO – MAUS ANTECEDENTES – MODULADORA DESFAVORÁVEL – PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS – IRRELEVÂNCIA – AUMENTO JUSTIFICADO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 72, II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – MERAS REFERÊNCIAS ELOGIOSAS INERENTES À FUNÇÃO – NÃO RECONHECIMENTO – REGIME PRISIONAL – ABRANDAMENTO – REGIME ESTABELECIDO NO ABERTO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – MAUS ANTECEDENTES – REQUISITO INDISPENSÁVEL – BENESSE DESACOLHIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Havendo nos autos provas firmes e seguras de que a porção de droga foi encontrada na mochila do agente policial, impõe-se a manutenção da sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar, notadamente por se tratar de crime de perigo abstrato, não havendo necessidade de que ocorra eventual dano à incolumidade alheia, de modo que a simples manutenção do entorpecente em local sujeito à administração militar é o que basta para a sua configuração, razão pela qual não há falar em absolvição, tampouco em desclassificação para a conduta do art. 324 do mesmo códex.

É firme na doutrina e na jurisprudência ser inaplicável o princípio da insignificância ao agente surpreendido na posse de entorpecentes, ainda que ínfima a quantidade, com muito mais razão quando se trata de crime envolvendo policial militar, justamente de quem se espera o combate à prática de ilícitos.

O período depurador de cinco anos, previsto pelo inciso I do artigo 64 do Código Penal, aplica-se tão somente para excluir a reincidência, e não para coibir juízo negativo acerca da moduladora dos antecedentes, prevista pelo artigo 59 do mesmo Código. Precedentes do STJ. Assim, justifica-se a elevação da pena-base com base nos antecedentes criminais do agente.

A atenuante prevista no art. 72, II, do Código Penal Militar, consiste no comportamento meritório anterior, não bastando o agente não registrar punições em seu extrato de elogios e punições, devendo demonstrar conduta ilibada na sociedade, na comunidade onde vive e em família, excepcionais às rotineiras na instituição. Inexistindo tal comprovação, não há como reconhecê-la.

Não há falar em abrandamento se o regime de cumprimento de pena foi estabelecido no menos severo, qual seja, aberto.

Se o réu ostenta maus antecedentes, requisito indispensável para a concessão da suspensão condicional da pena, a teor do disposto no art. 84, II, do CPM, não faz jus à aplicação da benesse.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do Relator. Vencido o vogal.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O réu João Nilson Cavanha Vilalba foi condenado à pena de 01 ano e 06 meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 290, *caput*, do Código Penal Militar.

Inconformado, o réu apelou a este Tribunal de Justiça postulando: sua absolvição, ao argumento de ausência de dolo ou aplicação do princípio da insignificância; a desclassificação da conduta para a prevista no art. 324 do Código Penal Militar; a diminuição da pena-base; o reconhecimento da atenuante do art. 72, II, do Código Penal Militar; o abrandamento do regime inicial e, por fim; a suspensão condicional da pena (f. 258-268).

O ministério público estadual apresentou contrarrazões requerendo o não provimento do recurso (f. 273-278).

A procuradoria-geral de justiça opinou pelo improvimento do apelo defensivo (f. 287-293).

VOTO(EM 26/03/2019)

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Inicialmente, após examinar minuciosamente as provas produzidas nos autos, já posso antecipar que o pleito absolutório não se sustenta.

Apurou-se no procedimento investigatório que, no dia 19 de dezembro de 2017, após busca e apreensão efetuada no interior do presídio militar estadual, foi constatado que o apelante, CB PM João Nilson Cavanha Vilalba, tinha em depósito 2 invólucros, contendo 1,01 gramas de cocaína, sem autorização e em desacordo com a lei.

Como tese primário, a defesa alegou ausência do elemento subjetivo de tipo penal, porquanto o apelante não é usuário de entorpecentes, não tinha a intenção de traficar a droga no interior do presídio militar, e ainda desconhecia a origem do entorpecente, argumentando que possivelmente apreendeu a droga em alguma operação policial, guardou na mochila e esqueceu de proceder a sua entrega.

No entanto, a tese acima não passa de mero exercício de retórica.

A bem da verdade, o argumento apresentado pela defesa para justificar a posse do entorpecente apreendido em poder do apelante é de que seria resultado de alguma ocorrência policial, quando teria guardado a droga em um dos bolsos da mochila e esquecido de entregar.

Referida tese é totalmente descabida, pois confesso ter dificuldade em vislumbrar a hipótese de o apelante ter prendido alguém por tráfico, tê-lo conduzido até a delegacia e simplesmente esquecido de entregar a droga.

Não fosse isso, o réu não provou suas alegações, eis que inexistem indicativos de que a droga seria produto de uma suposta atuação em ocorrência policial, na qual o apelante teria guardado o produto do crime em sua mochila.

Do contrário, diante das peculiaridades envoltas, restou evidente que o apelante teve a intenção de carregar o entorpecente em seus pertences para dentro do presídio, sabê-la por qual motivo, se para consumo próprio ou com a finalidade de negociá-lo.

Por sua vez, os policiais militares Hudson Melo de Oliveira e João Fernando Karpinski foram uníssonos em afirmar em juízo (f. 173 - sistema audiovisual), que durante o procedimento de vistoria no estabelecimento prisional, encontraram dois papérols pequenos de substância branca em uma mochila de cor escura de propriedade do réu.

Tem-se, ainda, a corroborar a versão acusatória, os depoimentos prestados na etapa inquisitorial (f. 78-79) e em juízo (f. 173 – sistema audiovisual) pelo PM Marcelo Faria Fernandes de Souza, que confirmou que a droga apreendida foi encontrada dentro da mochila de propriedade do apelante João Nilson Cavanha Vilalba.

Aliás, consoante bem pontuado pelo magistrado na sentença (f. 241), ponto crucial para o deslinde da imputação contida na peça vestibular,

“(...) depreende-se que durante o seu interrogatório o denunciado confirmou que em momento anterior ao do fato, precisamente na ocasião de sua prisão efetuada em sua residência, foi realizada uma busca e apreensão no local, ocasião em que sua mochila foi revistada e não foi encontrado nada de ilícito dentro dela. Dessa forma, vale repetir - além de não ser nenhum pouco crível que o denunciado adotava a conduta de acondicionar em sua mochila as drogas ilícitas apreendidas e de não ter produzido nenhuma prova material nesse sentido - o próprio denunciado admitiu que a mochila já tinha sido objeto de revista quando foi preso, portanto, em data anterior a do fato em testilha, e que nada de irregular foi encontrado dentro dela – circunstância que infirma ainda mais a credibilidade da sua versão”.

De todo modo, convém destacar que a posse de substância entorpecente, independentemente da sua finalidade, no interior de estabelecimento militar, é delito de perigo abstrato, não havendo necessidade de que ocorra eventual dano à incolumidade alheia, de modo que a simples manutenção do entorpecente em local sujeito à administração militar é o que basta para a configuração delitiva.

Nesse sentido: (STM - AP 1268720127050005 PR 0000126-87.2012.7.05.0005. Relator: Cleonilson Nicácio Silva. Julgamento: 14 de outubro de 2014).

Sob outro enfoque, não há como acobertar a tese da insignificância em razão da ínfima quantidade de droga apreendida. Afinal, se a doutrina e a jurisprudência já consolidaram o entendimento de inaplicabilidade do princípio nos crimes previstos na Lei de Drogas, com muito mais razão quando se trata de crime envolvendo policial militar, justamente de quem se espera o combate à prática de ilícitos.

Portanto, se os policiais responsáveis pela vistoria no presídio militar estadual foram firmes em confirmar o teor da denúncia com a apreensão dos 2 invólucros contendo 1,01 gramas de “cocaína” nos pertences pessoais do apelante, sua conduta amolda-se ao disposto no artigo 290 do Código Penal Militar, não havendo falar em absolvição, tampouco em desclassificação para o tipo penal previsto no art. 324 do mesmo *Códex*.

No que tange ao pedido de redução da pena-base, com melhor sorte não conta o apelante.

Isso porque, quanto aos antecedentes criminais, destaca-se que embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE nº 593.818 RG/SC – que, em repercussão geral já reconhecida (DJ 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, o STJ possui o entendimento consolidado de que:

“(...) O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes.” (HC nº 337.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/6/2016). Ainda, menciono: HC nº 413.693/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/10/2017.

Vale dizer, decorrido o prazo de 5 anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes.

Portanto, face à ausência de definição da matéria pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, não me parece abusiva ou ilegal a decisão que opta por negativar os maus antecedentes nesses casos, notadamente porque ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça possuem a compreensão de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

Persistem, assim, os maus antecedentes e, conseqüentemente, a elevação da pena-base, eis que devidamente justificada e fundamentada.

Outrossim, revela-se inviável a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 72, inciso II, do Código Penal Militar.

A atenuante em comento consiste no comportamento meritório anterior, sendo pacífico nas cortes superiores o entendimento, correto a meu ver, de que não basta o réu não registrar punições em seu extrato de elogios e punições, devendo demonstrar conduta ilibada na sociedade, na comunidade onde vive e em família, excepcionais às rotineiras na instituição.

Assim o é porque simples referências elogiosas é o mínimo que se espera dos policiais militares nas vidas civil e castrense, próprias da função a ser desempenhada.

Logo, inexistindo nos autos prova apta a ensejar o reconhecimento da circunstância atenuante em questão, mantenho-a afastada da condenação.

Quanto ao pleito de abrandamento do regime prisional, tal não se sustenta, haja vista que o juiz estabeleceu o regime menos gravoso ao apelante, ou seja, o aberto.

Por fim, não há como acolher a pretendida suspensão condicional da pena, uma vez que o apelante ostenta maus antecedentes, não preenchendo o requisito necessário previsto no art. 84, II, do Código Penal Militar.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação ofertado por João Nilson Cavanha Vilalba.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Dirirjo do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso defensivo.

Entendo que os maus antecedentes somente se configuram a partir da segunda condenação transitada em julgado anterior e por crime antecedente aos novos fatos, desde que não ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do Código Penal que, apesar de referir-se à reincidência, estende-se à configuração dos antecedentes

negativos, sopesados o princípio da dignidade da pessoa humana e as finalidades da pena, incompatíveis com a eternização dos efeitos deletérios e estigmatizantes da atuação do direito penal em concreto.

Nesse sentido:

EMENTA – PENAL – HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS – UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL – PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA – ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos. (HC 142371, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, processo eletrônico dje-124 divulg 09-06-2017 public 12-06-2017).

EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – CONDENAÇÃO – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06) – DOSIMETRIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA (1.240 G DE CRACK) – ADMISSIBILIDADE – VETORES A SEREM CONSIDERADOS NECESSARIAMENTE NA DOSIMETRIA, NOS TERMOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – PRECEDENTES – VALORAÇÃO NEGATIVA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS COMO MAUS ANTECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INCISO I DO ART. 64 DO CÓDIGO PENAL – PRECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 3. Ordem concedida tão somente para determinar ao juízo da execução competente que, afastado o aumento decorrente da valoração como maus antecedentes de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente nos autos do processo nº 02411025822-5. (STF, HC 132600, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, Processo Eletrônico DJe-109 Divulg 27-05-2016 Public 30-05-2016).

EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – DOSIMETRIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM DECORRÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INCISO I DO ART. 64 DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA. 1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida. (STF, HC 130613, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, Processo Eletrônico DJe-255 Divulg 17-12-2015 Public 18-12-2015).

Conferir também: (STF - HC 130613, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, processo eletrônico DJe-255 divulg 17-12-2015 public 18-12-2015; HC 130500, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, processo eletrônico DJe-255 divulg 17-12-2015 public 18-12-2015; HC 126315, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, Processo Eletrônico DJe-246 divulg 04-12-2015 public 07-12-2015, entre outros).

Sendo assim, entendo que, na hipótese, a circunstância judicial dos maus antecedentes deve ser neutralizada em favor do ora apelante.

Feitas tais considerações, redimensiono a pena do acusado para 01 ano de reclusão, tornando-a definitiva ante a ausência de outras moduladoras a serem apreciadas, mantendo o regime inicial aberto.

Outrossim, em atenção ao art. 84, II, do CPM, ponderando que a pena não ultrapassa 02 anos e ausentes elementos judiciais negativos, concedo a suspensão condicional da pena ao sentenciado.

Diante do exposto, divirjo nobre relator e voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo a fim de neutralizar a circunstâncias judicial dos antecedentes e conceder a suspensão condicional da pena, estabelecendo a pena definitiva nos termos deste voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0001070-16.2013.8.12.0025 - Bandeirantes

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – RECEPÇÃO (ART. 180, *CAPUT* DO CP) – ABSOLVIÇÃO E PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO CULPOSA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ÔNUS DO ACUSADO EM COMPROVAR A LICITUDE DO BEM – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A DEMONSTRAR A PRÁTICA DO DELITO – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 62, IV, DO CÓDIGO PENAL – CABIMENTO – NÃO INCIDÊNCIA EM CRIMES PATRIMONIAIS. PLEITO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – REJEITADO – REQUISITO NÃO PREENCHIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Autoria e materialidade comprovadas durante a persecução processual. Inconsistente a negativa de autoria do delito de receptação dolosa quando o conjunto das provas produzidas nos autos aponta indubitavelmente no sentido de que o apelante possuía plena consciência de que o veículo é produto de crime.

A busca de vantagem patrimonial para si ou para outrem é elemento subjetivo específico do delito de receptação, inviável a incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal.

Somente se aplica o *sursis* caso não caiba substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. O apelante não faz jus ao *sursis*, por não preencher o requisito previsto no inciso III do art. 77 do Código Penal.

Recurso a que, com o parecer, dou parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover parcialmente o recurso unanime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação interposta por Marcos Paulo dos Anjos objetivando a reforma da sentença de f. 300-306, que julgou procedente a denúncia, condenando-o pela prática do delito previsto no artigo 180 *caput* do Código Penal à pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em razões recursais, f. 321-335, requer sua absolvição por ausência de provas, subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do delito para o crime de receptação na modalidade culposa prevista no art. 180, § 3º do CP e, caso mantida a condenação, o afastamento da agravante do art. 62, IV do CP, bem como

a aplicação do *sursis*. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa dos dispositivos elencados em sua manifestação.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 339-355, requerendo o improvimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 396-402, manifesta-se pelo parcial provimento do apelo, para tão somente, expurgar a agravante prevista no art. 62, IV do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Marcos Paulo dos Anjos objetivando a reforma da sentença de f. 300-306, que julgou procedente a denúncia, condenando-o pela prática do delito previsto no artigo 180, *caput* do Código Penal à pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em razões recursais, f. 321-335, requer sua absolvição por ausência de provas, subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do delito para o crime de receptação na modalidade culposa prevista no art. 180, § 3º do CP e, caso mantida a condenação, o afastamento da agravante do art. 62, IV do CP, bem como a aplicação do *sursis*. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa dos dispositivos elencados em sua manifestação.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 339-355, requerendo o improvimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 396-402, manifesta-se pelo parcial provimento do apelo, para tão somente, expurgar a agravante prevista no art. 62, IV do Código Penal.

É o que basta para analisar a pretensão.

Consta na denúncia que:

“(...) no dia 10 de maio de 2013, por volta das 15h30min, no Posto da Polícia Rodoviária Federal, localizado no Km 532 da BR-163, no município de Jaraguari/MS, o denunciado Marcos Paulo dos Anjos, transportava e conduzia, em proveito próprio ou alheio, o veículo VW/Voyage 1.6 Confortline, de cor preta, ano e modelo 2009 portando as placas NKR-6710, apresentando sequencial aparente de chassi 9BWDB05U5CT056371, ciente de que se tratava de produto de crime - Roubo ocorrido em 03/05/2013 na cidade de Goiânia/GO (BO nº 11477/2013).

Segundo consta, na oportunidade dos fatos, em operação de fiscalização rotineira, policiais rodoviários federais abordaram o veículo conduzido pelo acusado, que trafegava no sentido Cuiabá/MT - Campo Grande/MS. Ao realizarem a checagem nos sistemas de dados policiais, constataram que o referido automóvel possuía ocorrência de roubo/furto. (...)”

Ao final da instrução, o apelante foi condenado a 01 ano e 02 meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime de receptação (art. 180, *caput*, do CP), substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Pretende o apelante a absolvição do crime de receptação (art. 180, *caput*, do CP), sob a alegação de que o conjunto probatório existente nos autos são insuficientes para a configuração do delito de receptação. Além disso, caso a condenação seja mantida, requer a desclassificação do delito para o crime de receptação na

modalidade culposa (art. 180, § 3º do CP), bem como o afastamento da agravante prevista no art. 62, IV do CP e ainda a aplicabilidade do *sursis*.

Pois bem.

De início, necessário ponderar que o crime de receptação implica na averiguação do elemento subjetivo do delito, e para tanto, observa-se o conhecimento prévio da origem ilícita da coisa, a conduta e os dados circunstanciais do evento delituoso.

Dispõe o art. 180 do Código Penal:

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Dos autos, constata-se que a materialidade do fato delituoso restou provada através do auto de prisão em flagrante delito (f. 05), boletim de ocorrência da polícia civil nº 86/2016 (f. 11-12), auto de exibição e apreensão (f. 13-14), boletim de ocorrência da polícia rodoviária federal nº 276752 (f. 17-19), o auto de depósito (f. 37), pelo laudo pericial de exame documentoscópico nº 105.068 (f. 46-51), pelo laudo pericial de veículo automotor nº 103.706 (f. 53-60) e pelo auto de avaliação indireta (f. 67).

No que toca à autoria, absolutamente inconsistentes as razões de apelo, já que as provas produzidas nos autos demonstram recair sobre o apelante. Em que pese o fato do apelante negar o crime em juízo, tentando eximir-se de sua responsabilidade, sua versão resta isolada no contexto da instrução processual.

Em fase inquisitiva (f. 09) consta do interrogatório do apelante:

“(...) que o interrogando reside com sua família em Goiânia/GO exercendo atividade mencionada: que com relação ao veículo marca VW/Voyage, cor preta, alega que sua esposa e/ou amásia comprou no sábado passado no local denominado Feirão Hipódromo da Lagoinha em Goiânia/GO: que, sua companheira e/ou mulher deu como entrada R\$ 10.000,00 e assumiu 24 parcelas no valor de R\$ 570,00: que, desconhece a financeira originária do financiamento e maiores detalhes acerca da transação: que saiu de Goiânia/GO visando visitar sua irmã, prenome Adriana, residente em Bela Vista/MS: que, constantemente viaja para este Estado visando visitar a irmã referida: que, saiu de Goiânia nesta data por volta de 08:00 horas da manhã: que por volta das 16:30 horas foi abordado no posto PRF deste Município, onde as policiais rodoviárias federais pediram documento pessoal, do veículo e sua CNH: que desconhece o que de fato estava incidindo sobre o citado veículo a título de infração penal até porque ditos policiais externaram que a numeração do chassi e do vidro estavam certos; que, recebeu voz de prisão e Juntamente com veículo foi trazido para esta DP para providências cabíveis, que no ano de 1998 se envolveu no crime de roubo, tendo recebido perdão no ano de 2010; que, igualmente, tramita na justiça de Bela Vista processo penal pelo crime de receptação; que desconhecia qualquer irregularidade incidente sobre o veículo em questão, ficando surpreso quando da informação dos policiais que o mesmo poderia ser objeto de furto (...)”

Em juízo (f. 271), o apelante prestou declarações vagas, afirmando que não tinha conhecimento que o carro era roubado, achava que era financiado, que pegou o veículo emprestado em Goiânia/GO e que levaria ele até a cidade de Bela Vista, e que não receberia dinheiro pelo transporte.

As testemunhas policiais Wanderley Alves e Emerson da Silva, ouvidos em juízo (f. 144), ratificaram suas declarações prestadas em fase inquisitiva, vejamos o depoimento de Wanderley (f. 08):

“(...) após informar para Marcos que o carro conduzido era produto de furto, Marcos apresentou outra versão dizendo que estava vindo de Goiânia/GO com destino a Bela Vista, onde entregaria o carro, ganhando R\$ 1.000,00 pelo serviço; que, Marcos diz que não conhece

quem entregou o carro, muito menos para quem entregaria; que Marcos disse que sabia da irregularidade constatada no veículo.

(...)

No mesmo sentido foi o depoimento do policial Emerson que, em juízo (f. 144) acrescentou: esclareceu que o carro conduzido pelo apelante era um “dublê de placa”, que foi roubado pouco tempo antes. Afirmou que o acusado disse na época que ia para Paraguai, não se lembrando se era Bela Vista ou Ponta Porã.

Verifica-se que dos depoimentos dos policiais atuantes na ocorrência são firmes e harmônicos entre si. Por esses depoimentos já é possível concluir que o apelante cometeu o delito de receptação, porquanto suas ponderações em nada contribuem para demonstrar o contrário.

É evidente que ele tinha plena consciência sobre a origem ilícita do bem, pois outra forma não restou caracterizada. As declarações vagas e contraditórias verificadas na oportunidade em que foi interrogado são fortes evidências do delito praticado.

Em relação a alegação do recorrente de que não restou demonstrado o dolo também não prospera, como é cediço, diante da posse dos objetos furtados, ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu provar a licitude desta posse, nos exatos termos do artigo 156 do CPP.

É também o entendimento de Nucci:

*“(...) Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, “O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos” (ônus da prova no processo penal, p. 178-182). (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.)”.*

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – RECEPÇÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO OU APLICAÇÃO DO ART. 180, § 5º, CP – IMPOSSIBILIDADE – POSSE DE OBJETO FURTADO – DOLO COMPROVADO EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS EXTERNAS DO FATO E PROVAS AMEALHADAS NA INSTRUÇÃO – PALAVRA DO RÉU ISOLADA – RT. 156 DO CPP – RECURSO NÃO PROVIDO.

Estando demonstradas a autoria e a materialidade do delito de receptação, previsto no artigo 180, caput, descabida a absolvição ou desclassificação para receptação culposa, porquanto as circunstâncias fáticas aliadas ao conjunto probatório evidenciam o dolo do agente, restando sua versão isolada e não comprovada, nos termos do art. 156 do CPP.

A incidência do § 5º do art. 180 somente é a cabível quando se tratar de receptação culposa e, se dolosa, for o objeto receptado de pequeno valor. (TJMS - Apelação nº 0000936-82.2014.8.12.0015 – Miranda - Relator :Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli - 1ª Câmara Criminal – J. em 7 de março de 2017.

E ainda, conforme bem salientado na sentença proferida, a qual, acolho como razões de decidir:

“(...) Nesse sentido, vale destacar que, pela afirmação do acusado que não desconfiou que se tratava de veículo de origem ilícita, pois o levaria até a cidade de Bela Vista/MS, onde confessou para os policiais rodoviários federais, que receberia o valor de (R\$ 1.000,00) pelo serviço, evidentemente incompatível com o real valor financeiro do produto, que valia aproximadamente (R\$ 24,800,00, cf. f. 67).

Nesse mesmo sentido, o acusado pegou o veículo sem qualquer informação sobre a sua real procedência, sem qualquer documento idôneo capaz de atribuir o mínimo de legalidade ao objeto negocial.

Dessa forma, conclui-se, que o acusado agiu dolosamente, pois tinha conhecimento de que o bem adquirido era produto de crime anterior, não sendo possível, assim, a desclassificação para a modalidade culposa. (...)

Nesse contexto, em que pese às ilações defensivas, a prova testemunhal, aliada aos demais elementos de prova produzidos nos autos, são suficientes e seguros para confirmar a autoria delitiva e que comprovam de forma inequívoca o dolo do apelante, posto que no delito em comento é possível perceber o elemento subjetivo na conduta do agente por meio das circunstâncias que envolveram os fatos.

Dessa forma, não há como desclassificar a conduta para o tipo culposos, eis que evidente o dolo na receptação, aferível pelas circunstâncias do fato apurados na instrução criminal.

Portanto, não prosperam as teses recursais para a absolvição do crime de receptação, bem como sua desclassificação para o delito de receptação culposa, de forma que a manutenção da condenação pelo crime tipificado no art. 180, *caput*, do Código Penal é medida que se impõe.

Em relação ao afastamento da agravante prevista no art. 62, IV do CP, melhor sorte assiste o apelante.

No caso em análise, verifica-se que o juiz de piso reconheceu a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, ao argumento de que a prova reunida apontam que o réu agiu mediante paga ou promessa de recompensa.

Entendo que o recurso de defesa assiste razão neste ponto, tendo em vista que não se aplica essa agravante aos crimes contra o patrimônio, uma vez que o motivo da prática de delitos dessa espécie já se revela pela obtenção de vantagem econômica, de lucro fácil. Nesse sentido, em recente julgado este Tribunal de Justiça assim decidiu:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPÇÃO DE VEÍCULO FURTADO/ ROUBADO – BEM EM PODER DOS AGENTES – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA – TESE AFASTADA – INVIÁVEL – POSSE DO BEM SEM DEMONSTRAÇÃO DE BOA FÉ E DESCONHECIMENTO DE SUA ORIGEM CRIMINOSA – TESE AFASTADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em ausência de dolo na conduta do apelante se as circunstâncias que permeiam o delito (bem de alto valor receptado) evidencia que o mesmo sabia da natureza espúria do veículo receptado. Nego provimento ao recurso de Ricardo. DO RECURSO MINISTERIAL: APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 62 IV DO CP – IMPOSSIBILIDADE – VANTAGEM PATRIMONIAL QUE É INERENTE AO CRIME PATRIMONIAL – RECURSO IMPROVIDO. A busca de vantagem patrimonial para si ou para outrem é elemento subjetivo específico do delito de receptação, como tal é inviável a aplicação da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal.” Nego provimento ao recurso do Ministério Público. (TJMS. Apelação nº 0000409-62.2016.8.12.0015, Miranda, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 05/06/2018, p: 25/06/2018)

Logo, a busca de uma vantagem patrimonial para si ou para outrem é elemento subjetivo específico do delito de receptação, inviável a aplicação da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal.

Dessa forma, tendo a pena-base fixada no mínimo legal, ausentes atenuantes e agravantes, bem como causa de aumento ou diminuição, torno a pena definitiva em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Por fim, pugna o apelante pela concessão da benesse do *sursis* penal, de modo a suspender-lhe a pena mediante o cumprimento de condições.

Ocorre que o artigo 77 do Código Penal, preceitua que:

“(...) Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.(...)”

In casu, como já relatado no processo, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviço à comunidade ou entidade pública.

Assim, diante dessa perspectiva, não se encontra preenchido o requisito estabelecido pelo inciso III, art. 77, do Código Penal.

Nesse mesmo sentido é o entendimento deste Tribunal:

EMENTA – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ART. 14 DA LEI 10.826/2003 – FALTA DE PERÍCIA NA ARMA – IRRELEVÂNCIA – TIPICIDADE – CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO – REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA – PROPORCIONALIDADE – CUSTAS PROCESSUAIS – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO – PARCIAL PROVIMENTO.

I - O delito de porte e/ou posse ilegal de armas e munições de uso restrito, tipificado no caput do artigo 14 da Lei 10.826/2003, é de mera conduta e perigo abstrato, não exigindo prova de perigo real pois, por si só, já expõem a risco a incolumidade pública. Irrelevante a demonstração de efetiva ofensividade da arma, tanto que a configuração do delito prescinde da realização de exame pericial para aferir a potencialidade lesiva.

II - Impossível a suspensão condicional da pena (sursis) quando cabível a substituição por restritiva de direitos.

III - A alegada dificuldade no adimplemento da prestação pecuniária, bem como do cumprimento da prestação de serviços à comunidade, deve ser apreciada pelo Juízo da Execução, em momento oportuno.

IV - A fixação da pena pecuniária como alternativa à sanção corporal, deve observar a condição econômica do réu e as circunstâncias do delito, além de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade imposta.

V - Nos termos do artigo 804, do CPP, o vencido deve responder pelas custas processuais. Eventual impossibilidade de pagamento, mesmo aos assistidos pela Defensoria Pública, deverá ser analisada pelo Juízo das Execuções Penais, seja a momentânea, quando poderá ocorrer a suspensão do pagamento enquanto perdurar o estado de pobreza, no prazo de 05 (cinco) anos (art. 12 da Lei nº 1.060/50), seja a completa isenção.

VI - Recurso a que, em parte com o parecer, dá-se parcial provimento. (TJMS - Apelação nº 0001135-97.2011.8.12.0019 - Ponta Porã - 3ª Câmara Criminal - Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – J. em 30 de março de 2017)

Conclusão.

Por derradeiro, no que tange ao questionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias questionadas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso somente para afastar a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, restando a pena definitiva em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente o recurso unanime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0040130-97.2015.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME MILITAR – DESACATO A SUPERIOR (ARTIGO 298 DO CPM) – PLEITO PELA NULIDADE DA SENTENÇA POR READEQUAÇÃO DO TIPO PENAL – INOCORRÊNCIA – *EMENDATIO LIBELLI* APLICADO COM OBSERVÂNCIA DO ART. 437, ALÍNEA “A”, DO CPPM E SÚMULA Nº 5 DO STM – AFASTADA – DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL – INADMISSIBILIDADE – CRIME QUE SE AMOLDA AO TIPO APLICADO NA CONDENAÇÃO – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Não gera nulidade processual com conseqüente absolvição a readequação do tipo penal para outro delito de maior gravidade, trata-se de utilização do instituto da *emendatio libelli*, elencado no art. 437, alínea a, do CPPM, para o qual, exige-se apenas que as circunstâncias fáticas constem na denúncia e a desclassificação seja requerida pela acusação em alegações finais, com a observância do contraditório, na linha da súmula nº 5, do Superior Tribunal Militar.

Inoperante a desclassificação do delito de desacato a superior, para os crimes previstos no art. 223 (ameaça) e art. 216 (injúria), ambos do CPM, quando na hipótese verifique-se que o agente proferiu ofensas contra a dignidade, o decoro ou com menosprezo a autoridade hierárquica superior ao ofensor – inteligência do princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 297 do CPPM, pelo qual o juiz poderá dar ao caso apresentado definição diversa do exposto na inicial.

Recurso desprovido, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Hágner dos Santos Silva em face de sentença prolatada pelo juiz de direito da Vara da Justiça Militar Estadual que o condenou à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime de desacato a superior (artigo 298 do CPM).

Insurge o apelante, segundo as razões de f. 277-282, pretendendo, no mérito, a anulação da sentença objugada, de sorte absolver o réu das penas do artigo 298, do CPM, ou, alternativamente, requer a condenação pelos crimes imputados na denúncia, quais sejam do artigo 223 e 216, do CPM, posto que, neste caso, teriam penas mais brandas e a pretensão punitiva já estaria prescrita.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 287-291 e 300-304, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Hágner dos Santos Silva em face de sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara da Justiça Militar Estadual que o condenou à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime de desacato a superior (artigo 298 do CPM).

Insurge o apelante, segundo as razões de f. 277-282, pretendendo, no mérito, a anulação da sentença objurgada, de sorte absolver o réu das penas do artigo 298, do CPM, ou, alternativamente, requer a condenação pelos crimes imputados na denúncia, quais sejam do artigo 223 e 216, do CPM, posto que, neste caso, teriam penas mais brandas e a pretensão punitiva já estaria prescrita.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 287-291 e 300-304, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da anulação.

Inicialmente, insurge a defesa contra a condenação do réu nas penas do artigo 298 do CPM, alegando que a alteração realizada na capitulação do delito lhe foi prejudicial e não foi requerida pelo Ministério Público Militar, de modo que há expressa violação do entendimento consolidado na Súmula 5/STM, o que importaria em nulidade da sentença.

Sem razão.

Do caso sob análise, o réu foi denunciado pelos crimes previstos no art. 223 (ameaça) e art. 216 (injúria), ambos do CPM, os quais estabelecem penas concomitantes de 06 (seis) meses de detenção. A despeito do MPE não ter formulado pedido para redefinição jurídica do fato narrado na denúncia, o que, à luz do CPPM oportunizaria ao réu exercer o contraditório, o Conselho Permanente de Justiça julgou parcialmente a inicial acusatória, mas, aplicando a *emendatio libelli*, prevista no art. 437, alínea a, do CPPM, condenando o acusado, como incurso no art. 298, do CPM (desacato a superior), a qual prevê penas mais severa de até 04 (quatro) anos de reclusão, fixando a reprimenda final do recorrente em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto.

Desta sentença o ré interpôs uma primeira apelação criminal (f. 190-196) suscitando preliminar de nulidade da sentença, o argumento de que houve cerceamento de defesa, haja vista que foi condenado por capitulação jurídico-penal diversa da constante da denúncia, sem que tenha havido aditamento por parte do Ministério Público Estadual em suas alegações escritas.

Perante esta 2ª Câmara Criminal, o recurso foi provido de forma unânime, em voto condutor de minha relatoria, “*a fim de tornar nula a sentença combatida, determinando a instância singela oportunizar as partes manifestarem sobre a nova capitulação jurídica*”, cujo acórdão restou ementado nos seguintes termos:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME MILITAR – DESACATO A SUPERIOR (ARTIGO 298 DO CPM) – PLEITO PELA NULIDADE DA SENTENÇA – POSSIBILIDADE – EMENDATIO LIBELLI – EM PREJUÍZO DO RÉU SEM FORMULAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO – NULIDADE DA SENTENÇA – INTELIGÊNCIA DO ART. 437 DO CPPM E SÚMULA Nº 05 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – RECURSO PROVIDO. A emendatio libelli, à luz do verbete nº 5 da Súmula do STM, e art. 437 do CPPM, será permitida pelo juízo, ainda que não haja manifestação do

Órgão acusador, desde que importe em benefício ao réu, pois, em sendo capitulada definição jurídica em prejuízo deste diretamente pelo julgador, deverá ser oportunizado ao acusado respondê-la em atenção aos princípios do devido processo legal e ampla defesa; Recurso a que, com o parecer, dou provimento.”

Ato contínuo, os autos foram baixados a instância singela, sendo exarado despacho (f. 236) de vistas as partes para dizer o que de direito, complementando suas alegações finais, as quais, foram apresentadas a f. 245-250 e 252-255, respectivamente no seguinte:

“Ante o exposto, o Ministério Público Estadual, por sua Promotora de Justiça in fine assinada, requer a procedência integral da exordial acusatória, protestando, junto a esse Egrégio Conselho Permanente de Justiça, pela condenação do acusado Sd Pm Hagner dos Santos Silva, como incurso no artigo 298 (desacato a superior), c.c artigo 70, inciso II, alínea “c” (depois de embriagar-se), do Código Penal Militar, aplicada sempre com o costumeiro acerto de V. Exa, por ser medida de imperativo legal e Justiça.”

“Posto isso, e por tudo que dos autos consta, espera o réu que estas alegações sejam recebidas para o fim de ser rejeitada a denúncia de f. 1-4, por improcedente, com sua absolvição, em não sendo esse o entendimento de Vossas Excelências, requer-se seja este condenado à pena do crime capitulado no artigo 299 do CPM por ser imperativo de justiça.”

A par das questões apresentadas, o magistrado primevo prolatou nova sentença condenatória com base na nova capitulação (CPM, art. 298) definida pelo MPE nas alegações finais (f. 245-250), oportunidade em que destacou:

“Urge destacar, inicialmente, que, ao contrário do alegado pela defesa do réu, o Ministério Público complementou suas alegações finais e requereu, expressamente, a condenação daquele por infração ao art. 298 do CPM.

Infere-se, portanto, que a situação processual está em consonância com a previsão legal contida do art. 437, “a”, do CPPM, que estabelece:

Art. 437. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la. (grifou-se).

Verifica-se clarividente nos autos que o Parquet postulou (f. 245-250) a condenação do denunciado pela prática do crime de desacato a superior (CPM, art. 298), bem assim que a defesa teve oportunidade de responder à esta imputação, tanto que assim procedeu às f. 252-255.

Dessume-se, portanto, que não há nenhuma ofensa à norma estabelecida através do art. 437, “a”, do CPPM, sendo com arrimo nessa norma que, pelos elementos probatórios coligidos nos autos, este Escabinato decidiu por enquadrar os fatos no art. 298 (desacato a superior) do CPM.” (f. 258-259)

No contexto delineado, os argumentos defensivos são insubsistentes, visto que a segunda sentença condenatória, foi aplicada em concordância a súmula nº 5, do Superior Tribunal Militar e ao art. 437, do CPPM, acima destacado, o qual é claro ao prever que a nova definição jurídica, ainda que mais grave, será possível de aplicação, quando o próprio MP tenha acatado a *emendatio libelli* formulando pedido condenatório com a nova tipificação, e a defesa oportunizada de responder a acusação, o que, *in casu*, de fato ocorreu. Nesse sentido, o julgado bem colhido pela douta PGJ:

“(…) Não gera nulidade processual a readequação do tipo penal de lesão corporal para violência contra inferior. Trata-se de utilização do instituto da emendatio libelli, elencado

no art. 437, alínea “a”, do CPPM, para o qual exige-se apenas que as circunstâncias fáticas constem na denúncia e a desclassificação seja requerida pela acusação em alegações finais, com a observância do contraditório. Pelo princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 297 do CPPM, o juiz poderá dar ao caso apresentado definição diversa do exposto na inicial. (...) Desprovido o apelo defensivo. Decisão unânime. (STM, Apelação nº 0000064-47.2015.7.01.0201, Relator: Ministro William de Oliveira Barro, Julgado em 01/03/2018, Publicado em 20/03/2018)

Nesse norte, ressalta-se que não existe nulidade no processo que venha a ensejar a reabertura da ação penal, se observarmos que o fato delituoso descrito na denúncia permaneceu inalterado no decorrer do processo, possibilitando o uso do instituto do *emendatio libelli*, amparado no dispositivo citado do CPPM, bem como na jurisprudência.

Logo, afastado a pretensão anulatória, e conseqüentemente, prejudicado a análise da absolvição das penas do art. 298, do CPM.

Da mesma forma, incabível a pretensão defensiva de desclassificação da conduta do réu para condená-lo nos crimes imputados na denúncia (arts. 223 e 216, do CPM), não só pelos fundamentos anteriormente expostos, mas também, porque o pedido da defesa é redundante ao insistir na divergência da tipificação do delito, expondo claramente que seu intuito é alcançar penas mais brandas e pleitear eventual reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Como cediço na doutrina em jurisprudência, o delito de desacato a superior, previsto no art. 298, do CPM, reprime as ofensas desferidas contra a dignidade, o decoro ou com menosprezo a autoridade com maior patente hierárquica que a do ofensor. Trata-se de conduta em que o núcleo do tipo é desrespeitar ordem emanada de autoridade hierárquica superior, consistindo o elemento subjetivo do tipo, o dolo livre e consciente da vontade do agente em menosprezar.

In casu, a fim de se evitar quaisquer arestas de questionamento, a prova produzida nos autos não deixa dúvidas de que o réu agiu com a conduta aplicada pelo *emendatio libelli*, o que foi sobejamente delineado por ocasião da segunda sentença, no seguinte excerto:

“No caso em testilha, restou efetivamente consubstanciada a conduta do acusado ao desacato a superior, visto que a frase disparada contra a vítima secundária, cito “quero pegar aquele cara, vou pegar você seu gordo”, converge para a prática de ato voluntário e consciente de desprestigiar a autoridade do seu superior hierárquico, Sargento Gregório, que, por sua vez, estava no desempenho de sua função pública.

Ao ser interrogado judicialmente, o denunciado prestou suas declarações e, em resumo, afirmou que na ocasião dos fatos tentou interceder por um companheiro detido e o que se lembra é o que lhe falaram, mas que o Sargento teve a infelicidade de lhe empurrar e quase entraram em vias de fato, porém, foi contido por um policial civil, acabando por proferir palavras que não devia para ele, confirmando, peremptoriamente, que contestou a autoridade do superior, mas afirma não se lembrar o que falou, pois estava embriagado.

Consoante se depreende da síntese das declarações do acusado é que ele admite ter agido de forma descontrolada e de ter dito ao Sgt Pm Gregório palavras que não deveriam ser proferidas, apesar de não se recordar quais foram, o que, por si só, já caracteriza falta de respeito com o colega de farda que se encontrava no exercício de função de natureza militar, tendo, pois, o condão de configurar o desacato.

Como já dito, a confissão do réu foi corroborada por outras provas.

Nessa órbita, ao ser inquirida judicialmente, a vítima secundária Gregório Ferreira declarou (f. 104-5), em síntese, que os fatos deram-se nos moldes descritos na exordial acusatória.

Importa registrar que na oportunidade em que foi inquirido na fase policial, a vítima mediata assim descreveu os fatos:

“(...) que ao conduzir o autor para a delegacia de polícia para as providências necessárias, chegou no local o Sd Pm Hagner, querendo adentrar no estabelecimento para acompanhar o autor, dizendo que o mesmo era seu amigo; que o Sd Hagner foi impedido de adentrar no estabelecimento pelo declarante, pois o mesmo estava alterado e perguntava se o seu amigo havia cometido algum crime; que o Sd Hagner foi contido pelo Ag Pc Lima e retirado para fora da delegacia; que o mesmo estava acompanhado por várias pessoas; que ao ser impedido de adentrar na delegacia o Sd Hagner passou a agredir o declarante verbalmente, dizendo: “eu quero pegar aquele cara, vou pegar você seu gordo” por mais de uma vez; que dizia também no meio de populares: “a casa caiu, vai cair a máfia do cigarro”; que o Sd Hagner teve que ser retirado pelo Ag Pc Lima, pois o mesmo não obedeceu as ordens do declarante para que saísse do local.(...)”

Esse depoimento foi corroborado pelas testemunhas presenciais Cb Francisco Yarzon (f. 24-5), Sd Juliano Vaez Duarte (f. 26-7) e Sd Roger Lopes (f. 28-9), que na ocasião dos fatos eram os policiais militares que integravam a guarnição que atendeu à ocorrência. Relatos estes que foram devidamente ratificados em juízo (f. 104-5) e que mostram total consonância com a versão exposta pela vítima mediata. (...)”

Portanto, inoperante a desclassificação, razão pela qual, mantenho a condenação conforme prolatada.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento do recurso defensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unanime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0001508-38.2018.8.12.0002 - Dourados

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PERTURBAÇÃO E INJÚRIA RACIAL – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DE TODAS AS TESES DE DEFESA – DESCABIMENTO – ANÁLISE SUFICIENTES E CONTRÁRIA ÀS TESES DA DEFESA – REJEIÇÃO IMPLÍCITA DIRETA – ALEGAÇÃO REJEITADA – MÉRITO – PLEITO ABSOLUTÓRIO DOS DELITOS – INJÚRIA RACIAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO POR INEXISTÊNCIA DO *ANIMUS INJURIANDI* – RÉU QUE SE ENCONTRAVA EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E ANIMOSIDADE ELEVADA – *ACTIO LIBERA IN CAUSA* – CONDENAÇÃO MANTIDA – PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO – ALEGADA AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA E ATIPICIDADE DA CONDUTA POR INEXISTÊNCIA DE ABALO COLETIVO – INOCORRÊNCIA – CONTRAVENÇÃO QUE PROCEDE MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA QUE TUTELA TANTO A COLETIVIDADE, QUANTO APENAS UM ÚNICO INDIVÍDUO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – RECURSO DESPROVIDO.

É pacífica o entendimento jurisprudencial no sentido de que não há nulidade no *decisum* que não analisa especificamente todas as teses aduzidas pelas partes, no caso de os fundamentos utilizados se revelarem suficientes para o deslinde da controvérsia;

Mantém-se o dolo da conduta injuriosa do agente que profere palavras ofensivas contra a vítima, referindo-se a ela quanto a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, ainda que proferidas por aquele em estado de embriaguez, ou com animosidade elevada, a luz do art. 28, II, do CP, que traduz a teoria do *actio libera in causa*;

Conforme disposto no art. 7º da Lei de Contravenções Penais, a *persecutio criminis* procederá por meio de ação penal pública incondicionada, tal como previsto no art. 5º, I, do CPP, permitindo-se ao Ministério Público ingressar com a ação penal, ao tomar conhecimento da ocorrência de infração penal dessa natureza (e o delegado instaurar o inquérito), independentemente da concordância da vítima ou de interessados;

Recurso desprovido, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Leonardo Fernandes Silvério, contra sentença de f. 166-169, que o condenou como incurso as penas de 15 (quinze) dias de prisão simples e 1 (um) ano de reclusão, respectivamente, pela prática do crime de perturbação do sossego alheio, previsto no art. 42, I, do Dec-Lei 3.688/41 e, do crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Segundo as razões de f. 193-203 requereu, preliminarmente: a nulidade do processo, ante a ausência de apreciação das teses defensivas; no mérito, a absolvição integral, ante a falta de dolo para a prática do crime de injúria racial e a desnecessidade de intervenção penal no tocante à contravenção penal de perturbação do sossego alheio. Apresentou prequestionamento.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 210-225 e 229-240, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso. A PGJ ainda prequestionou a matéria aventada.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Leonardo Fernandes Silvério, contra sentença de f. 166-169, que o condenou como incurso as penas de 15 (quinze) dias de prisão simples e 1 (um) ano de reclusão, respectivamente, pela prática do crime de perturbação do sossego alheio, previsto no art. 42, I, do Dec-Lei 3.688/41 e, do crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Segundo as razões de f. 193-203 requereu, preliminarmente: a nulidade do processo, ante a ausência de apreciação das teses defensivas; no mérito: a absolvição integral, ante a falta de dolo para a prática do crime de injúria racial e a desnecessidade de intervenção penal no tocante à contravenção penal de perturbação do sossego alheio. Apresentou prequestionamento.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 210-225 e 229-240, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso. A PGJ ainda prequestionou a matéria aventada.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar defensiva.

Inicialmente, sustenta a defesa a nulidade da sentença condenatória, ante a ausência de apreciação das teses defensivas apresentadas na resposta à acusação e em memoriais finais.

Depreende-se das referidas peças acostadas a f. 70-76 e 158-164, idêntico teor de argumentação defensivo, em que ao crime do art. 140, § 3º, do CP, são apresentadas escusas relativas aos atos praticados pelo réu, tais como questões de sua vida pessoal, além de interpretação do que entenderia como *animus injuriandi*. Em relação ao crime do art. 42, I, do Dec-Lei 3.688/41, sustentou que o direito penal deveria ser aplicado como *ultima ratio*, pois considerou que a situação abarcaria direitos maiores constitucionalmente previstos, não demandando a imposição de sanção Estatal a todo excesso eventual do comportamento, mas sim, apenas aqueles que impliquem em efeitos negativos a tranquilidade social a maior número de pessoas, o que argumentou a defesa não ser o caso, visto que inclusive a única vítima desistiu de representar criminalmente o réu.

Contrariamente ao alegado no recurso, verifica-se da sentença que foram esclarecidos os fundamentos que levaram a condenação do réu nos dois crimes, e ainda que comedidos, foram suficientes e no necessário a sustentar ponto diverso do proposto nas peças defensivas. Destaco:

“Tal afirmativa se faz, pois, a testemunha Ademir presenciou o réu fazer bagunça no hotel durante a madrugada e ao amanhecer, além de jogar diversas garrafas em frente ao hotel, causando barulhos. Portanto, resta evidente que o réu perturbou a tranquilidade dos hóspedes do estabelecimento.”

“No que se refere ao crime de injúria racial, a vítima argumentou que, ao atender a ocorrência, não conseguiu revistar o réu, pois estava muito nervoso, sendo necessário o uso de algemas, momento em que o réu desferiu-lhe xingamentos, chamando-a de “preto fedido” e “preto de merda”. Logo, injuriou-a por causa de sua cor. Portanto, não há falar em absolvição, nem tampouco em desclassificação.”

Nesse contexto, é cediço na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o juiz sentenciante não está adstrito a afastar expressamente ponto a ponto de todas as alegações suscitadas pelas partes, bastando que do conjunto da fundamentação exarada no *decisum*, abstraia a ideia de qual tese foi acolhida, e os motivos determinantes da sentença, seja ela absolutória ou condenatória. Nesse sentido os Tribunais Superiores e este Sodalício:

“Alegação de nulidade na sentença proferida em primeiro grau, ante a ausência de apreciação de todas as teses defensivas. Inexistente. Acórdão recorrido decidido em estrita conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é necessário que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos apresentados pela defesa, bastando apenas a motivação idônea e que mantenha correlação com as provas carreadas nos autos.” (STF, HC 126555 AgR-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 24/11/2015)

“Não há falar em omissão no presente caso, uma vez que o acórdão recorrido apreciou as teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e solução da controvérsia, o que, na hipótese, revelou-se suficiente ao exercício do direito de defesa.” (STJ, AgRg no AREsp 853.227/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 24/10/2017)

“O magistrado sentenciante não está obrigado a afastar expressamente ponto por ponto de tudo que foi alegado pelas partes, bastando que do conjunto da fundamentação exarada seja possível analisar quais teses foram afastadas e quais foram acolhidas. Isso porque, muitas vezes, o afastamento ou acolhimento expresso de uma prova ou tese defensiva conduz, inevitavelmente, ao raciocínio lógico de que as teses opostas foram deferidas ou refutadas. Preliminar de nulidade afastada.” (TJMS, Apelação nº 0002641-64.2013.8.12.0011 – Coxim, Rel. em substituição legal, Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques, 3ª Câmara Criminal, j. 31/01/2019)

In casu, verifica-se do conjunto lógico da sentença que tais teses foram analisadas e afastadas pelo julgador ao tratar sobre a comprovação da autoria e materialidade delitivas, as quais, não se estenderá maiores discussões, por tratar-se de matéria afeta ao mérito do recurso.

Diante desses fundamentos, não há mácula na sentença que tenha ferido os princípios do cerceamento de defesa e o livre convencimento motivado, razão pela qual, refuto a preliminar.

Da absolvição.

No tópico, alega a defesa que a absolvição seria melhor medida, por inexistência de dolo do réu, tanto na injúria racial por inexistência do *animus injuriandi* racial, quanto na perturbação do sossego alheio, considerando que a conduta não afetou multiplicidade de pessoas, e a única vítima deste último crime, ainda teria desistido de representar criminalmente o acusado.

Em que pesem tais argumentos, sem razão.

Observa-se que a materialidade e autoria dos crimes praticados pelo recorrente não são objeto de controvérsia, até porque sobejamente comprovadas nos autos, sendo que a discussão cinge-se apenas ao modo que tais condutas foram perpetradas e se em contexto de impor responsabilidade penal ao agente.

Em síntese da inicial acusatória:

“(...) No dia 15 de dezembro de 2017, aproximadamente as sete horas, na Avenida Marcelino Pires, Vila Industrial, nas dependências do Turis Hotel, nesta cidade, Leonardo Fernandes Silvério, após ingerir bebida alcoólica, perturbou trabalho e sossego alheios mediante

algazarra. O denunciado estava jogando garrafas de vidro no poste de energia em frente ao Turis Hotel, bem como levou algumas prostitutas para o referido local (conforme depoimento extrajudicial de Ademir Barboza Lopes, f. 30). Ao ser abordado pela polícia militar, injuriou Marco Aurelio Evangelista, utilizando elementos referente à raça, ao dizer seguinte: você não vai me levar, seu preto fedido! Você não é polícia, você é um preto de merda!”

No delito de injúria racial, o art. 140, § 3º, do CP traz como elemento subjetivo do tipo, ofensas proferidas a elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

No caso dos autos, restou delineado que as palavras proferidas pelo réu, se deram em tal contextualização, visto que durante a abordagem da guarnição da polícia que realizava a ocorrência, teria o apelante utilizado de expressões contra um dos agentes, no seguinte sentido: “(...) *você não vai me levar, seu preto fedido! Você não é Polícia, você é um preto de merda*”.

Nesse panorama, não há como inculcar ideia de ausência de dolo, pois evidente o teor de menosprezo que o réu detinha em relação ao policial que o abordava.

De outro lado, não prospera a tese defensiva de que o réu não tinha condições de entender o caráter de suas palavras, em razão de encontrar-se em estado de embriaguez, decorrendo daí a inexistência do *animus injuriandi* racial.

Isso porque, à luz do art. 28, II, do CP, que traduz a teoria do *actio libera in causa*, a embriaguez voluntária ou ainda que culposa, não excluem a imputabilidade penal, devendo o agente ser responsabilizado pelos atos a que deu causa, ainda que ao tempo da ação, inexistam plenas condições dele entender o caráter ilícito de sua conduta que sobreveio de uma animosidade elevada e acalorada, não sendo argumento válido que tal condição permita afastar o dolo da ação, ainda mais quando visto que ocasionadas gratuitamente e ausentes de provocação anterior, a não ser ao respeito a ordem social.

Em mesma linha doutrina e jurisprudência:

“Não vemos por que afastar o delito de injúria justamente nas situações em que ele é cometido com mais frequência. Não nos convence o argumento de que a ira do agente que profere, por exemplo, as palavras injuriosas durante uma acirrada discussão tenha o condão de afastar o seu dolo. Tinha, como se percebe sem muito esforço, consciência e vontade de ofender a vítima, elementos integrantes do conceito de dolo.” (GRECO. Rogério. Código penal comentado. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018. p. 459)

“(...) O fato de as injúrias terem sido proferidas num eventual contexto de discussão não é suficiente, por si só, para descaracterizar o elemento subjetivo do tipo em questão. Inexistência de prova de que o ofendido tenha feito qualquer tipo de provocação para ensejar a conduta da denunciada. Dolo configurado. (...) Contexto probatório que se mostra suficiente para suportar a condenação da ré. Recurso desprovido.” (TJRS, Apelação Crime nº 70074738386, Rel. Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Terceira Câmara Criminal, j. 22/08/2018)

“Diferentemente da embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior, em que há isenção ou diminuição de pena, a denominada embriaguez voluntária ou culposa, salvo quando preordenada – a qual configura circunstância agravante, resultando em aumento de pena –, conquanto não induza inimputabilidade, afeta a capacidade do autor de entender o caráter ilícito da conduta e de se auto-determinar-se conforme tal entendimento, de sorte que se, de um lado, não se presta para atenuar a reprimenda, não pode, de outro, servir como fundamento para seu recrudescimento.” (STJ, HC 190486/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 01/10/2015)

Portanto, mantida a condenação na forma do art. 140, § 3º, do CP.

Quanto ao delito de perturbação do sossego alheio, não progride a tese de defesa de inexistência de multiplicidade de pessoas afetadas, e que a única vítima ainda teria desistido de representar criminalmente o acusado, tendo.

Isso porque, apesar de apenas Ademir Barboza Lopes (f. 30) ter apresentado declarações perante sede policial, deixou claro em sua oitiva que haviam hóspedes no hotel que foram afetados pela conduta do réu. Além disso, foi possível comprovar em juízo (f. 123 e 139) tais declarações, conforme informações trazidas pela vítima do segundo crime, Marco Aurélio Evangelista, e a testemunha Ademir Barboza Lopes, ambos policiais militares, os quais realizaram a ocorrência e afirmaram terem recebido diversas ligações de hóspedes do hotel relatando a perturbação no local. Vejamos:

“(...) Defesa: Além do recepcionista ali do hotel, quais outras pessoas foram identificadas como sendo vítimas da perturbação do sossego?”

Marco Aurélio Evangelista: Não, eu só identifiquei o funcionário do hotel.

Defesa: Tinha mais gente ali ou só o funcionário do hotel?

Marco Aurélio Evangelista: No momento que eu cheguei, tinha só o funcionário do hotel.

(...)

Defesa: E quanto tempo durou essa algazarra dele ali?

Marco Aurélio Evangelista: Segundo o atendente do hotel lá, quase noite toda que ele ficou de algazarra e de manhã ele começou a fazer (...) essa baderna, quebrando essas garrafas aí.

Defesa: Então, durante toda a noite, apenas o funcionário do hotel reclamou dele?

Marco Aurélio Evangelista: Foram várias ligações lá no 190, porém quem se identificou foi o funcionário do hotel (...).”

Ademir Barboza Lopes: no decorrer da noite, por conta de ingestão de bebida alcoólica, ele tava bem alterado e, no decorrer da madrugada, ele ficou um pouco mais agressivo, pegando bebida do hotel e jogando na frente do hotel... aí pelas 6 horas da manhã, quando os demais hospedes desceram para tomar o café da manhã, ele ficou ali causando um pouco mais de tumulto... (...)”

“Ministério Público: Quem mais viu essa algazarra que ele tava cometendo?”

Ademir Barboza Lopes: Ah, os demais hóspedes ali né, do dia né somente. Aí depois, a partiu das seis da manhã, o proprietário né, que eu acionei o proprietário, ele esteve lá e ele presenciou.

(...)

Ministério Público: Algum hóspede ali reclamou formalmente pro senhor da conduta dele?

Ademir Barboza Lopes: Sim. (...).”

Com efeito, ainda que a situação não tivesse decorrido como acima destacado, a caracterização do delito não exige que a ação venha a afetar número mínimo de pessoas, tendo em vista que o tipo penal protege o sossego alheio tanto na individualidade de cada pessoa, como na coletividade. A propósito, a jurisprudência:

“Não há número mínimo de pessoas incomodadas para caracterização da contravenção penal do art. 42, do Decreto-Lei n° 3.688/41.” (TJMS. Apelação n° 0000588-

98.2014.8.12.0036, Inocência, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j: 15/10/2017)

Não há que se falar em atipicidade da conduta sob a alegação de que não foi abalado o sossego de toda uma coletividade. Mesmo que se admitisse tal afirmação como verdadeira não se pode admitir sem o exame aprofundado de provas -, não haveria que se falar em atipicidade da conduta, já que o tipo penal em questão protege o sossego alheio, que tanto pode ser de uma coletividade como de um único indivíduo. Além do mais, segundo consta, a festa teria incomodado toda a vizinhança (f. 167)” (STJ - RHC: 60478 MG 2015/0136227-2, Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Publicação: DJ 22/03/2018)

Ademais, ainda que se discuta o fato da única vítima ouvida apenas em sede policial ter desistido de representar criminalmente contra o réu, trata-se de contravenção penal prevista de forma cristalina no Dec-Lei 3.688/41, que a luz de seu art. 7º, dispõe que sua apuração procederá por meio de ação penal pública incondicionada, tal como previsto no art. 5º, I, do CPP, ou seja, permite-se ao Ministério Público ingressar com a ação penal, ao tomar conhecimento da ocorrência de infração penal dessa natureza (e o delegado instaurar o inquérito), independentemente da concordância da vítima ou de interessados.

Não se descarta da celeuma entorno da questão, em que doutrina e jurisprudência apresentam posições diversas sobre o ônus de impulsionar processos dessa natureza, mitigando o princípio da obrigatoriedade do processo penal, atribuindo ao ofendido o direito de avaliar a oportunidade e conveniência de promover a ação penal ou não.

Contudo, relembro que a intenção do legislador na elaboração da Lei de Contravenções Penais e sua aplicação em delitos como o da hipótese dos autos, é desonerar o cidadão, muitas vezes desinteressado, do encargo de promover representações menores em face de contraventores, permitindo ao Estado o pleno exercício de seu poder de polícia judiciária, inclusive como meio de evitar o esvaziamento da *persecutio criminis* em delitos considerados de menor potencial ofensivo, mas que demandam repressão judicial visando inibir a violação de direitos individuais ou coletivos.

Ante tais considerações, mantida a condenação pelo art. 42, I, do Dec-Lei 3.688/41.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindido de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0017864-14.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA–APELAÇÃO CRIMINAL–TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/06)–NULIDADE DO PROCESSO–AUSÊNCIA DE CITAÇÃO–INOBSERVÂNCIA DO ART. 56 DA LEI 11.343/06–INOCORRÊNCIA. PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTs. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ELEVAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS ABSTRATOS – ABRANDAMENTO – TRÁFICO OCASIONAL – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICANDO DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – IMPOSSIBILIDADE. PENA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO – RECLUSÃO INFERIOR A OITO ANOS – AGENTE PRIMÁRIO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ART. 33, § 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – DETRAÇÃO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME – § 2º DO ART. 387 DO CPP – OBRIGATÓRIA ANÁLISE PELO JUÍZO DE INSTRUÇÃO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS – REMESSA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – PARCIAL PROVIMENTO.

Diante do princípio *pas de nullité sans grief*, previsto pelo artigo 563, do CPP, não se vislumbra violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal quando, após a notificação, apresentação da defesa preliminar e recebimento da denúncia, o acusado não for citado, conforme determina o artigo 56, da Lei 11.343/06, posto não ter acarretado nenhum prejuízo à defesa.

Desatende ao princípio constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, a sentença que exaspera a pena basilar com base em elementos abstratos, impondo-se o redimensionamento.

Para o reconhecimento do tráfico ocasional (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada. Constitui prova de dedicação a atividade criminosa a guarda de grande quantidade de substância entorpecente (64.200) kg de maconha, em especial quando o pagamento pela guarda de tamanha quantidade de droga seria realizado mediante a entrega de 2 (dois) tabletes de maconha e 3 (três) sacos de *skank*, quantidade esta que indica, seguramente a destinação mercantil da droga que receberia.

Em atenção ao disposto pelo artigo 33, § 3º, do Código Penal, inobstante a primariedade, o condenado a pena superior a quatro anos de reclusão, deve iniciar o cumprimento no regime fechado sempre que contra si milita circunstância judicial desfavorável.

O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal estabeleceu uma nova espécie de detração, exclusivamente para fins de progressão de regime. Assim, após o juiz sentenciante fixar a pena e estabelecer o regime prisional inicial com base no art. 33 do Código Penal, obrigatoriamente, deverá analisar a possibilidade de progressão para regime mais brando em relação ao que acabara de fixar, considerando, para tanto, o tempo de prisão provisória decorrido até a data da prolação da sentença, desde que para tanto haja demonstração da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 112 da LEP. Ausente a prova de tais requisitos, ou se por qualquer outra razão o juiz de conhecimento tiver deixado de realizar esta análise, a competência passa para o Juízo da Execução Penal.

Recurso a que, com o parecer, dá-se parcial 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, conhecer e dar parcial provimento.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Daniel Francisco de Oliveira Neto em face da sentença que o condenou à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Pelas razões de f. 166-189 suscita a preliminar de nulidade absoluta do processo, em razão da ausência de citação e, quanto ao mérito, requer a redução da pena-base, o reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a aplicação da detração penal, readequando-se o regime de cumprimento de pena aplicado.

Pelas contrarrazões de f. 166-189 o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 197-211, opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso.

Prequestiona-se toda a matéria de direito invocada.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Daniel Francisco de Oliveira Neto em face da sentença que o condenou à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Pelas razões de f. 166-189 suscita a preliminar de nulidade absoluta do processo, em razão da ausência de citação e, quanto ao mérito, requer a redução da pena-base, o reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a aplicação da detração penal, readequando-se o regime de cumprimento de pena aplicado.

Pelas contrarrazões de f. 166-189 o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 197-211, opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso.

Prequestiona-se toda a matéria de direito invocada.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar suscitada.

Sustenta o apelante a nulidade absoluta do processo, em razão da ausência de citação, pois foi notificado para apresentar defesa preliminar e, após o recebimento da denúncia não houve determinação da citação pelo Juízo, e sim expedição de mandado de intimação sem prova de seu cumprimento, tendo sido apenas requisitado

e conduzido à sala de audiências, fato que contraria o rito imposto pela Lei 11.343/06, cujo artigo 55 estabelece que após o oferecimento da denúncia, o juiz deve ordenar a notificação do acusado para o oferecimento da defesa prévia, enquanto que o artigo 56 determina que, depois do recebimento da denúncia, deve determinar a citação da parte ré, fato que não ocorreu, de forma que a ausência de citação constitui nulidade absoluta porque não se formou a regular relação jurídico-processual (CPP, art. 363, *caput*), caracterizando violação ao devido processo legal e aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos termos do disposto no artigo 564, inciso III, alínea e, do Código de Processo Penal.

De fato, percebe-se que, após a notificação prévia, bem como a apresentação da defesa preliminar, a denúncia foi recebida pela decisão de f. 83, a qual determinou que o apelado fosse requisitado para o interrogatório.

Não há como negar inobservância restrita aos termos do artigo 56, da Lei 11.343/06, pelo qual:

“(...) Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais”.

Entretanto, tenho que a preliminar deve ser rejeitada.

Primeiro porque a alínea e do inciso III do artigo 564 do CPP não resultou violada, já que, embora sob outra terminologia a finalidade da lei foi atingida, posto que ao acusado deu-se ciência de todos os termos do processo e da acusação, propiciando-lhe o oferecimento da defesa prévia.

Depois, e principalmente, porque a irregularidade apontada não gerou nenhum prejuízo à defesa do apelante, que após notificado acerca dos termos da denúncia, apresentou suas alegações preliminares.

O sistema de nulidades rege-se pelo princípio geral *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se decreta nulidade de ato processual sem que tenha gerado prejuízo, ainda que efetivado em desacordo com as formalidades legais. É o que se extrai do artigo 563, do CPP: “*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”. Nesse sentido decide o STF:

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS – ALEGADA NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO ART. 55 DA LEI Nº 11.343/2006 – INOCORRÊNCIA – PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. 1. Sem a demonstração de efetivo prejuízo causado à parte, em atenção ao disposto no art. 563 do CPP, não se reconhece nulidade no processo penal (pas de nullité sans grief). Precedentes. 2. Habeas corpus denegado”. (STF; HC 137.889; Primeira Turma; Rel. Desig. Min. Alexandre de Moraes; DJE 19/12/2017).

E tal princípio norteia tanto nulidades relativas quanto absolutas, nos termos da abalizada doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, na obra “Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 964/965, de onde se extrai que:

*“(...) será sempre caso de reconhecimento automático da nulidade absoluta se não realizado o ato de acordo com a lei, gerando-se, na sequência, a nulidade do processo? Não nos restam dúvidas que a nulidade absoluta pode repercutir sobre o ato processual, pois ele não terá como ser convalidado. Mas nos parece que não se pode fazer a afirmativa peremptória e cartesiana de que, necessariamente, sempre deverá haver a nulidade do processo. Quer-se dizer com isso que, mesmo em se tratando de nulidades absolutas, é fundamental fazer a análise de ponderação se, do modo como praticado o ato (contra a lei), haveria, efetivamente, prejuízo para o processo (para as partes). E, em caso positivo, quais atos subsequentes deveriam ser declarados nulos (art. 573, §§ 1º e 2º, CPP). O tema é deveras polêmico, sem dúvidas, mas é preciso assumir posição sempre prudente, claro de que o processo é regulado pela instrumentalidade das formas. Assim, se o ato for nulo embora plenamente explicável o equívoco que o gerou há de se ponderar diante do caso concreto se é hipótese de declaração de nulidade dos atos subsequentes ou não. De outro modo: temos claro posicionamento no sentido de que **nem toda nulidade (absoluta ou relativa) do ato***

processual deverá implicar nulidade do processo. Visualizamos uma teoria de nulidades que deve estar preocupada não com a natureza do vício, mas dos efeitos que são gerados sobre o processo e, nesse aspecto, se há violação da paridade de armas, causando-se prejuízo para alguma das partes”. (Destaquei).

Atente-se a decisões nesse sentido, tanto do STJ quanto do STF:

“HABEAS CORPUS – ABUSO DE AUTORIDADE (ARTIGOS 3º, ALÍNEA “I”, E 4º, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI 4.898/1965) – PACIENTE PATROCINADO POR DEFENSOR DATIVO – ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CAUSÍDICO PARA APRESENTAR RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO – INDIGITADA IRREGULARIDADE DE CERTIDÃO NA QUAL SE ATESTOU QUE O ADVOGADO NÃO COMPARECEU AO CARTÓRIO APÓS CONTATOS TELEFÔNICOS – MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT QUANTO AO PONTO. 1. As questões referentes à alegada nulidade do feito ante a ausência de intimação pessoal do advogado dativo para apresentar as razões do apelo interposto, e à apontada irregularidade da certidão que informou não ter ele comparecido ao cartório após contatos telefônicos, não foram objeto de análise perante a Corte de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de atuação em indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, é imperioso consignar que, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que o vício possa ser reconhecido. (...). 6. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem”. (STJ - HC 127.904/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 24/06/2011)”. (Destaquei e reduzi ao ponto).

“EMENTA – HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIME DE ROUBO – DIREITO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DO RÉU COM SEU DEFENSOR ANTES DO INTERROGATÓRIO – CASO ANTERIOR À LEI N. 11.719/2008 – ALEGAÇÃO DE NULIDADE – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. Defensor público nomeado na audiência de interrogatório do Paciente e que não se manifesta neste ato nem posteriormente quanto à necessidade de audiência prévia com o réu, vindo a fazê-lo apenas no recurso de apelação. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato. Precedentes. 3. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 4. Ordem denegada. (STF - HC 100867, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-027 Divulg 09-02-2011 Public 10-02-2011 Ement Vol-02461-02 Pp-00332)”. Destaquei.

Alegação semelhante, especificamente à questão aqui analisada, foi apreciada e rejeitada por esta 3ª Câmara Criminal, recentemente, bem como por diversos Tribunais de Justiça. Confira-se (com redução ao ponto e sem grifos na origem):

“APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006) – NULIDADE DO PROCESSO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – INOBSERVÂNCIA DO ART. 56 DA LEI Nº 11.343/06 – INOCORRÊNCIA. (...). 1. diante do princípio pas de nullité sans grief, previsto pelo artigo 563, do cpp, não se vislumbra violação ao artigo 5º, inciso liv, da constituição federal quando, após a notificação, apresentação da defesa preliminar e recebimento da denúncia, o acusado não for citado, conforme determina o artigo 56, da lei nº 11.343/06, posto não ter acarretado nenhum prejuízo à defesa. (...).” (TJMS; ACr 0002195-04.2017.8.12.0017; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 04/07/2018; Pág. 76).

“APELAÇÃO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – REQUISITOS DO ART. 41, DA LEI Nº 11.343/06 PREENCHIDOS – PRELIMINAR REJEITADA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO. (...) Presentes as formalidades e os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, não há que se falar em inépcia da denúncia. A ausência de citação do acusado, nos termos do art. 56, da Lei nº 11.343/06 é causa de nulidade relativa, que depende da

comprovação de efetivo prejuízo. Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao réu a autoria do crime de tráfico de drogas, a manutenção da condenação é medida que se impõe. (...)”. (TJMG; APCR 1.0672.14.028563-2/001; Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo; Julg. 18/02/2016; DJEMG 29/02/2016).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33, CAPUT C/C ART. 40, INCISO III DA LEI Nº 11.343/2006 – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO – PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL – Alegação de não observância dos arts. 55 e 56 da Lei nº 11.343/06. Rejeitada. Não demonstração de efetivo prejuízo. Mérito. (...)”. (TJSE; ACr 201700324060; Ac. 25559/2017; Câmara Criminal; Relª Desª Ana Lucia Freire de A. dos Anjos; Julg. 16/11/2017; DJSE 28/11/2017).

“PENAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS – AFASTADA A NULIDADE POR INVERSÃO DO RITO PROCESSUAL DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI Nº 11.343/2006 – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (...) 1. Não há nulidade insanável por inversão processual do rito previsto nos artigos 56 e 57 da Lei nº 11.343/2006, quando a defesa não comprova prejuízo decorrente do interrogatório da acusada ter ocorrido após a oitiva das testemunhas, situação adotada pelo artigo 400 do Código de Processo Penal. Para caracterizar a nulidade, tal prejuízo deveria ser demonstrado, a teor do comando contido nos arts. 563 e 565 do CPP e Súmula nº 523/STF. 2. (...)”. (TRF 3ª R.; ACr 0000922-79.2015.4.03.6116; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. José Lunardelli; Julg. 23/08/2016; DEJF 02/09/2016).

Assim, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, previsto pelo artigo 563, do CPP, não se vislumbra violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal quando, após a notificação, apresentação da defesa preliminar e recebimento da denúncia, o acusado não for citado, conforme determina o artigo 56, da Lei 11.343/06, posto não ter acarretado nenhum prejuízo à defesa.

Da pena-base.

Como se vê a f. 127-128, a pena-base foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa diante do juízo negativo das circunstâncias judiciais antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

O princípio constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

Os antecedentes receberam carga negativa diante da *“existência de registros policiais e ato infracional de roubo praticado durante a adolescência, inclusive, com aplicação de medida socioeducativa”*.

Entretanto, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, bem como ao teor da Súmula 444, do STJ, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Daí decorre que somente se considera desfavorável a moduladora dos antecedentes quando há condenação transitada em julgado, que não incida, concomitantemente, em reincidência.

Ausente qualquer condenação definitiva, tanto que sequer o apelante foi considerado reincidente, a moduladora é neutra.

A conduta social e a personalidade foram avaliadas em conjunto, e consideradas desfavoráveis porque:

“(...) faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho lícito), fato este que demonstra ter personalidade propensa a pratica criminosa, vez que perseverante na pratica delitiva, e, também, evidencia a insensibilidade

moral e desprezo pelas vítimas/usuários, posto que insensível ao sofrimento físico e moral a que as submete, em decorrência do extremo potencial lesivo da droga. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade, sensibilidade e afetuosidade com a vítima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; que o motivo é injustificável, posto que não trabalha honestamente para auferir rendimentos para a sua subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida e saúde de outrem (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador)”.

Ou seja, ambas com base nos registros criminais, enquanto que *na* análise da conduta social deve-se considerar o comportamento do agente no meio social em que vive, na família e no trabalho, sem empregar atividades caracterizadas como criminosas, pois estas são objeto de outras moduladoras. É o que leciona Ricardo Augusto Schmitt, em Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 8. ed. Editora Podivm, p. 129, ensinando que a mesma:

“(…) difere-se dos antecedentes e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu sanção definitiva do Estado. A conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita.” (sem grifos na fonte).

Adiante, ao conceituar a valoração negativa ou desfavorável da conduta social, leciona que assim o será:

“(…) quando não revelar bom comportamento social, pois deixa de pagar alimentos aos filhos, possui histórico de despedidas por justa causa, não possui amor e afeto por sua família, é pessoa com pouca ou nenhuma aceitação na comunidade onde vive, etc.”

Portanto, no caso dos autos, em que a circunstância foi considerada desfavorável com base na folha de antecedentes, a fundamentação é inadequada, obrigando ao decote do acréscimo dela decorrente.

Mesmo a inexistência de comprovação de exercer trabalho lícito não conduz à conclusão de que a conduta social seja perniciosa, conforme reiteradamente se tem decidido. Atente-se (com redução ao ponto central):

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PENAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DOSIMETRIA DA PENA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – FUNDAMENTO PARCIALMENTE INIDÔNEO – FLAGRANTE ILEGALIDADE CONSTATADA – AFASTAMENTO – DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. 1. No caso em questão, caso a intenção das instâncias ordinárias seja a negatização da conduta social, entende-se que a motivação referente à ausência de trabalho lícito, por si só, não justifica a valoração negativa da circunstância referente à conduta social do sentenciado (HC nº 146.041/MG, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/8/2015). 2. Ademais, a delinquência do réu, ou seja, o fato de ele ostentar condição de criminoso ou infrator apenas poderia constituir elemento apto a majorar a pena caso houvesse sentença condenatória transitada em julgado (Súmula nº 440/STJ) e, no caso, como o Magistrado não citou nenhuma condenação anterior apta a subsidiar tal conclusão, tal elemento não pode agravar a pena. 3. Agravo regimental improvido”. (STJ; AgRg-HC 443.086; Proc. 2018/0070940-6; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 15/05/2018; DJE 29/05/2018; Pág. 2006).

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – TRÁFICO DE DROGAS – REDUÇÃO DA PENA-BASE – VALORAÇÃO INADEQUADA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CONDOTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. (...). Redimensiona-se a pena-base aplicada, quando indevidamente fundamentada sua exasperação. O fato de uma pessoa não provar a existência de trabalho lícito, sem apoio em outros elementos de prova, não basta para atestar sua dedicação a atividades ilícitas. (...).” (TJMS; APL 0015683-74.2017.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto; DJMS 09/01/2018; Pág. 10).

Afasta-se, assim, por inadequada fundamentação, o juízo negativo da conduta social.

No que toca à personalidade, ainda que possa ser valorada com base nos antecedentes, para tanto exige-se que haja pelo menos três condenações definitivas, o que aqui não ocorre, já que o apelante não registra nenhuma.

As circunstâncias foram consideradas graves diante da “*grande quantidade de droga apreendida (64.200kg de maconha)*”.

Neste tópico andou bem a sentença, eis que 64.200 kg de maconha é quantidade enorme, a justificar o recrudescimento da pena base no campo das circunstâncias do crime, eis que a quantidade é circunstância preponderante, conforme determina o artigo 42 da Lei 11.343/06.

As consequências, para a sentença,

“(...) são graves, posto que a droga causa intenso sofrimento físico e moral das vítimas (resultado - não é elemento do tipo), além de danos e sequelas irreversíveis à saúde pública, bem como a sociedade como um todo, pois de conhecimento geral as mazelas que sofrem os usuários de drogas, em decorrência do extremo potencial ofensivo da droga (resultado - não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito”.

Tais fundamentos são absolutamente genéricos e abstratos, de forma que não podem embasar o recrudescimento da pena-base.

De tal forma, acolhendo parcialmente a pretensão aqui exposta para afastar o juízo negativo de cinco das seis circunstâncias judiciais mal valoradas (antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e consequências do crime), para manter a proporcionalidade fixada pela sentença (quatro meses de reclusão e trinta e três dias-multa para cada moduladora), a pena-base é reduzida para 05 (cinco) anos e 04 (quatro meses) de reclusão e 533 (quinhentos e trinta e três) dias-multa.

E como na segunda fase aplicou-se a atenuante da confissão espontânea, a pena intermediária é fixada no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, posto que abaixo disso não pode ficar por força da Súmula 221 do STJ.

Do reconhecimento do tráfico privilegiado.

Pugna pelo reconhecimento do tráfico ocasional, com a redução da pena em seu patamar máximo, com a consequente substituição por restritiva de direitos.

Impossível, no caso destes autos, o reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ante a ausência de pelo menos um de seus requisitos.

Isto porque aqui trata-se da guarda de enorme quantidade, ou seja, de (64.200 Kg (sessenta e quatro quilos e duzentos gramas) de maconha, circunstância que, a meu sentir, por si só, indica que o transportador integra grupo organizado para o tráfico ou dedica-se a atividades criminosas.

Nem se alegue que a quantidade de droga, por si só, é insuficiente para indicar dedicação a atividade criminosa ou que o agente integre organização criminosa, pois quando for efetivamente grande, desproporcional, enorme, constitui, sim, fator determinante para o afastamento do privilégio previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, conforme se tem decidido. Confira-se (sem grifos na origem e por mim reduzidas ao ponto sob enfoque):

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS – ACONDICIONAMENTO DA DROGA – DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES OU ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – RECONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – INSURGÊNCIA PROVIDA. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a

elevada quantidade de drogas, aliada às circunstâncias da sua apreensão, tem o condão de caracterizar que o agente se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus à benesse da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. 2. Isso porque, quando muito grande a quantidade de droga apreendida, bem como nas hipóteses de o réu caracterizar-se como transportador de substância entorpecente, não se mostra plausível o reconhecimento dos requisitos “não participar de organização criminosa” e “não se dedicar a atividades criminosas”, impossibilitando, portanto, o deferimento do privilégio. 3. É de se destacar, ademais, que o fato de a Lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do citado benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar, assim, em violação ao princípio da legalidade. 4. Ademais, também consolidou-se nesta Corte Superior a assertiva de que a utilização concomitante das circunstâncias relacionadas à substância entorpecente apreendida, tanto para exasperar a sanção básica, como para caracterizar a dedicação e envolvimento do agente com atividades delituosas ou organização voltada pra esse fim, de modo a obstar o reconhecimento do tráfico privilegiado, não configura bis in idem. 5. Dessa forma é que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou pela possibilidade de utilização das circunstâncias relacionadas aos entorpecentes nas duas fases da dosimetria, para elevar a reprimenda de piso e para afastar a minorante de pena. Precedentes. 6. Agravo regimental provido”. (STJ; AgRg-REsp 1.584.298; Proc. 2016/0056374-0; PR; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 17/05/2018; DJE 23/05/2018; Pág. 2757).

“APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO – ARTIGOS 33 DA LEI Nº 11.343/2006 – PENA: 7 anos de reclusão, regime fechado e 700 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo. (...). O não reconhecimento do tráfico privilegiado está devida e corretamente motivado na sentença, pois, embora o acusado seja primário e de bons antecedentes, não preenche todos os requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, já que se dedica a atividade criminosa, considerando a considerável quantidade de entorpecente apreendida em sua posse, o que já impossibilita a incidência da referida minorante, conforme ressaltado na sentença combatida. (...)”. (TJRJ; APL 0041779-34.2013.8.19.0014; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz; Julg. 05/11/2014; DORJ 07/11/2014).

A quantidade de droga, por si só, não basta para afastar o privilégio legal quando não for excessivamente elevada, como se vê pelo exemplo que vem do STJ:

“HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO COMPROVADO – TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – APLICAÇÃO – ABRANDAMENTO DO REGIME – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – ORDEM CONCEDIDA. 1. (...). 4. Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da referida minorante é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal. 5. A quantidade de droga localizada em poder do réu - cerca de 85 g de maconha - não se mostra excessivamente elevada a ponto de, por si só, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal). 6. (...)”. (STJ; HC 422.675; Proc. 2017/0281163-9; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; Julg. 16/08/2018; DJE 28/08/2018; Pág. 3344).

Visto, assim, que a quantidade de droga pode ou não, por si só, afastar o privilégio legal, tenho como certo que neste caso, diante da desproporcional quantidade, tal circunstância (que neste caso não está isolada, como se verá abaixo) seria suficiente para a denegação do benefício da redução da pena, seja por indicar dedicação a atividade criminosa ou integração a organização criminosa.

Neste caso, o apelante confessou em ambas as fases que o pagamento pela guarda de tamanha quantidade de droga seria realizado mediante a entrega de 2 (dois) tabletes de maconha e 3 (três) sacos de *skank*, quantidade esta que indica, seguramente a destinação mercantil da droga que receberia, de forma que fica escancarado que o mesmo, que estava desempregado, dedica-se a atividades criminosas.

Impossível, portanto, o reconhecimento do benefício previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Assim, permanecendo a pena corporal no patamar de 05 (cinco) anos de reclusão, impossível a substituição por restritivas de direito.

Do regime prisional inicial.

A eleição do regime inicial de cumprimento da pena corporal deve harmonizar o disposto pelos artigos 33, §§ 2º e 3º e 59, todos do Código Penal, bem como com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 quando se trata de tráfico de drogas.

Neste caso, em que a pena restou fixada em patamar inferior a 08 anos de reclusão e não há reincidência, poder-se-ia estabelecer o semiaberto, nos termos do § 2º, letra b, do artigo 33. Entretanto, valorou-se negativamente a circunstância judicial preponderante da quantidade da droga, hipótese em que se deve estabelecer regime mais gravoso, conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt, Código Penal Comentado, 9ª ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que:

“(...) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado”.

Na hipótese dos autos, diante da gravidade do fato e do juízo negativo da referida circunstância, estabelecer regime prisional mais brando que o fechado desatenderia ao fator retributivo da pena.

Portanto, a presença de uma circunstância judicial altamente negativa, com penas nos patamares aqui fixados, justifica o início do cumprimento da pena no regime fechado, imposto pela sentença.

Da detração penal.

Verifica-se que a sentença não atentou ao disposto pelo § 2º do artigo 387 do CPP, redação da Lei nº 12.736/2012:

“(...) O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”

É que após o juiz sentenciante fixar o regime prisional inicial com base no art. 33 do Código Penal, tal qual fazia antes, obrigatoriamente, ele deve analisar, na própria sentença, a possibilidade de progressão para regime mais brando em relação ao que acabara de fixar, considerando, para tanto, o tempo de prisão provisória, decorrido até a data da prolação da sentença, pois o § 2º do art. 387 do CPP introduziu um novo capítulo na sentença condenatória, a ser obrigatoriamente aplicado após o tradicional processo de fixação da pena.

Entretanto, como a sentença não aplicou o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e ora não se dispõe das informações acerca do preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão da progressão de regime, tal análise deverá ser realizada pelo juízo das execuções penais. É como decide o STJ:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – (...) – DETRAÇÃO – NEGATIVA DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA ORIGEM – ILEGALIDADE – TRÂNSITO EM JULGADO – ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. (...). 10. A previsão

inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Assim, cabe ao sentenciante descontar da pena aplicada ao réu o período em que fora mantido em prisão provisória. Realizada tal operação, observados os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível ao juiz alterar o regime, aplicando modalidade menos gravosa. 11. Ausentes informações suficientes para, nesta oportunidade, aplicar o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, deve o Juízo das Execuções Criminais examinar se o tempo de prisão cautelar autoriza a fixação de regime inicial mais brando. (...). (HC 342.822/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016). Destaquei e reduzi ao necessário.

Assim, a análise deverá ser realizada pelo juízo das execuções penais.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Daniel Francisco de Oliveira Neto para reduzir a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Prevalecendo este, e encontrando-se o apelante preso, oficie-se ao juízo da execução criminal, comunicando a alteração da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Agravo de Instrumento nº 1412453-08.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO – INFRATORA TRANSGÊNERO – TRANSFERÊNCIA PARA UNIDADE EDUCACIONAL DE INTERNAÇÃO COMPATÍVEL COM SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – DEVER DE PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA, PSÍQUICA E MORAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – PRESERVAÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE E PERSONALIDADE – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO.

Qualquer indivíduo se identifica conforme a sua identidade de gênero, de forma que cisgêneros são as pessoas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo biológico. Já o transgênero é aquele que não se identifica com o sexo biológico, independentemente de ter ou não realizado a cirurgia de transgenitalização, ou mesmo de sua orientação sexual, posto que tal situação opera-se no campo psicológico.

A prerrogativa da pessoa, de ser tratada de acordo como ela se expressa e se apresenta socialmente, decorre da própria dignidade humana, nos termos do artigo 1º, III, da CF, que consagra tal preceito como fundamento da República Federativa do Brasil, bem assim do direito ao igual respeito e consideração que a todos deve ser reconhecido.

Negar à adolescente o direito personalíssimo à sua identidade de gênero e ao consequente convívio social com reeducandas com as quais ela se reconhece, seria negar vigência ao inciso III do art. 1º da CF, bem assim ao contido no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Recurso 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, dar provimento.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A.F.T., contra a decisão de f. 52-58 que indeferiu o pedido de transferência da Unidade Educacional de Internação masculina (UNEI-Dom Bosco) para a Unidade de Internação feminina (UNEI-Estrela do Amanhã), assim como o pedido de progressão de medida socioeducativa.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 01-14, pugna seja efetuada a transferência da Unidade Educacional de Internação masculina para a Unidade Educacional de Internação feminina, uma vez que se trata de pessoa transgênero, com características biológicas masculinas, porém identidade de gênero e orientação sexual femininas. Subsidiariamente, requer alteração da medida socioeducativa de

internação para liberdade assistida. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os dispositivos legais indicados a f. 12.

O Ministério Público apresentou contraminuta a f. 69-76, pugnando pelo desprovimento do presente agravo, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 80-89, opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A.F.T., contra a decisão de f. 52-58 que indeferiu o pedido de transferência da Unidade Educacional de Internação masculina (UNEI-Dom Bosco) para a Unidade de Internação feminina (UNEI-Estrela do Amanhã), assim como o pedido de progressão de medida socioeducativa.

Pelas razões expostas a f. 01-14, pugna seja efetuada a transferência da Unidade Educacional de Internação masculina para a Unidade Educacional de Internação feminina, uma vez que se trata de pessoa transgênero, com características biológicas masculinas, porém identidade de gênero e orientação sexual femininas. Subsidiariamente, requer alteração da medida socioeducativa de internação para liberdade assistida. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os dispositivos legais indicados a f. 12.

O Ministério Público apresentou contraminuta a f. 69-76, pugnando pelo desprovimento do presente agravo, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 80-89, opina no mesmo sentido.

É o que basta para analisar a pretensão.

A questão posta no presente recurso refere-se a tema que remete à necessidade de reflexão urgente, diante da dificuldade de estabelecer o local (instituição) em que homossexuais ou transgêneros devam cumprir pena restritiva de liberdade ou medida socioeducativa de internação de acordo com o seu gênero, já que a sexualidade é uma extensão dos direitos da personalidade.

Na hipótese dos autos, a agravante pede a transferência da unidade masculina onde atualmente cumpre medida socioeducativa de internação para uma unidade feminina, uma vez que se trata de pessoa transgênero, com características bio-fisiológicas masculinas, porém identidade de gênero e orientação sexual femininas, razão pela qual vem encontrando dificuldades de inserção social entre reeducandos, mormente em decorrência da ausência de identificação sexual com o gênero masculino, tendo-lhe sido dirigidas, em consequência disso, manifestações ostensivas de preconceito, ridicularização e, em alguns casos, até ameaças de morte.

Argumenta, em síntese, que a sua transferência para a unidade educacional feminina encontra-se amparada pelo art. 35, VIII, do SINASE, que veda expressamente a discriminação de adolescente em razão de seu gênero, bem como por Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, cujo art. 3º garante às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas a sua alocação em espaços de vivência específicos. Conclui, nesse sentido, que, ao ser mantida na unidade educacional masculina, estaria sendo privada do seu direito ao convívio social, tendo em vista o isolamento e a dor psíquica que vem lhe sendo impostos em virtude da rejeição e hostilidade de que tem sido vítima.

Assiste razão à agravante.

Qualquer indivíduo identifica-se conforme a sua identidade de gênero, de forma que cisgêneros são as pessoas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo biológico. Já o transgênero (travestis e transexuais) é aquele que não se identifica com o sexo biológico, independentemente de ter ou não realizado a cirurgia para alterá-lo (transgenitalização), ou mesmo de sua orientação sexual, posto que tal situação opera-se no campo psicológico.

Tem-se nos autos que a agravante, inobstante “aprisionada” em corpo de homem, sempre se viu mulher, possui características físicas externas femininas, optou por usar nome social feminino, de maneira que não se trata de pessoa que se aproveita de uma situação traumática para auferir vantagem decorrente de uma situação inexistente, e sim porque, de fato, trata-se de transgênero.

Segundo Hélio Veiga Júnior, em *O direito de pertencer a si mesmo. A despatologização o transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, a palavra “transgênero” dá origem a várias espécies de denominações, sejam elas “transexuais” (aqueles que fizeram ou não cirurgia de redesignação sexual, mas que reconhecem-se com gênero diverso do sexo biológico ou de nascença – que é o que consta nos documentos oficiais) quanto “travestis” (que são pessoas que se apresentam com aparência de gênero diversa do sexo biológico que consta nos documentos de identificação, ainda que não possuam gênero diverso).

Esclarece que a personalidade de tais pessoas fica impedida de ser desenvolvida com segurança quando as mesmas encontram-se presas em local para pessoas do gênero diverso do que elas se reconhecem, pois o preconceito e ódio são repelidos com violência física, psicológica ou moral.

Ou seja, o recolhimento de cidadãos com tais características em instituições incondizentes com a sua condição de gênero viola o direito à personalidade na fase de execução penal, além de desatender ao princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI e XLIII da Constituição Federal) e o da humanização das penas (artigo 1º, III, c/c art. 5º XLVII, da Carta Magna), já que não se está privando apenas sua liberdade de locomoção, mas sim outros direitos fundamentais que preservam a dignidade do indivíduo.

De tal maneira, embora não se possa discordar do argumento primordial contido na decisão agravada, no sentido de que nenhuma das unidades educacionais de internação possui condições ideais de recepção de jovens infratores transgêneros, este não pode servir de fundamento para que seja negado à agravante o direito personalíssimo à sua identidade de gênero e ao consequente convívio social com os demais reeducandos, sob pena de negar-se vigência ao contido no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe que “*Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*”, bem assim ao previsto no art. 1º, inciso III¹, que consagra a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, por analogia, artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal.

A propósito, confira-se os seguintes julgados:

“DIREITO CONSTITUCIONAL – TRANSEXUALIDADE – CRIANÇAS E ADOLESCENTES – USO DE NOME SOCIAL DO ALUNO EM ESCOLAS – PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – TRATADOS INTERNACIONAIS – INTERPRETAÇÃO – DEVER DE CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO Nº 12/2015/CNCD. 1. Trata-se de ação ajuizada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina em face da União para que as escolas por ele representadas sejam desobrigadas do cumprimento da Resolução nº 12/2015, exarada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD). 2. Há relevância no julgamento, com apreciação do mérito, da presente ação, com a finalidade de propiciar ao Sindicato autor e às escolas por ele representadas o parâmetro de cumprimento da referida Resolução, não sendo caso de carência de ação. 3. Dever de cumprimento da Resolução nº. 12/2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que, ainda que possua status de recomendação, afigura-se enquanto ato normativo visando a elucidar a melhor interpretação e tomada de ações concretas visando à reparação das violações de direitos humanos que o Estado brasileiro, conjuntamente com toda a sociedade, comprometeu-se a efetivar. 4. A sociedade como um todo (nela incluídas

¹ “dignidade da pessoa humana”

em papel de destaque as escolas) e em especial os órgãos estatais, notadamente o Judiciário, possuem o dever de concretização de direitos fundamentais expressos no texto constitucional, e, com especial relevância, o da dignidade da pessoa humana, de forma a impedir a agressão por parte de terceiros, a segregação, e a discriminação contra pessoas transgênero, transexuais e travestis, além de garantir seu direito de identidade e de integridade psíquica e intelectual. 5. Normas internas e internacionais, sobretudo em Declarações Internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos e Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata de 2001), reconhecem o direito à pessoa de se expressar e de assim ser respeitada conforme se apresenta socialmente e de não ser em hipótese alguma discriminada (art. 3º, IV, CRFB). 6. Segundo a Portaria nº 33/18 do MEC, deve ser utilizado o nome civil nas escolas representadas pelo Sindicato autor quando presente a anuência dos pais do estudante, independentemente de sua idade, pelo próprio Ministério da Educação. 7. Há que se atentar ao dever de proteção integral às crianças e adolescentes, à sua integridade física, psíquica e moral, com a preservação da sua identidade e personalidade, autonomia, e valores - a qual abrange o respeito ao nome com o qual o menor de fato se identifica, sem ser forçado a utilizar, no âmbito escolar, nome que fere sua identidade. 8. Impõe-se a proteção do menor contra violência psicológica ou física advinda do medo e da intimidação, para o fim de forçá-lo a aceitar a intolerância e a discriminação do ambiente escolar. 9. É inadmissível a violação ao direito fundamental à igualdade, uma vez que a resistência enfrentada pelo aluno transgênero deve, nos termos de todos os dispositivos normativos acima mencionados, ser mitigada através de ações assertivas, de responsabilidade da família, da escola e da sociedade, para que a discriminação não mais leve essas pessoas a terem seu futuro ceifado em razão do preconceito de quem deveria zelar pelo seu bom desenvolvimento. 10. Acaso se reputasse aceitável a perpetuação da discriminação sistemática no âmbito escolar de estudantes transgênero, ignorar-se-ia o conjunto do ordenamento jurídico pátrio, que, através de todos os seus níveis normativos, desde a Constituição Federal, tratados internacionais ratificados pelo Brasil, Leis e atos normativos reconhecem a relevância do tema da discriminação, inclusive a de gênero, e combate os atos atentatórios aos direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e busca da felicidade. 11. Dados os termos em que proposta a Resolução nº. 12/2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, enquanto orientação para o melhor cumprimento das diretrizes de direitos humanos previstas em normas cogentes, trata-se de medida adequada e proporcional a ser seguida pelas escolas públicas e particulares, notadamente as representadas no presente processo pelo Sindicato autor.” (TRF 4ª R.; APL-RN 5010492-86.2016.4.04.7200; SC; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto; Julg. 31/07/2018; DEJF 03/08/2018)

“APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – TRANSGÊNERO – REGISTRO CIVIL – ALTERAÇÃO – MUDANÇA DE PRENOME E DE SEXO – CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO – DESNECESSIDADE – ADI 4275 E RE 670422 COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – ENTENDIMENTO FIRMADO PELO DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DE PRENOME E SEXO PELA VIA JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA – SENTENÇA REFORMADA – APELAÇÃO PROVIDA. É cabível a alteração do prenome e do designativo de gênero/sexo no registro civil, independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização, quando comprovada cabalmente a identidade de gênero diferente do denominado quando do nascimento. Identificação psicológica que se sobrepõe à morfológica, em atenção ao comportamento e à identificação existentes e em afirmação à dignidade da pessoa humana.” (TJBA; AP 0510233-25.2016.8.05.0001; Salvador; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. José Olegário Monção Caldas; Julg. 27/11/2018; DJBA 03/12/2018; Pág. 516)

Ademais, como bem salientou a Defensoria Pública em sua minuta recursal, a socialização é um requisito importantíssimo para a recuperação social da agravante.

O próprio Ministério Público, em sua manifestação de f. 80-89, corrobora o acima aventado quando afirma:

“(...) Deveras, como é cediço, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra a doutrina da proteção integral do menor e, portanto, o objetivo das medidas socioeducativas constantes nesse diploma é a reeducação das crianças e adolescentes em conflito com a lei, visando a sua reintegração à sociedade, bem como seu melhor interesse. É certo que a postura adotada pela Lei n.º. 8.069/1990 tem como alicerce a convicção de que os menores são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral”.

Não se pode olvidar a gravidade dos delitos praticados pela agravante, conforme pormenorizadamente relatado pelo *Parquet*. Contudo, a pretensão deduzida na peça recursal em momento algum pretende eximila da medida socioeducativa, mas tão somente proporcionar-lhe melhores condições de cumprimento e possibilidade - ainda que remota, dado o grau de marginalização pontuado pelo MP - de reinserção social.

Por outro lado, embora impossível desprezar o direito à integridade física e à intimidade das reeducandas presentes na UNEI feminina, também há que se considerar que o mencionado “hipotético episódio de descontrole e brigas” é passível de ocorrer também em unidade prisional do gênero masculino, sendo responsabilidade mínima do Estado coibir eventuais discórdias entre os internos. Pensar o contrário seria admitir que o controle das unidades de internação estaria nas mãos dos próprios infratores, o que não se pode admitir.

Além disso, se é certo que tanto o direito à personalidade da agravante quanto os direitos à intimidade e integridade física das demais reeducandas tratem-se de direitos fundamentais que, do mesmo modo que os princípios, pairam sobre todo o ordenamento jurídico, não menos certo é que, segundo grande parte da doutrina, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, possuindo eles, por força do princípio da Unidade da Constituição, idêntico *status* no ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, reduzidos ao ponto que interessa:

“APELAÇÕES CÍVEIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA EM SÍTIO ELETRÔNICO DE CENTRAL SINDICAL SOBRE SUPOSTA AGRESSÃO FÍSICA DE PRESIDENTE SINDICAL A OUTRA DIRIGENTE – ALEGAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA E À IMAGEM – CASO CONCRETO NO QUAL CONFIGURADO EXCESSO AO DIREITO DE INFORMAR – DANO MORAL VERIFICADO – VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDO – MARCO INICIAL DOS JUROS DE MORA ALTERADO. 1. Não existem direitos ou garantias fundamentais que se revistam de caráter absoluto no ordenamento brasileiro. O princípio da unidade da constituição impõe a coexistência harmônica das liberdades e dos direitos assegurados na Lei Fundamental, não se legitimando o exercício de direito ou garantia com ofensa a bens jurídicos outros de mesma dignidade constitucional. (TJRS; AC 0115510-27.2018.8.21.7000; Porto Alegre; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti; Julg. 12/07/2018; DJERS 18/07/2018)

“APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO CIVIL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FACEBOOK – PUBLICAÇÃO – PARLAMENTAR – FIGURA PÚBLICA – LIBERDADE EXPRESSÃO – CENSURA – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. (...)3. Os princípios constitucionais em aparente conflito devem se conciliar, pois diante da unidade constitucional não pode haver conflito dentro da própria Constituição. O intérprete deve sopesar os princípios em conflito por meio da técnica da ponderação.” (TJDF; APC 2015.01.1.134117-3; Ac. 999.854; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Rômulo de Araújo Mendes; Julg. 22/02/2017; DJDFTE 13/03/2017)

Assim, eventual conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido, a princípio, mediante ponderação no caso concreto, de modo que o intérprete possa preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer.

Nesse sentido, a então Ministra Ellen Gracie, no julgamento do RE 208.685/RJ (DJ 22/08/2003), enfatizou que “*não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro*”, mas “*levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um*”.

Nesse contexto, forte na premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto, é de se concluir como possível “*minorar o conteúdo material de um direito fundamental para salvaguardar outro*”, de modo que, no presente caso concreto, afigura-se mais razoável, à luz dos princípios constitucionais, que a agravante seja transferida para a unidade educacional de internação feminina, pois sendo dever do Estado garantir a integridade física de todos os reeducandos, e possuindo o poder público condições de fazê-lo, deve aquele direito ceder, de modo a garantir o direito à personalidade e à integridade psíquica da adolescente.

Aqui, impende destacar recente julgado do Supremo Tribunal Federal, autorizando a transferência de internos para unidade prisional compatível com a respectiva identidade de gênero, como mostra trecho do voto do Relator Ministro Luiz Roberto Barroso, no HC nº 152.491:

“(…) a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo.”

Portanto, a agravante identifica-se e caracteriza-se como transgênero, e como tal deve ser tratada pelo Estado, em atenção ao disposto pelo artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim ao previsto no art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, por analogia, artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal.

A realidade da vida está a exigir dos órgãos públicos que deem efetivo cumprimento a tais preceitos abstratos, adotando meios e propiciando condições para o recolhimento no seio das instituições de cumprimento de pena/medida socioeducativa de indivíduos de tal natureza dentre os seus iguais, pena de total descumprimento a dispositivos legais de ordem pública.

No que tange ao questionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou provimento ao recurso para determinar a imediata transferência da adolescente A.F.T. (A.F.T.) para a Unidade Educacional de Internação – UNEI Estrela do Amanhã.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0001164-76.2009.8.12.0033 - Eldorado

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CASA DE PROSTITUIÇÃO E RUFIANISMO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, V E 109, V, DO CÓDIGO PENAL – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA – CRIMES AUTÔNOMOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É de se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva com relação ao delito previsto no artigo 230, *caput*, do Código Penal quando entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transcorreu lapso temporal superior ao exigido para o exercício da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo no art. 109, V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Impossível a aplicação do princípio da consunção, a fim de que a conduta de rufianismo seja absorvida pela de manter casa de prostituição por tratar-se crimes autônomos, sem nexo de dependência ou subordinação.

Com o parecer. Recurso parcialmente provido, apenas para declarar a extinção da punibilidade com relação ao delito previsto no artigo 230, *caput*, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Zildete Emilia Ribeiro Paini contra a sentença de f. 231-243 que a condenou à pena de 07 (três) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 69 (sessenta e nove) dias-multa pela prática dos delitos previstos nos artigos 229 e 230, *caput* e § 1º, todos do Código Penal.

Inconformada com a decisão, pelas razões expostas a f. 256-288, a apelante requer, em suma, o reconhecimento da prescrição retroativa com relação ao delito previsto no art. 230, *caput*, do Código Penal, e a absolvição, por insuficiência provatória, com relação aos demais crimes. Subsidiariamente, pleiteia, que seja reconhecida a absorção da conduta de rufianismo (artigo 230, *caput* e § 1º, do Código Penal), pelo crime de casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal).

Em sede de contrarrazões recursais a f. 292-300, o *Parquet* manifestou-se pelo acolhimento da preliminar da prescrição retroativa em relação ao crime previsto no art. 230 do CP e, no mérito, pelo improvimento. A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 309-313, opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Zildete Emilia Ribeiro Paini contra a sentença de f. 231-243 que a condenou à pena de 07 (três) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 69 (sessenta e nove) dias-multa pela prática dos delitos previstos nos artigos 229 e 230, *caput* e § 1º, todos do Código Penal.

Inconformada com a decisão, pelas razões expostas a f. 256-288, a apelante requer, em suma, o reconhecimento da prescrição retroativa com relação ao delito previsto no art. 230, *caput*, do Código Penal, e a absolvição, por insuficiência probatória, com relação aos demais crimes. Subsidiariamente, pleiteia seja reconhecida a absorção da conduta de rufianismo (artigo 230, *caput* e § 1º, do Código Penal), pela de manter casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal).

Em sede de contrarrazões a f. 292-300, o *Parquet* manifestou-se pelo acolhimento da preliminar da prescrição retroativa em relação ao crime previsto no art. 230 do CP e, no mérito, pelo improvimento. A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 309-313, opina no mesmo sentido.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar.

Preliminarmente, a apelante pleiteia o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa com relação ao delito previsto no artigo 230, *caput*, do Código Penal.

Por força do artigo 61 do Código de Processo Penal, a prescrição, que é causa de extinção da punibilidade e, como tal, matéria de ordem pública, deve ser declarada a qualquer tempo, até mesmo de ofício, como preliminar, sobrepondo-se às questões de mérito, inclusive à própria possibilidade de absolvição.

A prescrição é a perda do direito estatal de punir por força do decurso do tempo. São duas as espécies de prescrição: 1 Prescrição da pretensão punitiva (art. 109 do Código Penal); 2 Prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, do Código Penal).

Aqui interessa apenas a prescrição da pretensão punitiva, aquela que ocorre antes de a sentença penal transitar em julgado, espécie que, segundo a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, pode ser subdividida em três modalidades: 1ª abstrata; 2ª intercorrente; 3ª retroativa.

No caso dos autos trata-se da prescrição retroativa, que tem por base a pena concreta, aplicada pela sentença, que ocorre, neste caso, especificamente, entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença.

A apelante foi condenada à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 230, *caput*, do Código Penal e, segundo as disposições do artigo 109, V, do Código Penal, o prazo prescricional, nesta hipótese, verifica-se após o transcurso do lapso temporal de 04 (quatro) anos.

Assim, contados da data do recebimento da denúncia (17 de janeiro de 2011 – f. 47) e a data da publicação da sentença (01 de fevereiro de 2018 – f. 244), transcorreu prazo superior ao previsto, operando-se a prescrição retroativa.

Assim, acolho a preliminar, para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa e, por conseguinte, declaro extinta a punibilidade de Zildete Emilia Ribeiro Paini com relação ao delito previsto no artigo 230, *caput*, do Código Penal.

Do mérito.

Pleito absolutório.

Infere-se da denúncia (01-03) que:

“(...) No dia 09 de maio de 2008 e pelo menos nos 20 dias anteriores, Zildete Emilia Ribeiro Paini mantinha, por conta própria, casa de prostituição destinada a encontros para fins libidinosos, em seu bar de nome ‘Bar e Dormitório PINE’, situado à Rodovia 163, no Município de Eldorado, Centro. Consta ainda que, no mesmo período e local, Zildete Emilia Ribeiro Paini facilitou à prostituição de C.S. dos S. e de Cintya Elizabeth Flecha. Consta também que durante o período descrito acima e no mesmo local, Zildete Emilia Paini tirava proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros. Na data de 09 de maio de 2008, durante uma ‘blitz’ realizada por policiais civis, foram encontrados no local o travesti C.S. dos S. (menor de idade) e Cintya Elizabeth Flecha. Ambos alegaram que trabalhavam para a denunciada se prostituindo no estabelecimento. Com Carlos foi combinado que o programa custaria R\$ 50,00 (cinquenta reais), sendo que R\$ 20,00 (vinte reais) ficaria com Zildete. Com Cintya foi acordado que o programa custaria R\$ 70,00 (setenta reais) sendo que Zildete ficaria com R\$ 20,00 (vinte reais) e cederia um quarto para que a vítima morasse. (...)”

A sentença de f. 231-243 acatou a pretensão acusatória para condenar Zildete Emilia Ribeiro Paini à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 69 (sessenta e nove) dias-multa.

A apelante requer (f. 259-273) sua absolvição pelos crimes previstos nos arts. 229 e 230, § 1º, ambos do Código Penal, sustentando que o conjunto probatório não é suficiente.

Vale ressaltar que há uma corrente que considera que o princípio da adequação social seria aplicável a tais crimes, afastando a tipicidade material da conduta. Contudo, o STJ não adota esse posicionamento e considera que:

“(...) eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, delito tipificado no artigo 229 do Código Penal” (STJ. HC 238.688/RJ Relator Min. Felix Fischer).

Logo não há que se falar na hipótese de que condutas que, formalmente, se amoldam aos crimes de casa de prostituição e rufianismo, seriam materialmente atípicas em face da aceitação social.

A testemunha Veranice Candil, policial civil, afirmou que foi realizada uma vistoria no bar e dormitório “Pine”, ambos de propriedade da apelante, quando encontrou o adolescente C.S. dos S., o qual declarou que estava no local se prostituindo. – f. 126

E no campo da prova penal um dos principais elementos, certamente, é representado pelas declarações dos agentes públicos que participaram das diligências, testemunho como o de qualquer cidadão, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos tal qual ocorreram, sendo reiterada a jurisprudência do egrégio STF no sentido de que *“(...) é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita” (...)* (RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho in “Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais”, f. 61).

No mesmo sentido foi o depoimento de C.S. dos S., o qual, em sede extrajudicial, informou que combinou com a apelante que iria se prostituir no bar, sendo que, cada programa custaria R\$50,00 (cinquenta reais) e que R\$20,00 (vinte reais) ficaria com a apelante. – f. 10

A testemunha Cintya Elizabeth Flecha informou que havia chegado à cidade há cerca de 20 dias e desde então estava no bar da acusada, onde se prostituía e dormia em um dos quartos situados no fundo, sendo que, cada programa custaria R\$ 70,00 (setenta reais), dos quais R\$ 20,00 (vinte) ficariam com a apelante. – f. 14

Em que pese, as testemunhas Cintya e C. não tenham sido localizadas para serem ouvidas em juízo, não se pode negar o valor probatório das declarações prestadas na fase extrajudicial, principalmente, quando coerentes e verossímeis com os demais elementos colacionados aos autos.

Ao ser ouvida, em sede extrajudicial, a apelante negou a prática delitiva, afirmando que os quartos ao fundo eram alugados para terceiros, funcionando como um hotel. – f. 34

Entretanto, ao ser ouvida em juízo, a apelante mudou a versão dos fatos, dizendo que mantinha apenas uma lanchonete, não oferecendo nenhum serviço que envolvesse prostituição, sendo que os quartos que ficavam aos fundos do local não eram utilizados e permaneciam sempre fechados. – f. 188

De tal forma, diante de tamanha contradição, em que pese tal negativa fica claro que a versão apresentada pela apelante é fantasiosa e não condiz com a realidade provada nos autos e que, realmente, praticou os crimes a ela imputado pela denúncia.

Pelos mesmo fundamentos diante de prova cristalina, indiscutível que a apelante mantinha casa de prostituição, bem como de que tirava proveito da prostituição de C.S. dos S., o qual à época dos fatos tinha menos de dezoito anos e mais de quatorze, conforme documento de f. 13, mostra-se inviável a absolvição das condutas previstas nos artigos 229 e 230, § 1º, todos do Código Penal.

Aplicação do princípio da consunção.

Pelo Princípio da consunção, também conhecido como princípio da absorção, ainda que praticadas duas ou mais condutas submetidas a tipos legais diversos, pune-se apenas uma delas, restando as demais absorvidas, quando estas constituem meramente partes de um fim único.

Na hipótese, não resta dúvidas de que a apelante praticou as condutas, bem como de que o delito de rufianismo (art. 230, § 1º, CP) não é um mero exaurimento e tampouco está na linha de desdobramento regular do delito de manter casa de prostituição (art. 229 do CP), sendo inaplicável, portanto, o princípio da consunção.

O crime de rufianismo previsto no artigo 230, § 1º, CP consiste nas ações de tirar proveito da prostituição de maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, participando diretamente de seus lucros, conduta praticada pela apelante, já que auferia lucro, pois cobrava R\$ 20,00 (vinte reais) por cada programa sexual realizado por C.S. dos S.

Portanto, os autos demonstram claramente que ocorreram condutas distintas e com propósitos diversos: uma consistente em auferir lucro da prostituição alheia; outra relativa a manter casa de prostituição. Hipóteses que retratam delitos que tutelam bens jurídicos distintos, inclusive com momentos de consumação distintos, e envolvendo pessoas distintas (C.S. dos S. e Cintya Elizabeth Flecha), sendo perfeitamente possível manter casa de prostituição sem praticar o delito de rufianismo.

Assim, o crime de rufianismo não pode ser absorvido por aquele de manter casa de prostituição, pois são crimes autônomos, com condutas diversas e inconfundíveis. Neste sentido:

“(…) FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO – CASA DE PROSTITUIÇÃO E RUFIANISMO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CONSUNÇÃO – INADMISSIBILIDADE – INDEPENDÊNCIA DE CONDUTAS – CONDENAÇÃO MANTIDA

– CUSTAS PROCESSUAIS – RÉU ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – ISENÇÃO DEVIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. *Provada nos autos a materialidade e autoria dos delitos previstos no artigo 228, 229 e 230, do CP, há de ser mantida a condenação proferida no juízo de origem. Não há falar em consunção do delito de favorecimento à prostituição pelo de rufianismo quando demonstrado nos autos que o agente, além de atrair e induzir mulheres a se prostituírem, fazia de sua conduta seu meio de vida, possuindo uma organização destinada à obtenção de lucros com a exploração da sexualidade alheia. Aos acusados assistidos pela Defensoria Pública é devida a isenção dos encargos do processo, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/03. (TJMG – Apelação Criminal 1.0024.99.126238-7/001, Relator(a): Des.(a) Walter Pinto da Rocha, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 17/09/2008, publicação da súmula em 03/10/2008)”*

Diante de tal constatação, de que trata-se da prática de crimes autônomos, impossível aplicar-se o princípio da consunção.

No que tange ao questionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso apenas para declarar a extinção da punibilidade com relação ao delito previsto no artigo 230, *caput*, do Código Penal, nos termos do artigo no art. 109, V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, restando a condenação à pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa pela prática dos delitos previstos nos artigos 229 e 230, § 1º, ambos do Código Penal.

Prevalecendo este voto, adicto que sou à hodierna orientação jurisprudencial emanada do STF, no julgamento do HC nº 126.292, após escoado o prazo para eventuais recursos perante esta Corte, determino o imediato início do cumprimento da pena privativa de liberdade cominada, devendo-se, para tanto, expedir os mandados de prisão e respectivas guias de execução provisória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 0000228-08.2015.8.12.0044 - Sete Quedas

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO EM CONCURSO MATERIAL COM EXERCÍCIO IRREGULAR DA MEDICINA E FALSA IDENTIDADE – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 415 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE. IMPRONÚNCIA – ART. 414 DO CPP – JUÍZO DE PRELIBAÇÃO – PROVA DA MATERIALIDADE E PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO – DUAS VERSÕES – SUBMISSÃO DAS TESES AO CONSELHO DE SENTENÇA – SOBERANIA DO JULGAMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos do artigo 415, do Código de Processo Penal, a absolvição sumária somente pode ocorrer diante de prova incontestada, perceptível de plano e isenta de qualquer dúvida, acerca de alguma das circunstâncias nele referidas, sendo vedado ao magistrado, nesta fase, aprofundar-se no exame das provas, imiscuindo-se na competência do Conselho de Sentença.

Na fase da pronúncia, que encerra a primeira parte do procedimento, o juiz togado realiza mero juízo de prelibação, no qual basta apontar a prova da materialidade e indícios da autoria e da participação do acusado. Presentes tais elementos torna-se impossível a impronúncia, nos termos do artigo 414 do Código de Processo Penal, impondo-se a submissão ao julgamento pelo Colendo Conselho de Sentença.

Conforme preconiza o artigo 413 do Código de Processo Penal, a sentença de pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, exigível apenas o convencimento da prova material do crime e indícios suficientes da autoria ou participação.

A desclassificação somente poderá ocorrer se a acusação por crime doloso for manifestamente inadmissível. O suporte fático, na fase de pronúncia, deve ser detectável de plano e isento de polêmica relevante, o que não ocorreu no presente caso.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Sustentação oral proferida pelo Dr. Emerson Ottoni Prado.

Campo Grande, 21 de março de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Marx Honorato Ortiz contra a sentença que o pronunciou como incurso nas sanções dos artigos 121, *caput*, 282 e 307, todos do CP.

Segundo as razões expostas a f. 873-931, busca o recorrente a absolvição sumária e, subsidiariamente, a impronúncia ou desclassificação para o crime de homicídio culposo, ao fundamento de insuficiência probatória quanto à autoria e materialidade delitiva.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 937-955 pugnando pelo desprovisionamento do recurso.

Em juízo de retratação a decisão restou mantida (f. 957).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 964-973, opinou pelo desprovisionamento do recurso. Para fins de prequestionamento requereu manifestação expressa sobre os artigos: 121, *caput*, 282 e 307, todos do CP e 239 do CPP.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Marx Honorato Ortiz contra a sentença de f. 852-866 que o pronunciou como incurso nas sanções dos artigos 121, *caput*, 282 e 307, todos do CP.

Segundo as razões expostas a f. 873-891, busca o recorrente a absolvição sumária sob o argumento de ausência de provas de autoria e materialidade delitiva. Subsidiariamente, requer a impronúncia ou desclassificação para o crime de homicídio culposo.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 937-955 pugnando pelo desprovisionamento do recurso.

Em juízo de retratação a decisão restou mantida (f. 957).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 964-973, opinou pelo desprovisionamento do recurso. Para fins de prequestionamento requereu manifestação expressa sobre os artigos: 121, *caput*, 282 e 307, todos do CP e 239 do CPP.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da absolvição sumária.

Infere-se que o recorrente foi pronunciado a fim de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri pela prática dos delitos de homicídio (art. 121, *caput*, do CP), exercício irregular da medicina (art. 282 do CP) e falsa identidade, pois, segundo constou da exordial acusatória (f. 08-15):

“1º Fato: Homicídio Doloso. Art. 121, Caput do Código Penal

(...) no dia 14 de dezembro de 2014, por volta das 22h30min, no Hospital Municipal de Paranhos/MS, o denunciado Marx Honorato Ortiz, passando-se por profissional da medicina, com sua conduta, causou a morte da vítima, João Maria Padilha da Silva.

Segundo apurou-se na investigação policial, a vítima deu entrada no hospital às 13h30min do dia dos fatos, queixando-se de dores de cabeça e vômito sanguinolento. O atendimento foi realizado pelo denunciado, Marx Honorato Ortiz, o qual se apresentava falsamente como médico, Marcell Marques Peres, CRM-MS 7409. O pérfido médico procedeu a exame de eletrocardiograma e medicou o Sr. João, dizendo à filha dele que seu pai estava bem e que seu estado de saúde poderia ser decorrente de abalo emocional.

Por volta das 15:00 horas a vítima voltou a vomitar sangue e retornou ao hospital conduzido por ambulância. Nesta oportunidade, segundo a filha da vítima, João Maria Padilha da Silva foi atendido pela enfermeira Adelaide, a qual mediu sua pressão e, após dizer que a vítima já havia sido medicada, liberou-a para retornar para casa.

Numa última vez, Sr. João retornou ao hospital às 18h, após vomitar sangue novamente. Desta vez, ele foi internado e de novo atendido pelo falso médico Marx Honorato Ortiz, momento em que foi interpelado pela filha da vítima, Roseli Padilha, solicitando a transferência de seu pai para as cidades de Campo Grande ou Dourados.

Após insistir na transferência, o denunciado exaltou-se e disse para Roseli que quem tinha feito medicina era ele e não [Roseli], e ato contínuo, afirmou saber o que estava fazendo, deixando a vítima em observação e com infusão apenas de soro, sendo, inclusive advertido por uma das enfermeiras de que aquele soro era prejudicial à saúde da vítima. Às 22h30min sobreveio o óbito de João Maria Padilha da Silva (f. 12).

A apuração dos fatos foi possível com a declaração do verdadeiro Marcel Marques Peres, médico em Campo Grande/MS, às f. 29-30, que no dia 15 de outubro de 2015, compareceu à delegacia de polícia de Paranhos/MS para informar à autoridade policial que outra pessoa estava se passando por ele, usando seu nome e CRM para prestar serviço de médico em Paranhos/MS e que estava respondendo uma sindicância perante o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul em razão da morte de João Maria Padilha da Silva.

Posteriormente, através de reconhecimento fotográfico, a filha da vítima, Roseli, apontou sem hesitações e com certeza que o falso médico que atendido seu falecido genitor foi, sem sombra de dúvidas, Marx Honorato Ortiz (f. 34-39).

Convém observar que o denunciado assumiu o risco de produzir o resultado morte, eis que, além de não ser habilitado como profissional da medicina, liberou a vítima para sua residência quando a recomendação era de internação e transferência imediata do paciente para unidade mais aparelhada em Dourados ou Campo Grande, fato corroborado pelo enfermeiro Alex Nicola Ratier, às f. 67.

Além disso, não se pode negar que o denunciado, ao dizer que ‘sabia o que estava fazendo’, inibiu qualquer possibilidade de a filha da vítima conseguir salvar a vida de seu genitor, além disso, ela foi obrigada a confiar no trabalho do falso médico.

A materialidade está devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 03), certidão de óbito (f. 12), ficha geral de Atendimento (f. 17-19) e escala de plantões (f. 56-58).

A autoria é incontestada, estando provado pelo boletim de ocorrência de f. 27-31, depoimento das testemunhas e, sobretudo, pelo auto de reconhecimento de pessoa fotográfico de f. 34-44. (...)

2º Fato: Exercício Irregular da Medicina art. 282 do Código Penal

(...) nos dias 14, 15, 16, 21 e 28 de novembro e no dia 14 de dezembro de 2014, no Hospital Municipal de Paranhos/MS o denunciado, Marx Honorato Ortiz, ciente da reprovabilidade de sua conduta, exerceu a profissão de médico, sem autorização legal.

Segundo consta da escala de plantões de f. 56-58, o denunciado, como dito, prestou serviços na unidade hospitalar nos dias 14, 15, 16, 21 e 28 de novembro de 2014. Consta ainda que no dia 14.12.2014, a escala de serviço apontava o Dr. Wladimir Martins Junior como plantonista (f. 58), todavia, verificou-se que o denunciado que tirou este plantão, pois era contratado pela empresa de Wladimir para cobrir os plantões quando este não poderia comparecer.

Sobre o assunto, veja o depoimento do enfermeiro Alex, à f. 67: que o médico Marcel estava cobrindo plantão, ele não era do quadro de médicos do hospital, e ele já tinha tirado outros plantões aqui no hospital da vida, Paranhos/MS, inclusive o depoente por várias

vezes o encontrou o mesmo no hospital da vida fazendo atendimento quando o depoente acompanhava algum paciente até lá,(...)'.

O falso médico era conhecido entre os técnicos de enfermagem e enfermeiros de Paranhos/MS como sendo profissional da medicina, mas não possuía habilitação, eis que cursou medicina na Bolívia e não revalidou o diploma no Brasil.

Sobejam provas da materialidade delitiva comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 03), ficha geral de Atendimento (f. 17-19) e escala de plantões (f. 56-58). Ademais, a autoria é incontestada, estando provado pelo boletim de ocorrência de f. 27-31, depoimento das testemunhas e, sobretudo, pelo auto de reconhecimento de pessoa fotográfico de f. 34-44.

3º Fato: Falsa Identidade art. 307 do Código Penal

Consta ainda do inquérito policial que, entre os meses de novembro e dezembro de 2014, no Hospital Municipal de Paranhos/MS, o denunciado Marx Honorato Ortiz, ciente da reprovabilidade de sua conduta, atribuiu a si falsa identidade em proveito próprio.

Nos meses supracitados, o denunciado, Marx Honorato Ortiz, afirmou falsamente e fez constar em documentos públicos como sendo Marcel Marques Peres utilizando o nome e registro no CRM deste, para legitimar os atos de profissional da medicina no Hospital Municipal de Paranhos, eis que Marx não possui habilitação médica.

Este fato foi descoberto após o médico Marcel Marques Peres ser intimado de sindicância instaurada contra si em razão da morte de João Padilha da Silva em Paranhos/MS. Como Marcel nunca havia visitado a mencionada cidade, suspeitou que alguém estaria utilizando seu registro no CRM, como de fato estava.

Posteriormente, a filha de João Padilha da Silva, falecido em razão da conduta do denunciado, afirmou sem sombra de dúvidas que Marcel Marques Peres não era o médico que atendeu seu genitor em Paranhos. Por outro lado, ao ver as fotos de Marx Honorato Ortiz, confirmou ser ele o médico Marcell que prestava serviço no Hospital Municipal de Paranhos/MS.

(...)".

Busca-se, neste recurso, a absolvição sumária, sob alegação de: ausência de nexo de causalidade entre a conduta do recorrente e a morte do paciente, pois não foi realizada perícia para averiguar a causa da morte; não restou demonstrado que a conduta tenha implementado o risco de morte; a prova testemunhal confirmou o acerto da conduta médica adotada; que a acusação foi embasada em presunções; o simples fato de utilizar CRM de outro médico não conduz à conclusão de que o Recorrente aceitou eventual resultado morte.

Inicialmente lembra-se que a sentença de pronúncia põe termo à primeira fase do rito escalonado do Tribunal do Júri, não se destinando a condenar o acusado, mas simplesmente a atestar *a materialidade do fato e a existência* de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme estabelece o artigo 413 do Código de Processo Penal.

É nesta fase, portanto, que se analisa a presença das hipóteses de absolvição sumária, previstas pelo artigo 415 do Código de Processo Penal, assim redigido:

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I - provada a inexistência do fato;

II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III - o fato não constituir infração penal;

IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva”.

A sentença de pronúncia contenta-se com mero juízo de prelibação, ou seja, basta a indicação da prova da materialidade e de indícios da autoria para que o caso seja submetido à apreciação do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Em razão disso, a absolvição sumária somente será possível diante de prova inconteste, perceptível de plano e isenta de qualquer dúvida, acerca de alguma das circunstâncias referidas pelos quatro incisos acima, sem esquecer, ainda, que nesta fase é vedado ao magistrado aprofundar-se no exame das provas, pois assim fazendo, o mesmo estará imiscuindo-se na competência do Conselho de Sentença. Nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO SIMPLES C/C PORTE DE ARMA DE FOGO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – MÉRITO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA – TESE NÃO EVIDENCIADA DE PLANO – PRESENÇA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS CONTRAPOSTOS – NECESSIDADE DE CERTEZA CLARA E INCONTESTE – MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI – PRONUNCIADA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A teor do art. 413, do CPP, a etapa inicial do procedimento do Tribunal de Júri, possui mero juízo de admissibilidade, que visa verificar dos autos, prova mínima da “materialidade do fato e existência de indícios suficientes de autoria ou de participação no crime”, sem que haja um exame aprofundado sobre tais elementos coligidos, ou a respeito de eventuais teses levantadas pelas partes, excetuada a hipótese de prova inconteste que venha a beneficiar o acusado com aplicação da impronúncia ou absolvição sumária (arts. 414 e 415, do CPP), assegurando que, em sendo o caso de seguimento da acusação, não venha a influenciar de qualquer modo no ânimo de convencimento do Conselho de Sentença, a quem competirá o veredito final. Recurso desprovido, de acordo com o parecer. (TJMS; RSE 0001131-59.2018.8.12.0037; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto; DJMS 13/02/2019; Pág. 61).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TENTADO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 415 DO CPP – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DO MP PROVIDO E DA DEFESA DESPROVIDO. I. Nos termos do artigo 415, do Código de Processo Penal, a absolvição sumária somente pode ocorrer diante de prova inconteste, perceptível de plano e isenta de qualquer dúvida, acerca de alguma das circunstâncias nele referidas, sendo vedado ao magistrado, nesta fase, aprofundar. Se no exame das provas, imiscuindo-se na competência do Conselho de Sentença. II. A exclusão de qualificadoras, na fase da pronúncia, somente pode ocorrer em situações excepcionais, quando totalmente divorciadas do conjunto probatório, sob pena de usurpar-se a competência constitucional do Tribunal do Júri. III. Com o parecer. Recurso do MP provido e da defesa desprovido. (TJMS; RSE 0006846-77.2011.8.12.0021; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 06/02/2019; Pág. 68).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Excludente de ilicitude. Reconhecimento de legítima defesa. Ausência de prova incontestável. In dubio pro societate. Pleito de absolvição sumária ou de desclassificação para lesão corporal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Vedação da Súmula nº 7/STJ. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial. (STJ; AREsp 1.374.750; Proc. 2018/0259403-0; PI; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 10/10/2018; DJE 16/10/2018; Pág. 8198).

Na hipótese, a materialidade do delito de homicídio restou demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 18), certidão de óbito (f. 27), prontuário médico da vítima (f. 32-33), auto de reconhecimento fotográfico (f. 53-58), bem como pelos depoimentos colhidos.

Quanto aos indícios de autoria, recaem sobre o recorrente Marx Honorato Ortiz. Veja-se.

A testemunha Roseli Padilha, em declarações judiciais (mídia nos autos), ratificando as que foram prestadas na fase policial (f. 20-21), afirmou ser filha da vítima João Padilha.

“(...) que conhece Marx Honorato, visto ser o médico que atendeu seu pai à época dos fatos. Alegou que seu pai se dirigiu três vezes ao hospital para ser atendido, mas somente foi internado na terceira vez em que compareceu ao local; que João Padilha, seu pai, foi levado ao hospital, tendo sido atendido por um médico que se apresentou como sendo Dr. Marcel Marques Peres; que seu pai estava passando muito mal, paralisado e vomitando sangue, quando foi levado ao hospital e, após ser atendido, foi mandado de volta para casa, mesmo estando nesta situação; afirmou ainda que, segundo o médico que atendeu, seu pai estaria sofrendo com problemas de pressão alta, mas já havia sido medicado e já poderia voltar para casa, e tudo se tratava de um abalo emocional. Todavia, apesar de atendido, seu pai continuou a vomitar sangue e não falava mais. Assim, logo em seguida, retornou com seu pai ao hospital, sendo que ao chegarem ao local, o médico atendeu ao paciente dentro da própria ambulância e determinou que o mesmo voltasse para casa, pois já estava medicado; que seu genitor não conseguia andar, nem mesmo falar, e não foi prescrita qualquer medicação. Depois de uma hora do segundo atendimento, seu pai continuou a apresentar os mesmos problemas, oportunidade em que a ambulância foi novamente acionada para levá-lo ao hospital; que na terceira vez, após sua insistência, seu pai foi internado, e logo após veio a óbito; que insistiu várias vezes para que seu pai fosse transferido a um hospital que oferecesse estrutura para atendê-lo, contudo, o acusado negou o pedido alegando ‘que quem teria feito medicina era ele’; que durante o atendimento no hospital, seu pai foi deixando com infusão de soro, porém, segundo uma das enfermeiras que atendia naquele dia, tal soro era prejudicial à saúde da vítima; que nunca tinha visto o acusado anteriormente no hospital e chegou a tomar conhecimento de que este havia se passado por outro médico, oriundo de Campo Grande-MS; que foi colocada frente à frente do verdadeiro médico Marcel Marques Peres, contudo, não o reconheceu como sendo o médico que atendeu a seu pai no dia dos fatos”.

Corroborando a versão acima, tem-se o testemunho judicial prestado por Alex Nicola Ratier, enfermeiro do Hospital de Paranhos à época dos fatos, o qual alegou que:

“(...) estava realizando plantão no dia em que a vítima João Padilha foi atendido e acompanhou a terceira vez em que o paciente retornou ao Hospital. Naquela ocasião, João não verbalizava muitas palavras e não andava, apenas gesticulava sinalizando estar sentindo dor; que a vítima realizou dois exames e não foi encaminhada a internação. Quanto à questão do soro, os enfermeiros chegaram a questionar tal procedimento, contudo, o recorrente alegou ‘que ele era o médico’; que sugeriu a transferência da vítima a um hospital com melhor estrutura em Dourados-MS, contudo, o recorrente alegou que deveriam aguardar; que após um tempo, o acusado Marx Honorato solicitou vaga em Dourados, contudo, outra pessoa foi encaminhada. Assim, acompanhou a referida pessoa até a cidade, e depois de aproximadamente uma hora, recebeu a notícia do óbito de João; que, em verdade, quem deveria estar atendendo no dia dos fatos seria o médico Wladimir, conforme escala de plantão; que o réu já atendia há aproximadamente oito meses antes dos fatos envolvendo João, tendo atendido inúmeros plantões; que o Marx alegava que havia concluído o curso de medicina na cidade de Campo Grande-MS, e nunca apresentou o CRM (...)”.

Tem-se, ainda, o depoimento colhido da testemunha Carmen Peralta Saldanha - técnica em enfermagem – a qual afirmou que na ocasião dos fatos questionou o recorrente Marx dizendo “está louco doutor?”, pelo fato dele ministrar soro que contém sal (soro fisiológico) à vítima, apesar de ela ser hipertensa; que diante do questionamento feito, o acusado simplesmente alegou que ‘o médico sou eu’, tendo a vítima permanecido recebendo soro fisiológico; que o correto seria a vítima estar recebendo soro glicosado, não fisiológico.

O acusado Marx Honorato Ortiz, ao ser interrogado em juízo, alegou possuir nível superior completo, sendo formado em medicina em faculdade de Santa Cruz de La Sierra-Bolívia, não tendo revalidado seu diploma; que realmente atendeu a vítima se apresentando como médico em Paranhos, porém, não foi o

responsável pelo resultado morte, uma vez que João era hipertenso; que adotou todos os procedimentos para o caso da vítima conforme seus conhecimentos médicos, que foi medicada diante de seu quadro hipertensivo; que a vítima, no momento em que compareceu pela primeira vez ao hospital, apenas apresentava quadro de hipertensão, não tendo conhecimento quanto ao fato de João estar vomitando sangue; que João foi medicado, ficou em observação e após foi liberado. Quanto ao fato de não ser habilitado, alegou ser formado em medicina, somente não tendo revalidado seu diploma, acreditando se tratar de mera questão administrativa, não criminosa.

Primeiramente, como bem anotou a sentença de pronúncia, não cabe, neste momento, “*adentrar em minúcias acerca da análise das provas produzidas em juízo, sob pena de se usurpar a competência do Tribunal do Júri.*”

Outrossim, verifica-se pelos elementos colhidos no processo que há substrato suficiente para que o acusado seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri visto que não estava habilitado para o exercício da medicina no país, atendeu a vítima possivelmente de forma equivocada, fez uso de documento de terceiro.

Nesse quadro, e pelo que é possível nesta fase analisar das provas, tem-se a possibilidade de ter causado a morte da vítima mediante dolo eventual, de forma que cabe ao Conselho de Sentença analisar a prova com a profundidade necessária e proferir seu veredito, decidindo soberanamente acerca da existência ou não do nexos de causalidade entre a sua conduta e a morte do paciente.

Veja-se, ademais, como forte indício do dolo, o fato de o recorrente ter utilizado CRM de outro profissional com o fito de passar-se por médico habilitado a clinicar no Brasil.

Quanto à ausência de laudo pericial para comprovar a conduta acertada ou não do acusado, como bem destacou as contrarrazões ministeriais,

(...) tal perícia é apenas um dos meios de prova admitidos no processo penal e, ademais, os depoimentos testemunhais e outros documentos existentes nos autos serão mais do que suficientes para apreciação do Tribunal do Júri e assim comprovar a prática do crime.

Portanto, a apuração da verdade real sobre os fatos deduzidos na acusação cabe ao Conselho de Sentença, competente para o julgamento da segunda fase. Nessa senda, quanto à autoria do delito, suficiente é para a pronúncia a demonstração de indícios de que o acusado possa tê-lo cometido.

De tal forma, presentes suficientes indícios da autoria, aptos a ensejar a pronúncia, impossível a absolvição sumária.

Da impronúncia.

A hipótese de impronúncia é prevista pelo art. 414 do Código de Processo Penal, assim redigido:

“Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado”.

Daí concluir-se que a pronúncia contenta-se com mero juízo de prelibação, ou seja, o juiz togado não se aprofunda na análise da prova, não apura a verdade real sobre os fatos deduzidos na acusação, pois esta competência recai sobre o Conselho de Sentença, na segunda fase do procedimento. Limita-se a apontar prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes da autoria. Nesse sentido:

“(...) O juiz, ao proferir a sentença de pronúncia, deve limitar-se única e exclusivamente a apontar indícios e provas do crime e sua autoria, deixando a cargo do Tribunal do Júri o exame aprofundado da matéria, pois, tratando-se de crimes dolosos contra a vida, a incursão sobre o mérito da causa importa em indevida invasão de competência que a Constituição Federal reservou ao julgador leigo (...)” (RT 753-580).

A materialidade é a prova da ocorrência de um fato penalmente relevante. Nos crimes contra a vida, em regra, extrai-se do laudo de exame de corpo de delito, embora, a teor do artigo 167 do CPP, em certas situações, permita-se o emprego de outras espécies, como a testemunhal.

Para Guilherme de Souza Nucci, **Código de Processo Penal Comentado**, 15. ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 946,

“(...) o mínimo que se espera, para haver pronúncia, é a prova certa de que o fato aconteceu, devendo o magistrado indicar a fonte de seu convencimento nos elementos colhidos na instrução e presentes nos autos”.

No que toca aos indícios, considerados como prova indireta, o conceito encontra-se no artigo 239, do CPP, que assim foi redigido:

“Art. 239. 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”.

Mas os indícios também são tratados pelo Código como prova semi-plena, ou seja, um elemento mais tênue e com menor valor persuasivo que a prova indireta. E conforme se extrai dos ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima, “Manual de Processo Penal”, 3. ed. Editora Jus Podivm, 2015, p. 581, é essa espécie de indício que exige o artigo 413 do CPP. Confira-se:

“Apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra indício também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo. É com esse significado que a palavra indício é utilizada nos arts. 126, 312 e 413, caput, do CPP, Nessa acepção, a expressão ‘indício’ refere-se a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória.”

Portanto, como a competência para dissecar, esmiuçar, aprofundar a análise de todos os elementos de prova é do Conselho de Sentença, ao juiz togado, por ocasião da sentença de pronúncia, no campo da autoria, cabe apenas apontar a presença de indícios, na concepção admitida pelo artigo 413 do CPP, ou seja, mesmo que rudimentares, tênues ou com baixo potencial para persuadir os jurados.

No caso destes autos não sobeja dúvidas acerca da materialidade, como acima anotado.

No que toca à autoria, nos termos da doutrina acima transcrita, bem como dos elementos e provas acima citados, tenho como presentes nos autos indícios suficientes para concluir pela existência de probabilidade de autoria de Marx Honorato Ortiz nos fatos descritos pela denúncia, a justificar a pronúncia, para que seja submetido a julgamento pelo colendo Conselho de Sentença.

Logo, incabível a impronúncia ora buscada

Da desclassificação do crime.

Busca o recorrente, de forma subsidiária, a desclassificação da conduta descrita na pronúncia para o crime de homicídio culposo.

Quando se trata de crimes dolosos contra a vida, cujo julgamento cabe ao Tribunal do Júri, a competência outorgada pela Constituição Federal ao Conselho de Sentença impõe severa restrição à cognição do juiz togado. Segundo o artigo 413 do CPP, a análise do juiz limita-se ao convencimento acerca da materialidade do fato e à verificação da existência de indícios suficientes de autoria ou participação.

Por outro lado, dispõe o artigo 419 do CPP que o juiz, quando convencido da ocorrência de crime não doloso contra a vida, encaminhará os autos ao juízo competente, desclassificando a imputação.

A interpretação conjunta de tais dispositivos leva à conclusão no sentido de que, ao final da primeira fase do procedimento, o juiz togado deve, além de aferir a presença de prova da materialidade e indícios da autoria, analisar a presença de indícios acerca do *animus necandi*, sem que com isso invada a competência dos Jurados. Constatando a presença de indícios suficientes acerca da intenção de matar, a pronúncia é impositiva. Caso contrário, opera-se a desclassificação, com a remessa dos autos ao juízo singular.

Claro que não se pode deixar de considerar que a desclassificação é medida excepcional, somente passível diante de prova cristalina, indiscutível e constatável de plano, sem exigir do juiz togado que para tanto tenha que aprofundar-se na análise dos fatos, pois aí estará a imiscuir-se na competência que, por disposição Constitucional, é do Conselho de Sentença.

Nesse sentido elucidativa lição de Guilherme de Souza Nucci, em “Tribunal do Júri” - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88-89:

“ (...) O juiz somente desclassifica a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do CPP (homicídio doloso, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio ou aborto). Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida. A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com animus necandi (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana (...).”

Assim também a jurisprudência (sem grifo na origem):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – TENTADO – NULIDADE – EXCESSO DE LINGUAGEM – INOCORRÊNCIA – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA DISPARO DE ARMA DE FOGO – ALEGADA AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI – DÚVIDAS QUANTO À INTENÇÃO DO AGENTE – QUESTÃO QUE DEVE SER APRECIADA PELO JÚRI – RECURSO DESPROVIDO. Constatado que o magistrado a quo somente expôs os fundamentos que alicerçam a existência dos necessários indícios de autoria, tal como determina o § 1º do artigo 413 do CPP, não há falar em excesso de linguagem. Havendo materialidade do fato, indícios de autoria e dúvidas quanto à intenção do agente, mantém-se a pronúncia, pois somente quando a prova produzida é robusta, clara e conclusiva é que se pode retirar o caso da apreciação por parte do Tribunal do Júri. (TJMS; RSE 0001618-47.2017.8.12.0010; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 06/02/2019; Pág. 117).

PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO. Sentença de pronúncia. Desclassificação para lesão corporal seguida de morte. Alegada ausência de animus necandi. Pleito de impronúncia. Competência do Tribunal do Júri. In dubio pro societate. Necessidade de reexame de provas. Súmula nº 7/STJ. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial. (STJ; AREsp 1.360.784; Proc. 2018/0235491-3; CE; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 03/10/2018; DJE 10/10/2018; Pág. 8807).

No presente caso, como visto alhures, há nos autos a versão de que o acusado assumiu o risco de ceifar a vida da vítima, no momento em que optou por atendê-la na condição de médico, sem possuir para isso a habilitação necessária.

Como ressabido, o suporte fático na fase de pronúncia deve ser detectável de plano e isento de polêmica relevante, o que não ocorre nos presentes autos.

Repise-se que, de acordo com os depoimentos das testemunhas oculares do fato, o acusado mesmo tendo clara ciência de todo o procedimento necessário para atuar como médico no Brasil, como a revalidação de diploma, inscrição no CRM, dentre outras medidas necessárias, preferiu tomar caminho mais curto, passando-se por outra pessoa, sendo que ao atender a vítima, em razão de procedimentos inadequados, veio ela a óbito.

Registre-se que, constatado nos autos mais de uma versão sobre o evento delituoso, sem que haja prova indubitosa para afastar a materialidade e os indícios suficientes de autoria no crime em questão, não se mostra lícito retirar a apreciação da causa de seu juiz natural, o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, competente para realizar o aprofundado exame das provas e acolher a versão que lhe pareça mais verossímil.

Assim, diante de indícios mínimos de dolo na conduta, não há falar, ao menos por ora, em desclassificação da conduta.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes e os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. Sustentação oral proferida pelo Dr. Emerson Ottoni Prado.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 21 de março de 2019.

2ª Câmara Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 0004735-18.2014.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DOLO EVENTUAL – MATERIALIDADE DO DELITO E EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO – REJEITADO – AFASTAMENTO DE QUALIFICADORA DO PERIGO COMUM – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Em casos de morte no trânsito, tem sido recorrente a aplicação do dolo eventual, para incriminar na forma dolosa o agente causador da morte. Trata-se de uma aceitação do possível resultado de uma conduta.

Verifica-se dos autos a presença concomitante da embriaguez, excesso de velocidade, desobediência a sinais de parada, que indicam a assunção do risco de produzir o resultado, o que caracteriza o dolo eventual.

Deve ser submetido ao Conselho de Sentença as teses de desclassificação e exclusão da qualificadora, diante de sua soberania, pelo que irá deliberar sobre o mérito do fato atribuído ao acusado, pois, nessa fase, apenas há juízo de admissibilidade da acusação.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Wagner Wender Alves de Lima em face da decisão proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, nos Autos nº 0004735-18.2014.8.12.0021, que o pronunciou pela suposta prática do crime previsto no artigo art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal (homicídio qualificado pelo perigo comum) a fim de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Pede a desclassificação da conduta para crime culposos ou, subsidiariamente, a exclusão da referida qualificadora.

Contrarrazões e parecer da d. PGJ pelo não provimento.

VOTO (EM 29/01/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Wagner Wender Alves de Lima em face da decisão proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, nos Autos nº 0004735-18.2014.8.12.0021, que o pronunciou pela suposta prática do crime previsto no artigo art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal (homicídio qualificado pelo perigo comum) a fim de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Consta da denúncia:

“(...) em 20.04.2012 (sexta-feira), por volta das 22h00min, no cruzamento das Ruas Duque de Caxias e José Almicar Congro Bastos, Jardim Cangalha, em Três Lagoas/MS, o denunciado Wagner Wender Alves de Lima, assumindo o risco de produzir o resultado morte, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e com emprego de meio que possa resultar perigo comum, matou a vítima Aguinaldo Martins, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito necroscópico de f. 50-52. Segundo apurado, o denunciado Wagner, após ingerir bebida alcoólica, conduzia pela Rua Duque de Caxias o veículo F-350, cor prata, placa NRL-7487, em velocidade superior a permitida e sem obedecer sinal de parada, cruzou a Rua José Almicar Congro Bastos, onde colidiu a frente de seu automóvel com a lateral do Chevrolet Vectra, cor chumbo, de placa CXF-2778, dirigido pela vítima, que veio a óbito em decorrência das lesões sofridas. Assim, o denunciado Wagner, ao empreender velocidade incompatível com a via em que trafegava, atravessando diversos cruzamentos sem parar seu veículo, não observando as regras de circulação de trânsito, tampouco sinalizações viárias ostensivas de parada obrigatória, anteviu como possível e consentiu como a produção do resultado morte. Restou ainda elucidado que o denunciado Wagner agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que esta trafegava regularmente pela via preferencial, não tendo como esperar que fosse atingida pelo abalroamento provocado pela alta velocidade e irregular direção empreendida por aquele. Infere-se também do caderno investigativo que o denunciado Wagner empregou meio de que possa resultar em perigo comum, colocando em risco um número indeterminado de pessoas que utilizavam da via pública, ao empreender velocidade excessiva e avançar vários cruzamentos antes da colisão.”

A primeira fase do júri foi encerrada com a pronúncia do acusado pela suposta prática do crime previsto no artigo art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal (homicídio qualificado pelo perigo comum), nos termos seguintes:

“(...) Dessa forma, uma vez clara as disposições do ordenamento jurídico brasileiro com relação aos crimes culposos no trânsito, só há de se falar em oferecer denúncia com base na ideia de dolo eventual quando houverem indícios de que o acusado anteviu como possível e consentiu com o resultado (art. 18, inc. I, 2ª parte, CP), o que ocorreu neste caso.

A materialidade delitiva encontra-se comprovada pelos laudos periciais de vistoria em veículo (provas às f. 44-52), pelo laudo pericial de exame indireto referente a acidente de trânsito (prova às f. 60-67) e pelo laudo de exame de corpo de delito da vítima (prova às f. 106-108). Todas estas provas indicam que o veículo em que a vítima estava colidiu com outro veículo automotor, o que causou as lesões que levaram-no à morte (choque neurogênico por agente contundente).

Pelo que se denota dos autos, o acidente automobilístico que levou à morte de Aguinaldo não foi causado unicamente porque o acusado teria ingerido bebida alcoólica e estava com sua capacidade psicomotora alterada, mas porque, além disso, o mesmo estava trafegando em alta velocidade e atravessou um cruzamento sem obedecer o sinal de parada, pois a via em que trafegava não era preferencial.

Nesse sentido, observa-se que os policiais militares que fizeram a prisão do réu afirmaram que ele estava claramente embriagado e a testemunha Mariana de Souza Santos

também relatou que viu o veículo conduzido pelo acusado em alta velocidade e atravessando um cruzamento sem sequer diminuir a velocidade:

MP: O senhor constatou se eles estavam embriagados?

Depoente: Estava embriagado.

MP: Embriagado?

Depoente: Estava bastante embriagado.

MP: O senhor chegou a conversar com ele?

Depoente: Sim senhor.

MP: O que ele disse para o senhor? Ele disse que tinha ingerido bebida alcoólica? Ele assumiu?

Depoente: Ele estava meio nervoso, estava chorando.

MP: Hum. Hum.

Depoente: Estava coma fala veio alterada, a voz né? Não estava alterado em questão de nervosismo, só estava devido a embriaguez falava meio oscilante e não dava para entender muita coisa não, mas ele falou que estava vindo e o carro passou na frente dele e aconteceu o acidente.

MP: Ele falou onde ele estava bebendo? De onde ele estava vindo e para onde ele estava indo?

Depoente: Não me recordo se ele falou.

MP: Não se recorda, o senhor sabe se tinha alguma lata de bebida ou garrafa de bebida no carro ou não?

Depoente: Não me recordo também.

MP: Mais alguma coisa que o senhor saiba a respeito desses fatos?

Depoente: Não, é isso mesmo e o que eu tinha de falar o senhor já perguntou a respeito dos (Ininteligível) já comentou.” (Depoimento de Antonio Carlos Pinho da Silva Ramires, f. 236-237).

MP: Não? Ninguém relatou sobre isso? O Wagner chegou a dizer para o senhor que chegou a ingerir bebida alcoólica, assumir isso?

Depoente: Não me lembro no local, só me lembro que era bem perceptível o estado de embriaguez.

MP: Como que ele se encontrava? Falando pastoso? Uma fala pastosa, desorientado?

Depoente: Pelas características eu me lembro bem era o odor mesmo, o odor de álcool.

MP: Odor? Ele estava exalando álcool?

Depoente: Isso, exalando álcool.

MP: Ele chegou a dizer onde que ele estava ingerindo bebida alcoólica ou de onde ele estava vindo e para onde ele estava indo? O trajeto dele.

Depoente: Não lembro Doutor, eu só lembro dele muito abalado em questão do acidente, pela gravidade do acidente.” (Depoimento de Igor Fernando de Albuquerque, f. 242).

“MP: Mas você chegou a ver o veículo?”

Depoente: Eu vi o veículo.

MP: Você estava aonde?

Depoente: Eu estava na mesma rua.

MP: Em que o veículo passou?

Depoente: Isso.

MP: Conduzido pelo (Ininteligível) ele passou por você?

Depoente: É ele passou por mim.

MP: Passou por você?

Depoente: Hum, hum.

MP: E pelo o que você percebeu em relação aos outros veículos que por ali passavam ele estaria em alta velocidade?

Depoente: Com certeza.

MP: Acima do que os veículos normalmente.

Depoente: É a gente percebe que estava em uma velocidade maior do que normalmente acontece.

MP: Sei, e você faz ideia de qual velocidade? Você consegue?

Depoente: Olha eu posso chutar mais ou menos porque eu dirijo, mas ele estaria um pouco a mais que 70 Km eu acho.

MP: E aí você estava seguindo de bicicleta e o que aconteceu?

Depoente: Então, tinha a esquina né? Tinha o pare, só que ele não parou, ele passou reto e ele nem sequer diminuiu a velocidade.

MP: A sinalização de pare era bem visível?

Depoente: Sim visível.

MP: Horizontal, vertical como é?

Depoente: Na minha frente, ela estava reta.

MP: (Intervenções simultâneas) só aquela placa?

Depoente: A placa e eu não sei se tem no chão.

MP: No chão também? Mas era bem visível?

Depoente: Sim.

MP: Ele não transitava então em uma via preferencial?

Depoente: Agora preferencial, acho que antes acho que não.

MP: Na época tinha sinalização de pare?

Depoente: Tinha.

MP: Tá e você viu que ele não parou.

Depoente: Eu vi, eu estava quase na mesma altura que ele.

MP: Qual a distância que você estava que você percebeu que ele não parou, mais ou menos?

Depoente: Mais ou menos daqui a ali por exemplo, estava muito perto.

MP: Muito perto? Coisa de alguns metros?

Depoente: Hum, hum.

MP: E ele não parou na sinalização de pare?

Depoente: Não.

MP: E aí ele prosseguiu e o que aconteceu?

Depoente: Estava vindo carro na outra mão né?

MP: Nessa mesma rua?

Depoente: Na outra rua no caso.

MP: Na outra rua.

Depoente: E aí aconteceu o acidente, ele bateu lateral na verdade né? O carro estava vindo bateu lateral.

MP: Tá, o carro estava na preferencial, e ele por não ter parado na preferencial.

Depoente: Isso. (Depoimento de Mariana de Souza Santos, f. 219-221).

Assim, diante das provas mencionadas e da argumentação construída nesta sentença, observa-se que há indícios suficientes da presença de dolo eventual na conduta do acusado, devendo o caso ser, portanto, submetido à análise do Conselho de Sentença, não havendo neste caso provas de digam com extrema certeza sobre a inexistência de dolo na conduta do acusado. Da mesma forma deve ser mantida a qualificadora do perigo comum, já que as provas mencionadas nesta sentença indicam que o acusado conduziu seu veículo automotor depois de ter ingerido bebidas alcoólicas, em alta velocidade, em via pública e desobedecendo as sinalizações de parada, o que expos um número indeterminado de pessoas a perigo.

Dúvida maior se instala com relação à inclusão da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inc. IV do Código Penal no decreto de pronúncia, pois segundo pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a mencionada qualificadora é incompatível com o instituto do dolo eventual.

A qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima é aplicado naqueles casos em que o agente causador pratica o crime de modo a diminuir significativamente as chances de defesa da vítima, ocultando suas verdadeiras intenções no intuito de impedir qualquer reação da vítima (Nucci, 2017).

Diante destas circunstâncias não há como afirmar que alguém que atua com dolo eventual possa, também, agir com intenção de diminuir significativamente as chances de

defesa da vítima, pois tal modus operandi exige intenção direta do agente, o que não acontece nas hipóteses de dolo eventual, onde o criminoso apenas assume o risco de matar.

Há, portanto, uma incompatibilidade lógica entre o instituto do dolo eventual e a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inc. IV, do CP. É por este motivo que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela inadmissibilidade da incidência da mencionada qualificadora nas hipóteses em que o réu é acusado de homicídio por dolo eventual, não sendo possível sustentar uma acusação desta natureza: (...)”

Irresignado, o réu recorre pedindo a desclassificação da conduta para crime culposo ou, subsidiariamente, a exclusão da referida qualificadora.

O recurso merece provimento.

Inicialmente, recobro que vivemos na atualidade em uma “sociedade de riscos”, cujo modelo tem por base estruturante o risco em suas novas e complexas dimensões, com reflexos paradoxais no convívio social, pois ao mesmo tempo em que o desenvolvimento tecnológico se mostra imprescindível para o incremento da produção e sobrevivência humana, ele se apresenta ameaçador ao sistema que o sustenta.

Para tentar diminuir tais riscos, sem frear o desenvolvimento, são aprimorados instrumentos de regulamentação e controle, considerados para tanto a própria tecnologia e as normas de conduta social.

Da terra ao espaço, do mar ao ar, da poluição à reprodução, do orgânico ao transgênico, tudo tem recebido merecida atenção para a manutenção da convivência social.

Para não fugir ao tema atrelado ao processo em exame, basta constatar que, enquanto a indústria automobilística é incentivada pelos organismos públicos e privados, a produzir veículos cada vez mais potentes e velozes, são criados, paralelamente, instrumentos tecnológicos e legislativos para conter os modos e meios de utilização dos bens e mecanismos estimulados.

As centenas de radares, lombadas eletrônicas e físicas, semáforos, sinaleiros, entre outras coisas, constituem quase sempre, juntamente com as legislações de trânsito, simples barreiras simbólicas dentro da sociedade de risco, cada vez mais exposta ao perigo. Nessa sociedade, o cidadão é convocado constantemente a decidir pelo cumprimento ou não das regras gerais, mesmo se expondo às penas administrativas, em busca de evitar consequências mais danosas.

Mantendo-se na questão do trânsito, basta lembrar o conselho emanado da própria polícia de que não se deve parar totalmente o veículo, especialmente no período noturno, nos cruzamentos, sinalizados ou não, localizados em pontos ermos das cidades, evitando-se assim a exposição a assaltos e outros crimes.

Com essa breve introdução, chamo a atenção sobre a incoerência de se tentar continuar consagrando o direito penal na forma de um sistema de normas de aplicação uniforme às situações e contextos da vida, através de teorias e métodos supostamente neutros.

Na atual sociedade de risco, o direito penal, além de dever ser estudado e aplicado como um sistema cultural que acrescenta valores a seus institutos dogmáticos, não pode ficar acoplado a bases ontológicas (ação, causalidade, estrutura lógico-reais), mas deve sim voltar-se para as suas finalidades, de proteção de bens jurídicos através da correta utilização da pena, tanto na sua destinação de prevenção geral (operando sobre a sociedade genericamente) como na de prevenção especial (atuando sobre o autor do delito).

A pena retributiva, considerada exclusivamente como castigo, aposta simplesmente em razão do descumprimento de uma norma, em nada contribui para a segurança social ou para a verdadeira expectativa de justiça, criando apenas uma falsa sensação de resposta ao delito através de uma “vingança” proporcionada pelo Estado. Trata-se da banalização do direito penal.

Todas essas observações servem enfim, para afirmar com certa tranquilidade, descaber a pronúncia do recorrente pelo crime de homicídio com base em suposto dolo eventual da sua conduta, levando-se em consideração para tanto, puros critérios de responsabilidade objetiva, tais como: dirigir veículo empreendendo velocidade excessiva e sob efeito de bebida alcoólica, desconsiderando o elemento volitivo, indispensável ao dolo, em qualquer das suas modalidades.

Na sábia lição de Claus Roxin¹, considerado o maior penalista do mundo da atualidade, existe um critério diretriz com capacidade de distinguir o “dolo eventual” da “imprudência consciente” (denominação da culpa consciente no direito europeu). Para o festejado autor, no dolo há sempre a realização de um plano, enquanto na imprudência consciente existe apenas “negligência ou ligeireza”. Isto quer dizer que, quando se atua de maneira descuidada ou irreflexiva, está-se diante da “imprudência consciente”. Já na hipótese de se arriscar conscientemente, incluindo no cálculo o resultado – p. ex. a eventual morte ou lesão da vítima – isso faz parte integrante de um plano, e nessa medida, o efeito foi “querido”, caracterizando o dolo eventual.

Segundo ainda Roxin², quando alguém, apesar da advertência de sua acompanhante, dirige de maneira arriscada e provoca um acidente, este acidente não terá sido causado dolosamente, senão apenas por imprudência consciente, ainda que o agente conhecesse as possíveis consequências e tivesse sido advertido sobre elas. Para Roxin, a diferença radica em que o condutor em tal situação, em que pese sua consciência do risco, confia no seu poder de evitar o resultado mediante sua habilidade ao volante, pois do contrário desistiria da sua atuação, já que ele mesmo seria a primeira vítima da sua conduta. Essa confiança em um final feliz, que é mais do que uma débil esperança, não permite chegar a uma decisão contra o bem jurídico protegido. Dessa forma, continua Claus Roxin³, sem dúvida se pode reprovar o sujeito por sua descuidada negligência ou ligeireza e apená-lo por isso, porém como ele não tomou decisão alguma contra os valores jurídicos tipicamente protegidos (como a vida, a integridade física, a propriedade alheia), a reprovação deve ser mais atenuada, merecendo somente a pena da imprudência.

Outro não é o entendimento de Santiago Mir Puig, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Barcelona, Espanha, que ao tratar do dolo eventual expressamente afirma⁴:

“(…) Mi opinión es la siguiente; el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido.” (destaques no original).

Ora, quem tem conhecimento sobre a *concreta* capacidade de seu ato levar a um grave acidente, onde ele próprio pode ser a maior vítima, certamente não continuará com a conduta se não acreditar que possa evitar o resultado.

Esta Corte de Justiça, já apreciou situação semelhante, decidindo que:

“(…) o homicídio ocorrido no trânsito (forma culposa) previsto no artigo 302, caput, do Código de Trânsito Brasileiro deve prevalecer em relação ao homicídio previsto no artigo 121, do Código Penal (forma dolosa) ainda que comprovada a embriaguez alcoólica, pois segundo precedente do STF ‘a embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo’. Logo, ‘o homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual’. Recurso provido para desclassificar a conduta imputada ao recorrente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos para uma das Vara Criminais Residuais da Comarca de Campo Grande” (TJMS, 2ª Câmara Criminal, RESE nº 0040070-71.2008.8.12.0001, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 28.1.2013).

1 LUZÓN PEÑA: Diego-Manuel. **Derecho penal**: Parte General. Madrid: Editorial Civitas, 2001, Tomo I. p.425.

2 Idem, p.425

3 Ob.cit, p.426

4 **Derecho penal**: Parte General. Buenos Aires: IBdef, 2004. p.208

Ainda nesse sentido, tem se decidido a jurisprudência:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO QUE AFASTOU A TESE DE DOLO EVENTUAL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO E DESCLASSIFICOU A CONDUTA DO AGENTE PARA HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS QUE JUSTIFIQUE A PRONÚNCIA A TÍTULO DE HOMICÍDIO DOLOSO – DECISÃO QUE COMPETE AO JUIZ SINGULAR – ABSOLVIÇÃO DO AGENTE DE OFÍCIO – DESCLASSIFICAÇÃO DE DOLO PARA CULPA SEM OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO E RECORRIDO ABSOLVIDO, DE OFÍCIO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PLEITO CONDENATÓRIO. A pronúncia do réu somente deve ocorrer se houver certeza ou dúvida quanto à ocorrência do dolo eventual sustentado pela acusação. Em outras palavras, inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, não é possível a submissão do réu ao julgamento perante o Tribunal do Júri. No direito penal brasileiro a teoria adotada para a aferição de dolo (direto ou eventual) é a da vontade ou consentimento, para a qual não basta a previsibilidade do resultado, mas é necessário o assentimento com ele. Assim, no caso dos autos, o fato de o agente estar conduzindo veículo automotor (1) em excesso de velocidade e (2) sem a observância de preferência na via, muito embora possa caracterizar violação às normas de trânsito, não permite, por si só, a conclusão de que ele previu e assentiu na morte da vítima. A desclassificação da imputação de crime de homicídio doloso para homicídio culposo, em regra, implica em hipótese de mutatio libelli, visto que na denúncia por crime doloso não há descrição de conduta negligente/imprudente, em observância ao art. 18, inciso II, do CP. O art. 384 do CPP impõe o aditamento da denúncia em hipótese de nova definição jurídica do fato com acréscimo de elemento não contido inicialmente na exordial acusatória (mutatio libelli). Não tendo o Ministério Público aditado a denúncia, não é possível a desclassificação de dolo para culpa, porquanto não haveria correspondência exata entre a conduta descrita na denúncia e o tipo penal abstrato - homicídio culposo no trânsito -, o que conduz a impossibilidade jurídica do pedido - condenação -, pois eventual sentença de mérito procedente, sem o aditamento (art. 384 do CPP), violaria o princípio do acusatório, diante da ausência de correlação entre acusação e sentença. (RSE 98615/2011, Des. Paulo da Cunha, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 12/06/2012, Publicado no DJE 29/06/2012)

Assim sendo, a despronúncia do recorrente pelo crime de homicídio qualificado é medida que se impõe ante a não ocorrência de dolo eventual, devendo ser desclassificado o delito narrado na denúncia para homicídio culposo previsto no art. 302 do CTB.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto por Wagner Wender Alves de Lima a fim de reformar a decisão recorrida e, conseqüentemente, despronunciá-lo relativamente ao delito previsto no art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, determinando a redistribuição dos autos a uma das varas criminais de competência residual.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Wagner Wender Alves de Lima, qualificado nos autos, contra a decisão de f. 283-295 prolatada pelo juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III, do Código Penal e determinou que fosse submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em virtude disso, o recorrente interpôs o presente recurso, postulando, em síntese, a desclassificação do crime de homicídio para o crime de homicídio culposo do Código de Trânsito Brasileiro.

Alternativamente, requer a exclusão da qualificadora do art. 121, § 2º, III, do Código Penal (homicídio qualificado pelo perigo comum).

O relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, deu provimento ao recurso para o fim de desclassificar o delito narrado na denúncia de homicídio qualificado, previsto no art. 121, § 2º, III, do Código Penal para o de homicídio culposo previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Respeitosamente, divirjo do relator para negar provimento ao recurso.

Na hipótese dos autos, de acordo com a peça acusatória, imputou-se ao recorrente infração ao art. 121, § 2º, III, do Código Penal, caracterizado pelo dolo eventual.

O art. 413 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

De fato, os crimes de homicídio no trânsito tem tipo previsto pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu art.302.

O tipo penal acima em comento é crime de modalidade culposa, em que não há a intenção do agente ou consciência de que tal resultado poderia ocorrer.

A conduta culposa prevista pelo tipo é originada de uma situação de negligência, imprudência ou imperícia na direção do veículo.

Assim, em casos de morte no trânsito, tem sido recorrente a aplicação do dolo eventual, para incriminar na forma dolosa o agente causador da morte. Trata-se de uma aceitação do possível resultado de uma conduta.

Feitas as considerações acima, verifica-se dos autos a presença concomitante da embriaguez, excesso de velocidade, desobediência a sinais de parada, que indicam a assunção do risco de produzir o resultado, o que caracteriza o dolo eventual.

Como bem se sabe, os crimes de trânsito são, em regra, culposos.

Na hipótese, diante dos elementos disponíveis para o caso em julgamento, há indicação de elementos concretos que evidenciam a assunção do risco de produzir o resultado, como acima já dito.

Além disso, o estado de embriaguez não está sendo considerado isoladamente para a confirmação do dolo eventual. Consta dos autos que o apelante estava em velocidade superior ao limite permitido e que estaria atravessando os cruzamentos sem parar seu veículo em sinalizações de paradas obrigatórias.

Os elementos coligidos na fase de instrução criminal e na fase investigativa, evidenciam que o recorrente possa ter assumido o risco de ensejar o resultado, com um agir caracterizado pelo dolo eventual, o que faz com que, necessariamente, a aferição dos fatos deva ser perante o Tribunal do Júri.

Aliás, como bem ponderou o magistrado da origem:

“Assim, diante das provas mencionadas e da argumentação construída nesta sentença, observa-se que há indícios suficientes da presença de dolo eventual na conduta do acusado, devendo o caso ser, portanto, submetido à análise do Conselho de Sentença, não havendo neste caso provas de digam com extrema certeza sobre a inexistência de dolo na conduta do acusado.”

Da mesma forma, no que se refere à qualificadora do perigo comum, diante das circunstâncias fáticas acima postas, não vislumbro incompatibilidade da referida qualificadora com o instituto do dolo eventual.

Em julgamento do *HC* nº 162978, o STF, em processo de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que o paciente teria sido condenado pelo crime de homicídio qualificado previsto no art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal, pela morte de duas pessoas em acidente de trânsito, pondera que:

“No caso dos autos, a apontada ilegalidade não pode ser aferida de pronto.

Com efeito, a distinção casuística entre dolo eventual e culpa consciente consubstancia um dos grandes dilemas da aplicação do Direito Penal, na medida em que referida solução deriva da necessária e muitas vezes intrincada análise de particularidades que circundaram a ação causal.

No contexto dos delitos praticados no trânsito, compartilho das preocupações decorrentes da automaticidade e banalização da imputação de dolo eventual, visto que não é possível definir, aprioristicamente, que determinadas condições singulares impliquem esse reconhecimento.

Na hipótese de embriaguez, é certo que referido estado não acarreta, por si só, o reconhecimento de dolo eventual. Referida conclusão foi acentuada pela publicação da Lei 12.971/2014, que, ao alterar o Código de Trânsito Brasileiro, prescreve:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (...)

§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

Como se vê, há juízo expreso do legislador que contraria a associação automática entre dolo eventual e embriaguez.

Contudo, ao contrário do narrado pelo impetrante, não é a hipótese dos autos. A respeito do ânimo do agente, concluiu o tribunal de origem que (eDOC 04, f. 164): “Consta dos autos, mais precisamente dos testemunhos de f. 232 que o apelante trafegava na pista contrária, colidindo com a motocicleta conduzida pela vítima Roselene e passageira, também vítima Mayra.

Consta dos elementos de investigação e da instrução criminal que o apelante teria ingerido bebida alcoólica, estaria em alta velocidade, que a motocicleta teria sido arrastada pelo veículo que causou o acidente por cerca de 250 metros do local da colisão e, que ainda o apelante teria se evadido do local, sem prestar socorro às vítimas. Nesse sentido são os testemunhos de f. 232.

O laudo do exame de corpo de delito no local dos fatos revela a invasão da pista contrária (f. 69-72). Revela ainda a velocidade excessiva de 130 Km/h, quando a velocidade permitida seria de 40 Km/h. Que os veículos foram encontrados 240 metros do ponto de impacto.” (grifei)

Noto que não se trata de reconhecimento de indícios exclusivamente a partir do suposto estado de embriaguez, mas de um feixe de elementos que apontariam nessa direção.

Nesse cenário, as instâncias ordinárias consignaram que as questões afetas ao elemento subjetivo demandam análise aprofundada e, não sendo hipótese de evidente ausência de dolo, a resolução da questão incumbe, por expressa injunção constitucional, ao Tribunal do Júri.”

No mesmo sentido o STJ no julgamento do HC 296621/DF:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – HOMICÍDIO QUALIFICADO, LESÃO CORPORAL E ARTS. 304 E 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – PRONÚNCIA – DOLO EVENTUAL – PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO – IMPROCEDÊNCIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – MEDIDA EXCEPCIONAL QUE NÃO SE VERIFICA – QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO – EXCLUSÃO – IMPOSSIBILIDADE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.(...) Na hipótese, ao contrário do que alega o impetrante, o Tribunal de origem, ao confirmar a pronúncia, fundamentou que há relevantes indícios a indicar que o paciente conduzia seu veículo em alta velocidade, sem respeitar a sinalização e sob influência de álcool, além de estar com sua habilitação suspensa para dirigir por embriaguez ao volante e ter se evadido do local do acidente sem prestar socorro, de forma a submetê-lo ao Tribunal do Júri. Consta no acórdão impugnado, outrossim, que não é evidente a tese de ausência de dolo eventual. 4. Nesse contexto, deve ser submetido ao Conselho de Sentença as teses de desclassificação para delito culposo e exclusão da qualificadora (com emprego de meio que possa resultar perigo comum). Com efeito, com relação à majorante do homicídio, somente é cabível a exclusão da pronúncia quando manifestamente improcedente ou descabida, para se garantir a constitucional competência do júri.”

Por isso, é de rigor que o réu seja pronunciado, de modo a submetê-lo a julgamento perante o tribunal popular, quando este, diante de sua soberania, irá deliberar sobre o mérito do fato atribuído ao acusado. Nessa fase, apenas há juízo de admissibilidade da acusação.

Dessarte, a apreciação dessa matéria deverá, assim, ser submetida ao Conselho de Sentença, pois, no caso, há indicativos no sentido de que a conduta do recorrente enquadrou-se, de fato, no tipo penal para o qual foi qualificado.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nego provimento ao recurso interposto, mantendo inalterada a decisão de pronúncia.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0002493-84.2017.8.12.0020 - Rio Brillhante
Relator Designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO PRELIMINAR DE NULIDADE DA APREENSÃO REALIZADA NO DOMICÍLIO – NEGADO – ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386, INCISOS I, II E IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO CABIMENTO–DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DELITO CAPITULADO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Como se observa dos autos, a dinâmica dos fatos, foi perfeitamente legal, ainda que a entrada no imóvel do apelante ocorreu sem autorização judicial, esta foi devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto, como *in casu*, uma vez que em flagrante de delito de tráfico de drogas, por isso não há falar em nulidade.

Não há falar em absolvição da apelante por insuficiência de provas, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são consistentes no sentido de ensejar a manutenção do condenado.

Com base nos elementos de provas que instruem o feito, não merece acolhimento o pedido de desclassificação do crime de tráfico para a conduta estampada no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e o fato do réu ser reincidente, é imprescindível a manutenção do regime prisional fechado, conforme o art. 33, § 3º, a, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do revisor. Vencido o relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação criminal interposta por Mercson dos Santos Silva contra a sentença proferida pelo juiz de direito da Vara Criminal da comarca de Rio Brillhante que o condenou à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa como incurso no artigo 33, da Lei 11.343/09.

Busca o apelante, preliminarmente, seja declarada nula a apreensão realizada no domicílio do apelante, uma vez que desrespeitado o princípio da inviolabilidade do domicílio, nos termos dos artigos 5º, XI e LVI da CF e do art. 157 do CPP, bem como entendimento do STJ. No mérito, requer seja absolvido, sob o argumento

de que “*não cometeu o crime algum, ou ainda, sequer a existência de provas concretas do cometimento dos referidos delitos por parte do acusado, nos termos do artigo 386, I, II e VII do Código de Processo Penal*”. Alternativamente, pugna pela desclassificação da conduta prevista no artigo 33 para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 e, por fim, seja o regime de pena readequado para o semiaberto, f. 269-298.

Contrarrazões, f. 305-323, e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 331-339, pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do apelo defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Mercson dos Santos Silva contra a sentença proferida pelo juiz de direito da Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante que o condenou à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa como incurso no artigo 33, da Lei 11.343/09.

Busca o apelante, preliminarmente, seja declarada nula a apreensão realizada no domicílio do apelante, uma vez que desrespeitado o princípio da inviolabilidade do domicílio, nos termos dos artigos 5º, XI e LVI da CF e do art. 157 do CPP, bem como entendimento do STJ. No mérito, requer seja absolvido, sob o argumento de que “*não cometeu o crime algum, ou ainda, sequer a existência de provas concretas do cometimento dos referidos delitos por parte do acusado, nos termos do artigo 386, I, II e VII do Código de Processo Penal*”. Alternativamente, pugna pela desclassificação da conduta prevista no artigo 33 para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 e, por fim, seja o regime de pena readequado para o semiaberto.

Contrarrazões e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do apelo defensivo.

Narra a denúncia:

“Inferre-se do inquérito policial em apreço que, no dia 06 de agosto de 2017, por volta das 20h30min, em residência localizada na Rua Hipólito Gonçalves de Oliveira, Quadra nº 378, Lote nº 18, Bairro Pró-Moradia XIV, em Rio Brilhante/MS, o denunciado Mercson dos Santos Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, de forma livre e voluntária, tinha em depósito e vendia droga sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Segundo se apurou, a polícia civil de Rio Brilhante/MS recebeu informações anônimas de que o ora denunciado estaria exercendo a venda de substância entorpecente (traficância) em sua residência e imediações, tornando-se conhecido como “boca de fumo do Mec”, razão pela qual se iniciou um acompanhamento tático de monitoramento para apurar a veracidade das informações angariadas.

Então, no dia, hora e local supramencionados, a equipe conjunta composta pela guarnição da polícia militar e equipe da polícia civil realizou monitoramento no alvo e local indicado como ponto de venda de drogas, onde foi constatado intensa movimentação de pessoas já conhecidas nos meios policiais como usuárias de drogas.

Em momento oportuno, foi procedida a abordagem policial junto ao usuário que de início se identificou como sendo Jucimar Soares, contudo posteriormente foi constatado que se tratava da pessoa de Alexandro Soares, que possuía mandado de prisão pendente de cumprimento (relatório de investigação de f. 31-32; mandado judicial de prisão de f. 38), ao tempo em que referida pessoa acabara de sair do local indicado como “boca de fumo” e, em revista pessoal, ele foi flagrado na posse de uma porção contendo 01 grama da substância entorpecente conhecida como “maconha”.

Na sequência, no momento em que a equipe conjunta de policiais se aproximou da residência do réu, o ora denunciado percebeu a presença dos policiais e correu para o interior da casa.

Diante daquela situação de flagrante, os policiais adentraram no imóvel e procederam a abordagem do ora denunciado, que de pronto afirmou que no local não tinha drogas e que poderiam fazer buscas no local que nada de ilícito encontrariam.

Então foi procedida uma busca minuciosa no local, no que foram encontradas e apreendidas espalhadas pela casa substâncias entorpecentes do tipo “maconha”, sendo que um pedaço da droga estava no quarto do réu e embalada em plástico branco, ao passo que outras três trouxinhas da droga estavam embaixo de um pano na geladeira, já separadas e embaladas, prontas para serem ilícitamente comercializadas; as drogas apreendidas conjuntamente pesaram 40g (quarenta gramas) - auto de apreensão à f. 28.

Foram confeccionados o laudo de exame de constatação em substância maconha de f. 29, bem como os laudos de exames toxicológicos de f. 50-53 e f. 54-57, que concluíram que as substâncias apreendidas revelaram a presença de maconha (“Cannabis Sativa Linneu”), a qual pode causar dependência física ou psíquica, estando proscribida no Brasil, conforme Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, republicada em 1º de fevereiro de 1999 e atualizada pela Resolução RDC nº 12/06, de 30 de janeiro de 2.006, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

É certo que a quantidade da droga, a forma em que estavam embaladas e o meio que estavam acondicionadas, são circunstâncias que tornam inquestionável que o entorpecente se destinava ao tráfico ilícito de entorpecentes, para fins de comercialização.

Diante do exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Mercson dos Santos Silva como incurso nas penas do artigo 33, da Lei Federal nº 11.343/06 (Tráfico Ilícito de Entorpecentes).”

Preliminar.

Busca o apelante, preliminarmente, seja declarada nula a apreensão realizada no domicílio do apelante, uma vez que desrespeitado o princípio da inviolabilidade do domicílio, nos termos dos artigos 5º, XI e LVI da CF e do art. 157 do CPP, bem como entendimento do STJ.

Aduz que:

“(…) os fatos não demonstram qualquer ato flagrancial que permitiria a invasão ao domicílio do ora apelante. Até por que, o mesmo não vendeu o entregou nada para a testemunha, tampouco estava em situação de comércio de entorpecentes ou qualquer outro delito. Ademais, há de se frisar que se realmente existiam diversas denúncias em relação ao apelante, facilmente poderia ter havido representação por mandado de busca e apreensão, como determina nossa legislação. Entretanto, sequer há provas de tais denúncias, tampouco que o delegado de polícia tinha conhecimento de tais fatos, pois sequer há qualquer registro de investigação ou a devida portaria em relação aos fatos narrados nos presentes autos.”

Sem razão a defesa.

Deve ser rejeitada a preliminar de nulidade dos atos processuais sob alegação de que houve invasão de domicílio sem ordem judicial.

Como se observa dos autos, e da dinâmica dos fatos, a ação policial foi deflagrada em decorrência de delação anônima de que a residência do réu funcionava como ponto de venda de entorpecente.

Realizando o monitoramento no local, os policiais afirmam ter verificado a movimentação de usuários entrando e saindo do local.

Diante de tal constatação, abordaram uma das pessoas que se retirou do local e, em revista pessoal, lograram encontrar uma porção de maconha pesando 1g.

Diante da tal constatação resolveram adentrar na residência do apelante, onde foi encontrado 40g de maconha divididos.

Com efeito, a situação de flagrância, por se tratar de crime permanente o tráfico de drogas na modalidade “ter em depósito”, foi perfeitamente legal, ainda que a entrada no imóvel do apelante sem autorização judicial, foi devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto, como *in casu*.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – FUNDADAS RAZÕES – BUSCA E APREENSÃO DA DROGA SEM MANDADO JUDICIAL – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE NA HIPÓTESE DE CRIME PERMANENTE – EXCEÇÃO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO – PROVA LÍCITA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento perfilhado pela Corte de origem está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes (HC 407.689/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 27/8/2017). 2. No caso, o Tribunal de origem corretamente afastou a alegação de ilicitude da prova colhida na busca e apreensão de drogas na residência do recorrente (142 pedras de crack e 73 porções de cocaína), considerando a situação de flagrância pela prática de crime permanente de tráfico de drogas (ter em depósito), evidenciada por informação concreta da ocorrência do delito, e que prescinde de mandado judicial. 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1670962/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 04/12/2017).

“RECURSO ESPECIAL – CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – FLAGRANTE – DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE – ASILO INVIOLÁVEL – EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA – PRESENÇA DE JUSTA CAUSA – LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS – DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – OBSERVÂNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE nº 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 2. Depois de aproximadamente dez horas de observação, os policiais militares puderam angariar elementos suficientes o bastante, externalizados em atos concretos, que fizeram surgir a fundada suspeita de que os acusados estariam traficando substâncias entorpecentes, inclusive com descrição de que a troca de sacolas entre eles seria típica de comercialização de drogas. Houve, pois, prévio monitoramento e campana no local, fruto de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local, a autorizar o ingresso no domicílio, sem o consentimento do morador e sem determinação judicial. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 3. A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante - na residência, foram encontradas drogas e dois revólveres calibre 38 - decorreu de uma circunstância anterior concreta justificadora do ingresso na casa do então suspeito, motivo pelo qual são lícitas todas as provas obtidas por meio da medida, adotada em estrita consonância com a norma constitucional. 4. Não se exige que o direito a não se autoincriminar seja anunciado pela autoridade policial no decorrer de diligências

que culminam com a prisão em flagrante de algum investigado. 5. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a licitude das provas adquiridas mediante o ingresso em domicílio, bem como todas as que delas derivaram, e, conseqüentemente, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que prossiga no julgamento da Apelação Criminal nº 0022167-22.2013.8.19.0011 apenas em relação aos recorridos Geraldo de Jesus Lima Marques e Rosecélio Pimentel de Lima Junior e analise as demais teses aduzidas no apelo defensivo, dessa vez considerando lícitas as provas obtidas em desfavor dos acusados.” (STJ. REsp 1627549/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

Assim, no presente caso não restou demonstrado a invasão de domicílio apta a gerar a ilicitude do flagrante delito pela apreensão de 40 gramas de substância entorpecente.

Posto isto, afasto a preliminar.

Mérito.

Da absolvição/desclassificação.

No mérito, requer seja absolvido, sob o argumento de que *“não cometeu o crime algum, ou ainda, sequer a existência de provas concretas do cometimento dos referidos delitos por parte do acusado, nos termos do artigo 386, I, II e VII do Código de Processo Penal”*. Alternativamente, pugna pela desclassificação da conduta prevista no artigo 33 para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Com razão a defesa quanto a pretendida desclassificação do delito em tela.

O apelante perante a autoridade policial quedou-se silente, f. 15-16, em juízo, f. 178, afirmou ser usuário de entorpecente e que a droga encontrada na sua residência destinava-se ao seu consumo pessoal. Que Alexandro Soares trabalha com o apelante e que estava na sua residência lhe auxiliando a fazer constas quando a sua quinzena de pagamento.

Ainda perante a autoridade policial foi ouvido o usuário que teria adquirido o entorpecente do apelante, Alexandro Soares, f. 13-14, que afirmou:

“(...) que, indagado dos fatos relata que conhece Mec (Marcson dos Santos Silva) do secador, o qual trabalha na descarga e o depoente na diária; que, relata que na data de ontem foi até a casa de Mec para ajudar ele fazer a soma de sua quinzena, visto que ele tem dificuldade em fazer conta; que, ficou rapidamente no local e disse a ele que ia embora porque estava cansado; que, Mec ainda chamou o declarante para fumar “um” (cigarro de maconha), contudo disse a ele que não, ia embora; que, assim que saiu da casa de Mec foi abordado pela polícia, sendo questionado se tinha comprado droga na casa de Mec; que, disse que não, e alega que realmente não comprou drogas de Mec; que, sequer sabe dizer se Mec vende drogas; que, sabe que ele fuma Maconha; que, nunca comprou drogas dele e ele também nunca ofereceu drogas para o declarante comprar dele; que, em posse do declarante a polícia encontrou uma ponta de cigarro de maconha, a qual tinha fumado no período da manhã; que, não comprou drogas de Mec e não sabe dizer se ele vende drogas; que, foi na casa dele para ajudá-lo na soma da diária que ele iria receber; que, pela soma que fizeram ele tem para receber do sindicato R\$ 2.350,00 (dois mil trezentos e cinquenta reais), pela quinzena trabalhada; que, Mec estava achando que o valor tinha sido somado errado por seu patrão e por este motivo foi ajuda-lo; que, não tem envolvimento com o crime de tráfico de drogas e não sabe dizer se Mec vende drogas; que, conhece Mec há um ano; (...)”

Em juízo foram ouvidos o policial civil Márcio Cristiano Jacinto de Oliveira, e os policiais militares Adalberto Pereira de Souza e Jhon Everton Silveira de Souza, f. 178.

Por oportuno, trago a colação, a transcrição da sentença condenatória, no tocante ao depoimento dos policiais militares e civil, que transcreveu as falas das referidas testemunhas. Vejamos:

“(…) Ao ser ouvido em juízo, f. 178, o investigador Márcio confirmou os fatos, senão vejamos: “(…) que participou na prisão em flagrante do acusado; que há vários dias estavam monitorando a residência do acusado, pois havia várias denúncias de que ele estava traficando; que sempre observavam movimentação de pessoas; que no dia dos fatos estava cuidando o local e viu quando saiu um usuário já conhecido; que pediu apoio da polícia militar e o abordaram e localizaram uma porção de maconha; que foram na casa do acusado e ele correu para o interior do imóvel; que ao adentrarem na casa de imediato já encontraram maconha na geladeira e depois acharam mais um pouco de maconha na residência; que o monitoramento estava sendo realizado há aproximadamente três semanas e havia movimentação de pessoas; que as denúncias mencionavam que era a ‘boca do Mec’ e inclusive falavam que era a melhor maconha da cidade (…)”.

Tal depoimento foi confirmado pelo policial militar Jhon Everton Silveira de Souza, ao declarar sob o crivo do contraditório: “(…) que há bastante tempo já havia informação de que o acusado estava traficando, sendo que diziam que ele tinha a melhor maconha da cidade (…); que já tinham sido recebidas várias ligações via 190, que em uma das ligações mencionaram que não aguentavam mais o entra e sai na casa do acusado (…); que os informes já vinham ocorrendo há uns dois/três meses; que o local era conhecido na cidade como ‘boca do Mec’ (…)”.

Por fim, oportuno destacar as declarações prestadas em juízo pelo policial militar Adalberto Pereira de Souza: “(…) que já tinham algumas informações de que na casa do acusado funcionava um ponto de distribuição de drogas; que nesse dia o investigador Márcio estava fazendo monitoramento da residência e solicitou apoio da PM; que abordaram um indivíduo que havia saído da residência do acusado e em revista foi encontrada pequena porção de maconha; que adentraram na residência do acusado; que realizaram buscas e localizaram porções de maconha pela casa; que a droga que estava na geladeira estava em pequenas porções separadas e a droga que estava atrás da tv era uma porção única; que já havia denúncia, via 190, de que na casa do acusado funcionava uma boca de fumo; que as informações mencionavam a pessoa de ‘Mec’ (…); que havia uma movimentação na residência (…)”.

Pois bem.

Os policiais que participaram da diligência foram ouvidos em juízo. Embora tenham buscado ratificar os indícios colhidos na fase de inquérito, seus depoimentos por si só não são suficientes para arrimar a condenação, pois, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci:

“Não se deve, entretanto, deixar de reconhecer o óbvio: o policial, quanto atua na investigação ou prisão do indiciado ou réu, acaba por envolver-se naquele cenário, deixando de agir com a mesma imparcialidade como que depõe um estranho. Ele pode carregar consigo, mesmo em nível subconsciente, o objetivo de manter lisa e invidiosa a apuração realizada pela instituição à qual pertence; pode ainda pretender justificar a prisão que ele mesmo realizou. São reações normais, tal como indagar do juiz se ele, após condenar o réu, acredita mesmo na sua culpa.

Noutros termos, o policial pode e deve prestar seu depoimento, mas o magistrado deve ter a cautela necessária para sua avaliação. Os pontos fundamentais precisam ser sopesados, extraindo-se os excessos e coibindo-se as propositadas carências de informes.

Muitos delitos dependem, basicamente, dos depoimentos dos policiais, pois ocorridos em locais ermos, sem participação do grande público. Ex.: a apreensão de drogas em via pública e deserta, durante a madrugada.

Porém, quando concretizados em lugares de difícil acesso de pessoas estranhas à polícia, em horário acessível, deve-se buscar o testemunho de outros, que não somente os policiais. Não é crível nem justificável sejam os processos criminais instruídos, todos, somente com depoimentos de policiais.

O meio-termo é a linha adequada. Policiais podem depor, certamente, mas também precisam dar justificativa fundada para não terem arrolado testemunhas alheias à sua instituição, sob pena de macular a credibilidade das suas declarações.” (Provas no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169)

Aqui cabe uma ponderação: se o local era realmente um ponto de venda de drogas, não seria difícil aos órgãos responsáveis pela investigação comprovar tal fato. Constata-se, no entanto, que a ação policial identificou um único usuário que negou ter realizado a compra do entorpecente junto ao apelante e não houve identificação de outros usuários de drogas, tampouco foram localizados elementos conducentes a demonstrar o suposto comércio ilícito desenvolvido pelo réu.

Diante do exposto, exsurge um quadro de incerteza acerca da suposta traficância, que deve ser resolvido em favor do apelante.

Como é sabido, não se pode condenar ninguém como traficante com base em suposições e sem prova cabal, ante a gravidade do crime e sua pena severíssima.

A condenação não pode estar alicerçada em probabilidade, mas apenas em firme certeza. Assim, em tema de comércio clandestino de entorpecentes, inadmissível a prolação de decreto condenatório sem lastro probatório seguro.

Aliás, o reconhecimento da prática de um crime, especialmente quando de tamanha gravidade, impõe total rigorismo na apreciação das provas, especialmente no que pertine à correta observância da distribuição do ônus da prova.

O julgador é o destinatário das provas e, nessa condição, deve exigir elementos seguros para acolher a pretensão punitiva estatal. Não deve trazer para a si a responsabilidade de condenar alguém com base em persecução precariamente instruída, como no caso em tela.

Tratando-se de imputação de tráfico de drogas, o TJMS já exarou que “*a deficiência probatória quanto aos atos de comércio afasta a certeza necessária para uma condenação. E havendo dúvida mínima nos autos, deve o acusado ser favorecido, em atenção ao princípio constitucional in dubio pro reo*” (Primeira Câmara Criminal - AC nº 2012.012625-3 - Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa). Logo, qualquer dúvida, por menor que seja, em ação penal, deve ser revertida em favor do réu.

A distribuição do ônus da prova, compreendido nos limites da presunção de inocência, impunha ao órgão ministerial a demonstração de que a droga apreendida destinava-se à mercancia, o que não ocorreu.

Da pertinente lição de Guilherme de Souza Nucci colhe-se que:

“Ônus da prova: o termo ônus provém do latim – ônus – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, pois este é obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação. (...) Ônus da prova, em outro enfoque, é uma ‘posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito’ (Gustavo Badaró, *Ônus da prova no processo penal*, p. 173). Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade” (Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p.344).

Com efeito, não há como condenar-se o réu como traficante de drogas, pois se estaria dando guarida, exclusivamente, às conjecturas que não encontraram respaldo no contexto probatório.

Tendo em vista as conclusões acima, não sendo possível a condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecente, impõe-se a desclassificação do delito para o de uso pessoal, previsto no artigo 28, da Lei 11.343/2006.

Deixo de determinar a remessa dos autos ao juizado especial em razão do tempo de recolhimento do apelante.

Conclusão.

Diante do exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso defensivo e desclassificar a conduta do apelado Mercson dos Santos Silva para a infração do art. 28 da Lei 11.343/06.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura em razão da existência de mandado de prisão oriundo de outro Estado da Federação.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Mercson dos Santos Silva, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Em suas razões recursais, o apelante requer, preliminarmente, a nulidade da apreensão realizada no domicílio do apelante, pois alega que o princípio da inviolabilidade foi desrespeitado, de acordo com o previsto no artigo 5º, XI e LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal. No mérito, pugna pela sua absolvição nos termos do artigo 386, I, II e VII do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, pela desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, e o abrandamento do regime prisional para o semiaberto.

O relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, afastou a preliminar suscitada e no mérito, deu provimento ao recurso defensivo a fim de desclassificar a conduta do apelante.

Respeitosamente, divirjo do relator para negar provimento ao recurso defensivo.

Pois bem.

Em primeiro lugar, acompanho o voto inaugural quanto ao afastamento da preliminar de nulidade da apreensão.

Quanto ao delito de tráfico de drogas, entendo ser incabível a desclassificação para o uso.

Isso porque, o crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é crime de ação múltipla, ou seja, prevê mais de uma conduta, de forma alternativa, contemplando 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 artigo 33 da lei especial.

Não bastasse, é sabido que o crime de tráfico de drogas pode ser evidenciado por vários indícios. Em sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrantial do comércio não se torna indispensável e nem decisiva, desde que apontada sua ocorrência também por outros meios de prova.

A Doutrina representada por Luiz Flávio Gomes discorre com bastante propriedade acerca dos fatores que sugerem a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, *in verbis*:

“(…) A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (…) A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. O modus vivendi do agente (ele vive do quê?) é um dado bastante expressivo. Qual é sua fonte de receita? Qual é sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato. (…)”¹

Na hipótese dos autos, considerando a atuação dos policiais em investigações, bem como as diversas denúncias feitas a respeito do apelante, entendo que a mercancia de entorpecentes restou devidamente comprovada.

Interrogado (f. 15-16), o apelante nega a traficância, afirmando que era usuário há anos. No mesmo sentido, é o depoimento judicial de Alexandro (f. 13-14), o qual alega ser usuário de drogas também, afirmando não ter comprado drogas de Mercson. Entretanto, tais alegações restaram isoladas diante das demais provas produzidas nos autos. Ademais, cumpre ressaltar que a testemunha não foi ouvida novamente em juízo.

O policial civil Marcio Cristiano Jacinto de Oliveira (f. 178), participou das investigações e monitorou a casa do acusado pelo período de três semanas, aproximadamente. Afirma que havia movimentação rotineira de pessoas e que as ações em frente à residência eram típicas de boca de fumo.

Por sua vez, o policial militar Jhon Everton Silveira de Souza (f. 178), confirma que as informações sobre o acusado haviam chegado há muito tempo e que a polícia militar estava trabalhando em conjunto com o policial civil Marcio nas investigações do caso. Afirma que as ligações a respeito do acusado eram constantes e que os vizinhos reclamavam com muita frequência. No mesmo sentido é o depoimento (f. 178) do policial militar Adalberto Pereira de Souza.

Todas as testemunhas confirmam que o local era apontado pelos usuários como “boca do Mec”, e que a droga vendida por ele seria “a melhor maconha da cidade”.

Os testemunhos dos policiais condutores da prisão em flagrante do condenado são coerentes e firmes, relatando com detalhes a dinâmica dos fatos.

Somado a isso, fora os critérios acima, as condições em que a o apelante fora preso em flagrante, também reforça a ideia de que a conduta estava voltada para o tráfico e não exclusivamente ao uso. Aliás, não se olvide que é prática comum dos usuários a venda de droga para sustentar o próprio vício.

A jurisprudência tem assentado que o simples fato de se tratar de dependente da droga não é suficiente para desclassificar a conduta para uso.² Além disso, a alegação do apelante de que a droga apreendida era para uso próprio restou isolada, em dissonância com os demais elementos concretos acima examinados.

Nesse particular, não se olvide que o depoimento dos policiais são provas idôneas e em consonância com as particularidades do caso em exame, que denotam a traficância e não o mero porte para uso e para o oferecimento eventual.

Nesse sentido, destaco a jurisprudência:

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – TESTEMUNHO DE POLICIAIS – VALIDADE DA

¹ GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo, RT, 2006. p. 132-133.

² STF HC 73.197-MC

PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO – CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO – INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. A alegação de insuficiência de provas para a condenação, a pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto probatório, providência incompatível com os estreitos limites do habeas corpus. 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.”³

Portanto, entendo que o pleito de desclassificação não deve ser acolhido, uma vez que a traficância restou demonstrada no processo, conforme analisado.

Melhor sorte não assiste a defesa quanto o pedido de abrandamento do regime prisional para o semiaberto.

No presente caso, verifica-se que foi considerada desfavorável a circunstância judicial atinente aos maus antecedentes.

Em razão das circunstâncias judiciais não serem plenamente favoráveis ao apelante, e por se tratar de réu reincidente, com antecedentes criminais, conclui-se que a fixação do regime inicial fechado é correta no caso em tela, pois a soma da reincidência com circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), configura-se como motivo suficiente para a prevalência da regra geral (prevista no art. 33, § 2º, do Código Penal) e o afastamento do entendimento jurisprudencial consolidado no enunciado de nº 269 da Súmula do STJ, sobretudo como forma de reprovar e prevenir o crime, diante das peculiaridades do caso concreto.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de Mercson dos Santos Silva, mantendo incólume a sentença condenatória.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do revisor. Vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2019.

³ STJ – HC 98766/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 23/11/2009.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0029729-05.2016.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA–APELAÇÃO CRIMINAL–RECURSO MINISTERIAL–USO DE DOCUMENTO FALSO – ATESTADOS MÉDICOS – ARTS. 304 E 297 DO CÓDIGO PENAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – ATIPICIDADE DA CONDUTA – CRIME IMPOSSÍVEL (FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA) – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – ACOLHIMENTO – PROVAS SUFICIENTES – FALSIDADE CAPAZ DE ENGANAR O HOMEM COMUM – CRIMES CONFIGURADOS – PROVIMENTO, COM O PARECER.

Não há falar em crime impossível por falsificação grosseira, se os atestados falsificados foram eficientes para enganar o empregador da apelada, tanto que um atestado foi apresentado em julho e o outro somente em setembro, e, ainda assim, por ausência de provas concretas da empresa na época, a acusada continuou trabalhando no estabelecimento. O crime previsto no art. 297 do Código Penal é crime formal, ou seja, configura-se com a mera falsificação, não exigindo resultado naturalístico consistente no efetivo prejuízo causado a alguém pela falsificação. Restando evidente pelo conjunto probatório que a acusada usou documentos públicos falsificados, situação não perceptível de plano por seu empregador e atestada por laudo pericial, deve ser reformada a sentença absolutória.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de março de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença proferida pelo juízo de direito da 1ª Vara Criminal da Capital, que julgou improcedente a pretensão formulada na ação penal proposta contra Ariane Balbino Barros, devidamente qualificada, absolvendo-a da acusação da prática do delito tipificado no art. 304 do Código Penal (uso de documento falso), interpõe recurso de apelação.

Sustenta que não pode prevalecer a sentença absolutória, afirmando que os elementos de convicção coligidos aos autos são firmes e seguros em apontar a existência do delito e a responsabilidade da apelada, que deve ser condenada, não havendo que se falar em falsificação grosseira e crime impossível.

Contrarrazões às f. 223-228.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 234-240 pelo provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Segundo a denúncia:

“(…) Consta do incluso inquérito policial que, nos dias 24 de julho e 29 de setembro do ano de 2015, nas dependências da empresa Mc Donald’s, situada no Shopping Bosque dos Ipês, nesta Capital, Ariane Balbino Barros fez uso dos atestados médicos falsos, documentos públicos, acostados às f. 09 e 10, afastando-se do trabalho por 03 (três) dias, sendo que referidos atestados teriam sido emitidos supostamente nas dependências do Centro Regional de Saúde (CRS) Nova Bahia da Secretaria Municipal de Saúde Pública, pela enfermeira Isabel Cristina da Silva.

Segundo restou apurado, nas datas mencionadas a denunciada Ariane Balbino Barros apresentou em seu local de trabalho os atestados médicos supostamente emitidos pela enfermeira Isabel Cristina da Silva, Coren/MS 184.474 do Centro Regional de Saúde (CRS) Nova Bahia. No entanto, suspeitando da veracidade dos documentos, o gerente da empresa Mc Donald’s, na qual a denunciada prestava serviços, procurou o CRS Nova Bahia, sendo informado pela responsável do local que tais atestados eram falsos. Diante das informações, instaurou-se sindicância a fim de apurar os fatos (f. 11-33), que resultou no arquivamento, em razão da apuração de que os carimbos da enfermeira foram extraviados. Com o arquivamento da sindicância, foram extraídas cópias do procedimento e encaminhados à delegacia de polícia.

(…)

Em declarações Diogo Afonso Bortone (f. 120) e Alfredo Gomes Neto (f. 123), gerentes do Mc Donald’s à época dos fatos asseveraram que a denunciada usou os atestados médicos falsos na empresa, e após constatação da falsidade, junto a SESAU, Ariane admitiu que havia comprado tais atestados.

Interrogada às f. 61-62, Ariane Balbino Barros confessou a prática delitiva. Informou que adquiriu os atestados já preenchidos e assinados de um homem desconhecido na Praça Ary Coelho, pelo valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) cada um, e que na época dos fatos apresentou os atestados para os gerentes Diogo Afonso Bortone e Alfredo Gomes Neto.

(…)

Portanto, o Ministério Público Estadual denuncia Ariane Balbino Barros pela prática do delito previsto no artigo 304 do Código Penal, c/c art. 297, ambos do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 69, do CP (…).”

Após regular instrução processual sobreveio a sentença absolutória de f. 198-200, sob fundamento de que o fato não constituiu infração penal, considerando o magistrado tratar-se de falsificação grosseira, de fácil percepção, incapaz de iludir o homem comum.

Sustenta o recorrente que não deve prosperar o argumento de atipicidade da conduta por ineficácia do meio, por supostamente tratar-se de falsificação grosseira, pois os próprios peritos que elaboraram o laudo valeram-se de materiais específicos e criteriosa avaliação para concluírem pela inautenticidade dos documentos.

Ressalta que os dois atestados eram falsos e o gerente da empresa apenas desconfiou da falsidade por ocasião da apresentação do segundo atestado, mas por motivos diversos, já que alertado por outros funcionários que a acusada não estava doente no dia indicado, pois havia postado fotos em baladas na rede social *facebook*.

Alega que se trata de ré confessa, que a prova pericial concluiu pela inautenticidade dos documentos e que os gerentes do estabelecimento, Diogo Afonso Bortone e Alfredo Gomes Neto, declararam

expressamente que inicialmente não perceberam a falsificação, sendo que somente após a apresentação do segundo atestado é que desconfiaram do falso e tomaram as providências, pelo que deve a apelada ser condenada nos termos da denúncia.

A decisão absolutória restou assentada nos seguintes fundamentos:

“Indo de pronto ao mérito tenho que a pretensão ministerial não procede. Esclareço. Não há nenhuma dúvida, até porque ela mesma é confessa, que a acusada, para fins de abonar faltas em seu serviço, se valeu de dois documentos públicos (atestado médico) formalmente falsos, confissão esta corroborada pelos depoimentos das testemunhas ouvidas nesta data, mui especialmente da enfermeira Isabel Cristina da Silva, cujo nome consta dos documentos como tendo a emitente dos mesmos, e das testemunhas Diogo e Alfredo, que, quando da apresentação dos atestados, trabalhavam na mesma empresa da ré, sendo, o primeiro, o destinatário deles, e, o segundo, quem os recebeu das mãos daquela. Os laudos periciais de f. 78-86 e 94-100 apontam, demais, que realmente os documentos não foram preenchidos ou assinados pela enfermeira Isabel Cristina da Silva, com indicação, inclusive, de que o segundo o foi pela própria ré. Ocorre, porém, que a falsidade em questão era de fácil percepção, incapaz de iludir o ‘homem comum’, menos ainda quando o destinatário é gerente de empresa de porte considerável, que tem por uma das funções, pelo que se extrai do depoimento da testemunha Alfredo, a verificação dos dados constantes dos documentos/atestados médicos que lhe são apresentados. No caso em tela, nitidamente se verifica que nos dois atestados, de modo expresse, é possível observar que são ‘atestados médicos’ para fins de abono de faltas mas, ambos, foram preenchidos, embora falsamente, por enfermeira, inclusive com indicação, no carimbo respectivo, do número do seu COREN (documento de identificação profissional de enfermeiros, não de médicos, identificados, como é sabido, pelo CRM). As testemunhas Isabel, Marta e Sara, deixaram claro, quando ouvidas, que quando souberam do documento (e as duas primeiras foram as pessoas que receberam, respectivamente, o encaminhamento por parte do empregador da ré e presidiu a sindicância aberta para apurar os fatos) rapidamente notaram sua falsidade, destacando, a um, que o documento foi preenchido, mesmo que falsamente, por profissional que não poderia assim proceder, haja vista que somente médico ou dentista podem firmar atestado ‘médico’ para abono de faltas (e é disto que se trata), competindo aos enfermeiros, tão somente, a expedição de declaração de comparecimento do paciente para consulta. Também, que a forma de preenchimento do documento, notadamente sobre a forma de indicação do CID, só com números, também levada ao reconhecimento da falsidade, que classificaram como evidentes ou grosseiras. A testemunha Diogo, por sua vez, mencionou que somente se atentou (embora, digo eu, pudesse fazê-lo de imediato, já que o falsum nos dois documentos é o mesmo) da possível falsidade no segundo atestado, já que estranhou o fato do documento ter sido preenchido por um enfermeiro, não por um médico, e porque soube que a ré, segundo outros funcionários lhe relataram, tinha sido visto em festas, pelas redes sociais, na data do afastamento por inverídico motivo de saúde. Ora, ainda que Diogo tenha, segundo alegou, passado ‘batido’ em relação ao primeiro documento que chegou às suas mãos, o fato é que tinha plenas condições de ter dita ciência, sendo evidente que atestado médico não pode ser subscrito por enfermeiro, inclusive, e é o caso, quando a indicação deste profissional, com o número de seu COREN, é de fácil constatação no atestado. O mínimo de diligência, especialmente, insisto, por parte de gerente de empresa de considerável porte, seria mais que suficiente para verificar, para dar conta, para notar a falsidade dos documentos em tela. Não é por outro motivo, aliás, que a Resolução CFM nº 1658/2002, em seu artigo 1º, deixa assentado que ‘o atestado médico é parte integrante do ato médico’, sendo por isso, digo eu, como corolário lógico, obrigação indeclinável do profissional de medicina, afastando, mesmo em tese, qualquer possibilidade de enfermeiro emitir esse tipo de documento, tal como informado, de modo uníssono, pelas testemunhas Isabel, Marta e Sara. Entendo, por isso, que a falsidade em tela não era, por evidente fragilidade de uma de suas informações (origem da emissão, parte integralmente e indissociável de qualquer atestado médico), capaz de ferir, de afrontar a fé pública, bem jurídico protegido pelo artigo 304 do CP, tendo em vista a absoluta ineficácia do meio empregado. É falsificação grosseira neste particular, incapaz, por isso, de causar prejuízo a terceiro, e a inércia ou descuido do empregador da ré, que tinha plenas condições de perceber o falsum, não pode servir de fundamento para justificar o afastamento desse falsum grosseiro, menos ainda ao ponto de justificar a condenação da

acusada, primária, de bons antecedentes, dita, por Diogo, como excelente profissional, e que, aliás, somente deixou o emprego, mesmo com a descoberta da falsidade, por sua própria iniciativa, o que reforça, também por isso, a total desnecessidade de se utilizar o direito penal, na sua condição de ultima ratio, para resolver questão com todas essas peculiaridades.”

Não obstante os substanciosos argumentos lançados pelo magistrado sentenciante, tenho que não há falar em atipicidade da conduta (falsificação grosseira), pois o embuste somente foi notado por ocasião da apresentação do segundo atestado, com informações de outros funcionários de que a apelada não estaria doente na data indicada.

Ademais, apenas confirmou-se a falsificação quando a empresa entrou em contato com a unidade de saúde da qual supostamente teriam emanado os atestados, não sendo possível, de plano, ao responsável pelo recebimento do documento, perceber de forma inequívoca, o falso, mesmo diante do carimbo e suposta assinatura de um profissional de enfermagem, não sendo exigível que o gerente do estabelecimento (rede de *fast food*), tivesse conhecimento de que o referido documento é ato médico nos termos de normativo interno do respectivo Conselho de classe.

A falsificação grosseira ocorre apenas se a qualquer um é dado perceber a adulteração, à vista de um simples exame ocular do documento, pois evidente, clara, perceptível por um leigo, de inteligência e capacidade comuns, feita sem nenhum cuidado, com rasuras e alterações grosseiras, o que não é o caso, como é possível perceber dos laudos periciais de f. 78-86 e 94-100.

Além da prova pericial, denota-se do interrogatório judicial da apelada que esta confessou ter adquirido os atestados falsos de um terceiro desconhecido, pagando-lhe o valor de R\$ 50,00 por cada um. Relatou que apresentou dois atestados falsos para o gerente Alfredo, em dias diferentes, e, somente após apresentar o segundo, o gerente desconfiou da falsificação, em razão da diferença entre as grafias dos documentos supostamente emitidos pela mesma pessoa. (f. 198)

A testemunha Alfredo Balbino Barros, que exercia a função de gerente do restaurante onde a apelada trabalhava, relatou em juízo (f. 198), confirmando seu depoimento extrajudicial (f. 141), que somente desconfiou dos documentos apresentados pela porque outros funcionários o alertaram e mostraram fotos, nas redes sociais, da apelada em festas nas datas especificadas nos atestados.

No mesmo sentido, tem-se o depoimento da testemunha Diogo Afonso Bortone, tanto na fase judicial (f. 198), quanto na policial (f. 138), narrando que era gerente juntamente com Alfredo e este havia desconfiado da veracidade dos atestados, ocasião em que a testemunha foi até a Secretaria de Saúde (SESAU) e constatou que se tratava de documentos falsos.

Deve ser ressaltado que a testemunha não tinha conhecimento – e assim não lhe era exigível, como colocado linhas atrás – de que um enfermeiro não poderia emitir atestados, e foi somente a partir da apresentação das fotos pelos funcionários que tomou providências para verificar a autenticidade dos documentos.

Não há falar em crime impossível por falsificação grosseira, se os atestados falsificados foram eficientes para enganar o empregador da apelada, tanto que um atestado foi apresentado em julho e o outro somente em setembro, e, ainda assim, por ausência de provas concretas da empresa na época, a acusada continuou trabalhando no estabelecimento.

A propósito do tema:

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – USO DE DOCUMENTO FALSO – ARTIGO 304, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA – ABSOLVIÇÃO – DESCABIMENTO – PENA-BASE – REDUÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – INVIÁVEL – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA – POSSIBILIDADE –

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Por falsificação grosseira entende-se aquela que não é capaz de iludir ninguém, sendo visível ao homem médio. Não sendo esta a hipótese dos autos, deve-se manter a condenação do réu pelo delito de uso de documento falso. (...) (TJMS, Apelação Criminal 0025072-54.2015.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, j. 12/09/2018)”

“APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – EXAME DOCUMENTOSCÓPICO – LAUDO QUE NÃO CONFIRMA A AUTENTICIDADE DOS DADOS INSERIDOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECEPÇÃO – ART. 180, CAPUT, DO CP – VEÍCULO DE ORIGEM ILÍCITA – DESCONHECIMENTO DO VÍCIO – PROVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RESTRITIVA DE DIREITOS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – PEDIDO DE ALTERAÇÃO – COMPETÊNCIA DA VARA DA EXECUÇÃO PENAL – NÃO CONHECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE PONTO, DESPROVIDO. I - Sendo a falsificação do documento capaz de enganar o homem de inteligência mediana, não há falar em absolvição em razão de atipicidade da conduta. (...) (TJMS, Apelação Criminal 0000087-91.2016.8.12.0031, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, j. 22/11/2018)”

Portando, não se tratando de falsificação perceptível, não merece prosperar a sentença de absolvição por atipicidade da conduta, que deve ser reformada a fim de condenar a apelada pela prática do crime de uso de documento falso, nos termos dos arts. 304 e 297, ambos do Código Penal.

Passo à fixação da pena.

Pois bem. Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, 2 anos reclusão e 10 dias-multa. Presente a atenuante da confissão espontânea, que não deve repercutir na reprimenda em razão do óbice previsto na Súmula 231 do STJ; inexistem agravantes. Por fim, não há causas de diminuição/aumento de pena.

Tendo em vista que a denúncia descreve e restou comprovado no decorrer da instrução processual a prática de dois delitos, deve ser aplicada a regra do concurso material de crimes, art. 69 da Lei Penal, restando a acusada definitivamente condenada a 4 anos de reclusão e 20 dias-multa.

O regime prisional é o aberto, observados os parâmetros do art. 33 da Lei Penal, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Fica a apelada isenta do pagamento das custas processuais, eis que hipossuficiente nos termos da Lei.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso acusatório, para condenar Ariane Balbino Barros, qualificada nos autos, por infração ao art. 304, por duas vezes, na forma dos arts. 297 e 69, todos do Código Penal, estabelecendo a pena definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão mínima, com substituição da sanção prisional por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 12 de março de 2019.

1ª Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001486-12.2016.8.12.0014/50000 - Maracaju Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE AFASTAVA A REINCIDÊNCIA ANTE A AUSÊNCIA DE FOLHA DE ANTECEDENTES NOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO FIRMADO PELAS CORTES SUPERIORES QUE TAL CIRCUNSTÂNCIA POR SI SÓ, NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – JUDICIÁRIO PODE UTILIZAR OUTROS MEIOS CABÍVEIS PARA CONSULTA DE EVENTUAIS ANTECEDENTES QUE O JURISDICIONADO OSTENTE – PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM O CONSEQUENTE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E ULTERIOR SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – INVIABILIDADE – A PREVALÊNCIA DA REINCIDÊNCIA EM FACE DOS REQUERENTES OBSTA A CONCESSÃO DE TAIS BENESSES – RECURSO IMPROVIDO.

Os recursos utilizados pelo Judiciário para a efetiva comprovação acerca dos antecedentes do jurisdicionado consiste em mera formalidade instrumental, não havendo que se desconsiderar a reincidência dos embargantes quando de fato existem antecedentes criminais que pesam em desfavor dos mesmos.

Uma vez mantida a agravante de reincidência em desfavor dos recorrentes, torna-se inviável a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, com a consequente redução da reprimenda ora imposta, abrandamento dos respectivos regimes prisionais ou substituição das respectivas penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, tampouco, o afastamento da hediondez do delito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator (Des. Paschoal), vencido o 1º vogal (Des. Ruy Celso) que dava provimento.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Hugo Marcos Larroza Rolon e Sidnei dos Santos Rodrigues opõem embargos infringentes em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal deste Sodalício que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Em suas razões, pleiteiam em síntese, a prevalência do voto vencido proferido pelo Des. Ruy Celso B. Florence, para: afastar a agravante da reincidência; conceder-lhes a causa de diminuição do § 4º do artigo

33 da Lei 11.343/2006, reduzindo a pena de metade (1/2); abrandar os respectivos regimes prisionais para o inicial aberto; substituir as respectivas penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos para cada um dos requerentes, a serem fixadas pelo juízo da execução e afastar a hediondez do delito.

O recurso foi admitido (f. 10).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 16-29).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Hugo Marcos Larroza Rolon e Sidnei dos Santos Rodrigues opõem embargos infringentes em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal deste Sodalício que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Em suas razões, pleiteiam em síntese, a prevalência do voto vencido proferido pelo Des. Ruy Celso B. Florence, para: afastar a agravante da reincidência; conceder-lhes a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, reduzindo a pena de metade (1/2); abrandar os respectivos regimes prisionais para o inicial aberto; substituir as respectivas penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos para cada um dos requerentes, a serem fixadas pelo juízo da execução e afastar a hediondez do delito.

Ab initio, extrai-se que os requerentes foram denunciados em 03/08/2016, pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 em razão dos seguintes fatos (f. 01-04 dos autos originários):

“Consta nos inclusos autos, que no dia 06 de julho de 2016, por volta das 00h40min, na Rua Quintino Bocaiuva, nº 1171, neste município, os denunciados, associados para a prática delitiva, tinham em depósito drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, quais sejam: 31 (trinta e um) papelotes de substância análoga à pasta-base de cocaína, totalizando 4g (quatro gramas).

Conforme restou apurado, na data fatos, policiais militares realizavam rondas de rotina, momento em que avistaram o denunciado Sidnei dos Santos Rodrigues em frente ao local denominado “residencial do Nelson Pereira”, onde sempre são realizadas prisões em razão do tráfico de drogas.

Consta que, ao avistar a viatura policial, o denunciado Sidnei correu e tentou se esconder no corredor do residencial, contudo, os policiais militares conseguiram abordá-lo, oportunidade em que ele permitiu que os policiais entrassem em sua kitnet.

Nesta senda, os policiais entraram na kitnet e encontraram o denunciado Hugo Marcos Larroza no local, o qual estava agachado, no intuito de se esconder.

Ato contínuo, os policiais realizaram buscas no local, encontrando um saco plástico escondido em um buraco do tijolo da parede, o qual continha 31 (trinta e um) papelotes de substância análoga à pasta-base de cocaína, pesando, aproximadamente, 4g (quatro gramas).

(...)”

Em decorrência das circunstâncias supracitadas, os acusados foram condenados em 12/12/2017, à pena de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo que, foram absolvidos pela imputação do delito previsto no art. 35, *caput*, do mesmo diploma legal, nos termos do art. 386, VII, do CPP (f. 275-284 dos autos originários).

Irresignada, a defesa dos embargantes interpôs recurso de apelação em 09/02/2018, pleiteando em suas razões: a absolvição de Hugo em relação ao delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006; a desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, para o delito delineado no art. 28 todos da Lei nº 11.343/2006, para ambos os réus; o redimensionamento da pena-intermediária dos mesmos, afastando-se a agravante da reincidência e redimensionando a pena definitiva; a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo com a consequente redução da pena definitiva dos requerentes com a alteração do regime inicial do cumprimento de pena para o aberto ou semiaberto e a reforma da sentença, para que, na hipótese de redução da pena aplicada, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito (f. 306-336 dos autos originários).

A colenda 2ª Câmara Criminal, em 11/06/2018 decidiu, à maioria, pelo improvimento do apelo dos réus, restando vencido o voto do relator originário Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que consignava pelo parcial provimento do recurso sob os seguintes fundamentos (f. 394-402 dos autos originários):

“(...) Consoante se infere, a operação policial teve início a partir de informações obtidas pelo 190 no sentido de que os réus estariam comercializando substâncias entorpecentes no endereço informado na denúncia, local onde residia o réu Hugo Marcos Larroza Rolon.

Ao efetuarem buscas no referido endereço, os agentes de segurança pública lograram apreender 4 gramas de cocaína, os quais estavam separados em 31 “papelotes”. Em decorrência, efetuaram a prisão de Hugo e do corréu Sidnei dos Santos Rodrigues, que assumiu a propriedade sobre a droga.

O réu Hugo nega envolvimento com a substância entorpecente apreendida. Referida alegação, contudo, não merece acolhimento, considerando que os papelotes em questão estavam escondidos em um tijolo da quitinete por ele locado, conforme asseguram os policiais em seus depoimentos prestados em juízo. Além disso, os policiais são uníssonos em afirmar que, no momento da ingressaram no local, Hugo tentou se esconder em um dos cômodos do imóvel. Tais circunstâncias denotam que o mesmo concorreu para o depósito da droga em tela.

O corréu Sidnei, por sua vez, disse que a droga seria destinada ao consumo pessoal. Porém, tal versão é infirmada pela forma como a droga estava estocada, separada em 31 papelotes, ou seja, preparada para comercialização. Além disso, foi apreendido o aparelho de telefonia celular de propriedade de Sidnei, no qual foram detectadas diversas mensagens denotando a traficância de substâncias entorpecentes.

Referidos elementos tornam inverossímil a tese defensiva esposada pelo réu, valendo lembrar que, conforme 2º do artigo 28 da Lei 11.343/06 “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”, circunstâncias essas que não favorecem ao apelante.

Ressalte-se, ainda, que é dispensável a verificação de qualquer ato de comércio, sendo suficiente que o agente pratique um dos verbos constantes no tipo legal pelo qual fora denunciado, bastando, para sua caracterização, evidências de que a substância entorpecente possuía outra destinação que não o uso próprio, circunstância esta inconteste nos autos.

Portanto, está caracterizado o crime de tráfico de drogas imputado aos recorrentes.

Passando ao exame da dosimetria das penas, infere-se que na primeira fase as penas-bases foram fixadas no mínimo legal.

Na segunda fase, foi reconhecida a agravante da reincidência em desfavor dos recorrentes. Contudo, conforme bem observado pela d. Procuradoria de Justiça, “em minuciosa análise nos autos verifica-se que não há certidão cartorária atestando os maus antecedentes dos Recorrentes, assim como não se constata a folha de antecedentes criminais atestando o trânsito em julgado das condenações” (f. 381).

Sobre o tema, tenho entendimento no sentido de que os antecedentes negativos e a reincidência devem restar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental, não podendo o magistrado, para esse fim, em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988, amparar-se em consultas informais ao sistema informatizado, ainda que seja para complementá-la (nesse sentido: TJMS Seção Criminal EI 0000310-54.2014.8.12.0018/50000 - minha relatoria. J.22/07/2015).

Em decorrência, na segunda fase deve-se reduzir a pena intermediária ao mínimo legal.

Na terceira fase, o magistrado a quo negou a causa de diminuição do § 4.º do artigo 33 da Lei de Drogas sob o argumento de que os réus são reincidentes e dedicavam-se às atividades criminosas, pois “comercializavam a substância entorpecente através de mensagens telefônicas com usuários/compradores, conforme relatório (f. 44-47)”.

Porém, a agravante da reincidência restou afastada, nos termos acima declinados. Ademais, respeitado o entendimento do julgador de primeira instância, na minha compreensão não há elementos probatórios seguros indicando que a traficância exercida pelos recorrentes assumiu contornos de habitualidade, até porque não é possível precisar por quanto tempo perdurou tal atividade ilícita.

Assim, deve-se reconhecer a minorante em questão. Contudo, não há ensejo para diminuir a pena no patamar máximo previsto na norma (2/3), diante das circunstâncias que envolveram a prática delitativa, a indicar que os apelantes postaram-se em situação próxima àquela que lhes subtrairia o direito à redução. Nesse cenário, considero razoável reduzir a pena à metade.

Dessa forma, a pena dos recorrentes deve ficar igualmente reajustada em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido (CP, art. 49).

Com relação ao regime inicial de cumprimento da pena, lembro que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07 (HC nº 111.840/ES, j. 27.06.2012).

No caso, tratando-se de réus primários cujas penas são inferiores a 04 anos de reclusão e com circunstâncias judiciais favoráveis, deve-se fixar o regime prisional inicial aberto. Inteligência do artigo 33, § 2º, c, e § 3º do Código Penal.

Os mesmos fundamentos indicam ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, valendo recordar que o STF já declarou inconstitucional a vedação constante da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como a expressão análoga ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal (HC 97256, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010; ARE 663261 RG, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 13/12/2012).

(...)

Assim, considerando que a ré foi beneficiada com a referida causa de diminuição, deve-se afastar a hediondez do delito ex officio.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento aos recursos interpostos por Sidnei dos Santos Rodrigues e Hugo Marcos Larroza Rolon para: a) afastar a agravante da reincidência; b) conceder-lhes a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, reduzindo a pena de metade (1/2), abrandar os respectivos regimes prisionais para o inicial aberto, substituir as respectivas penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos para cada um dos apelantes, a serem fixadas pelo juízo da execução e afastar a hediondez do delito.”

De tal posicionamento, divergiu o revisor Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (f. 402-406 dos autos originários), consignando que a ausência de folhas de antecedentes nos autos não obsta o reconhecimento da reincidência, considerando que existem outros meios para se aferir tais circunstâncias. Acompanhado pelo vogal Des. José Ale Ahmad Netto, seu voto prevaleceu, restando o recurso interposto pelos réus improvido.

Diante da controvérsia recursal, os requerentes pleiteiam nos presentes embargos infringentes e de nulidade, a preponderância do voto vencido do relator originário Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Para tanto, sustentam a impossibilidade da aplicação da reincidência, alegando que inexistem nos autos as respectivas folhas de antecedentes dos mesmos, situação que, ainda que não seja imprescindível para a caracterização da agravante de reincidência, impede a comprovação acerca da data do trânsito em julgado das condenações anteriores, necessária para a efetiva configuração de antecedentes que ensejem o reconhecimento da referida agravante.

Consequentemente, diante do impedimento supracitado, sustentam que não há óbice para o reconhecimento do tráfico privilegiado, tornando-se inviável também, o reconhecimento da hediondez do delito de tráfico, porquanto tenha sido aplicado a benesse do tráfico privilegiado em face dos requerentes.

Por fim, defendem que diante do acolhimento de todas as circunstâncias ora expostas, a pena restará em um *quantum* inferior a quatro anos, razão pela qual é plenamente cabível o abrandamento do regime inicial prisional para o aberto, à luz do disposto no artigo 33, § 2º, c, da Lei nº 11.343/06, verificando-se ainda, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Em que pese o esforço defensivo, compartilho do mesmo entendimento esposado pelo eminente prolator do voto vencedor, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

No que se refere a reincidência dos embargantes, a ausência da respectiva certidão cartorária, por si só, não é empecilho para o reconhecimento de tal agravante, mormente ante a possibilidade de outros meios de consulta para fins de comprovação acerca dos antecedentes que os acusados ostentam.

Conforme bem consignado pelo relator designado,

“(...) tal pesquisa processual não ofende a imparcialidade do magistrado, uma vez que os antecedentes criminais e a reincidência podem ser comprovados por outros meios além da certidão cartorária ou folha de antecedentes criminais (...)” (f. 402-406 dos autos originários).

Nesse sentido, entendo que a forma que o judiciário utiliza para a efetiva comprovação acerca dos antecedentes do jurisdicionado consiste em mera formalidade instrumental, não havendo que se desconsiderar a reincidência dos réus quando de fato existem antecedentes criminais que pesam em desfavor dos mesmos.

Nesta esteira, colaciono a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03 – DOSIMETRIA DA PENA – REINCIDÊNCIA – COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO PÚBLICO – CERTIDÃO CARTORÁRIA PRESCINDÍVEL – CONSULTA A SISTEMAS OFICIAIS – WRIT NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - Inicialmente, cumpre asseverar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. III - Em princípio, certidão obtida por sistema informatizado de Tribunal de Justiça é documento válido para comprovar a reincidência do paciente, visto que dotada de fé pública, sobretudo quando a defesa não demonstra, por meio hábil,

a inexistência da sentença condenatória com trânsito em julgado prolatada em desfavor do réu (Precedentes do STJ). Habeas corpus não conhecido. (HC 440.902/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018) (Grifos nossos)

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA – PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL – REINCIDÊNCIA – COMPROVAÇÃO IDÔNEA – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. - Insurge-se o paciente contra a consideração negativa dos antecedentes criminais. Entretanto, verifica-se que, no caso, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto a pena-base foi aplicada no mínimo legal. - Na segunda fase, foi reconhecida a agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, por ter o paciente condenação definitiva anterior. **A defesa sustenta que não houve prova da reincidência do paciente, pois inexistente nos autos certidão de trânsito em julgado, mas apenas documentos retirados da internet. É de ser mantido, porém, o incremento da pena decorrente da agravante retromencionada, pois “a jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido”** (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015). - O pedido de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado não pode ser analisado por este Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o tema não foi apreciado pelo Tribunal a quo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, fato que impede a análise da impetração por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. - Habeas corpus não conhecido. (HC 288.456/PE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) (Grifos nossos)*

De igual sorte, uma vez mantida a agravante de reincidência em desfavor dos recorrentes, torna-se inviável a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, com a consequente redução da reprimenda ora imposta, abrandamento dos respectivos regimes prisionais ou substituição das respectivas penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, tampouco, o afastamento da hediondez do delito.

Corroborando com tal posicionamento:

PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INAPLICABILIDADE – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS – REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – REGIME PRISIONAL FECHADO – POSSIBILIDADE – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ART. 33, § 2º, “B”, E § 3º, CÓDIGO PENAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL WRIT NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do

conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade” (HC nº 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017). III - Na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão não somente da quantidade e natureza da droga apreendida (crack), mas também das circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes, além de constatarem que não se tratava de traficante ocasional. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. IV - Denota-se dos autos que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, nos moldes do art. 59 do Código Penal. Assim, justificado está a imposição do regime mais gravoso do que o cabível caso se levasse em consideração apenas o quantum de pena aplicado. V - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime semiaberto dar-se-á desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 8 (oito) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. VI - Mantida a reprimenda do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável o pleito de substituição da pena, por ausência de preenchimento dos requisitos constantes do art. 44, do Código Penal. Habeas Corpus não conhecido. (HC 471.423/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018) (Grifos nossos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO OCORRÊNCIA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL DIVERSA – APLICAÇÃO DA MINORANTE INSERTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – AGENTE REINCIDENTE – QUANTIDADE DE DROGAS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – REINCIDÊNCIA – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 386, INCISO VII DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – RECURSO QUE DEIXOU DE ATACAR TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO OBJURGADO – SÚMULA 284/STF – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – NÃO COMPROVAÇÃO – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. I - É entendimento desta Corte que a decisão proferida em relação a um dos réus só será aproveitada aos demais se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal e desde que haja identidade fático-processual entre os corréus, o que não é o caso dos autos. II - O eg. Tribunal de origem, apreciando a prova produzida nos autos, concluiu que está comprovada documentalmente a reincidência do recorrente e que as quantidades excessivas de drogas, como as dos presentes autos, são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, por isso, não faz jus ao benefício pretendido. Entender de maneira diversa implicaria no indevido revolvimento do acervo fático-probatório, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. III - Ademais, quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/06, esta Corte Superior assentou o entendimento no sentido de que “Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem” (HC 449.317/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/8/2018). IV - O v. acórdão do Tribunal de origem não se restringiu aos elementos probatórios apontados pelo agravante para determinar sua culpabilidade, evidenciando, destarte, a deficiência da fundamentação do recurso, incidindo, no ponto, o teor da a Súmula 284/STF. V - A ausência de demonstração da similitude fática entre o

acórdão recorrido e os apontados como paradigmas, por meio de cotejo analítico, impede o conhecimento do recurso especial, uma vez que não atendidos os requisitos contidos no art. 1028, § 1º do Código de Processo Civil, e no art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, como ocorreu, in casu, tendo em vista que sequer foram colacionados os acórdãos paradigmas e recorrido. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 718.114/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018) (Grifos nossos)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDENTE – PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – RECORRENTE CONDENADO DEFINITIVAMENTE EM OUTRO FEITO – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO NÃO RECONHECIDO COMO PRIVILEGIADO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA – PROCEDENTE -PENA-BASE E PATAMAR DA REINCIDÊNCIA FIXADOS EXACERBADAMENTE – REGIME FECHADO MANTIDO – QUANTUM DA PENA IMPOSTA E REINCIDÊNCIA DO APELANTE QUE AUTORIZAM O RECRUDESCIMENTO DO REGIME, NOS TERMOS DO ART. 33, § 2º, “B” DO CP – EM PARTE CONTRA O PARECER – PARCIAL PROVIMENTO. Não há falar em absolvição se materialidade e autoria do apelante têm prova segura. Não se aplica o tráfico privilegiado àquele condenado definitivamente em outro feito. Prejudicada a análise do pedido de afastamento da hediondez se esta era vinculada ao reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, o que não ocorreu. Reduz-se um pouco a pena-base imposta, e o quantum fixado a título de reincidência, por se mostrarem exacerbados. Embora a reprimenda tenha sido fixada abaixo de 08 anos de reclusão, permitindo, em tese a fixação do regime semiaberto, o fato do apelante ser reincidente impõe o recrudescimento do regime, nos termos do art. 33, § 2º, ‘B’, do CP. (TJMS. Apelação nº 0001220-34.2016.8.12.0011, Coxim, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 05/06/2018, p: 11/06/2018) (Grifos nossos)

Destarte, a manutenção do acórdão embargado é medida que se impõe.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º vogal)

Dirirjo do e. relator a fim de dar provimento aos embargos infringentes opostos por Hugo Marcos Larroza Rolon para que prevaleça integralmente o mesmo voto que proferi no julgamento do recurso subjacente, pelos mesmos fundamentos aos quais me reporto.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator (Des. Paschoal), vencido o 1º vogal (Des. Ruy Celso) que dava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

1ª Câmara Criminal

Agravo de Execução Penal nº 0042046-64.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – PROGRESSÃO DE REGIME – PENA UNIFICADA – CONDIÇÃO DE REINCIDÊNCIA QUE PASSA A SER CONSIDERADA EM RELAÇÃO A TODAS AS CONDENAÇÕES – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL AO REINCENTE ESPECÍFICO DE CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – RECURSO PROVIDO.

Por ser o agravado reincidente, essa condição incide sobre o somatório de todas as condenações impostas, de modo que a progressão de regime só pode ocorrer após o cumprimento de 3/5 do total da pena. Inteligência do § 2º, do art. 2º, da lei dos crimes hediondos. Jurisprudência aplicada.

O reincidente em crime equiparado a hediondo não pode ser beneficiado com o livramento condicional, nos termos, do art. 83, V, do Código Penal.

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, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Ministério Público Estadual interpõe agravo de execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a impugnação de cálculo de pena apresentado pelo *Parquet*, sustentando o órgão ministerial, neste recurso, que sobre todas as reprimendas relativas aos crimes hediondos, na contagem da progressão de regime, seja aplicada a fração de 3/5, e sendo o sentenciado-recorrido reincidente específico em crimes desta natureza, impossível a concessão do livramento condicional.

Requer o provimento do recurso a fim de corrigir o cálculo de pena de f. 407-409, “*para que deixe de haver a previsão do livramento condicional*”.

O agravado Edilson Pereira Soares, em contrarrazões, bate-se pelo desprovimento do recurso (f. 59-69).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso da acusação (f. 79-83).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a impugnação de cálculo de pena apresentado pelo *Parquet*, sustentando o órgão ministerial, neste recurso, que sobre todas as reprimendas relativas aos crimes hediondos, na contagem da progressão de regime, seja aplicada a fração de 3/5, e sendo o sentenciado-recorrido reincidente específico em crimes desta natureza, impossível a concessão do livramento condicional.

Requer o provimento do recurso a fim de corrigir o cálculo de pena de f. 407-409, “*para que deixe de haver a previsão do livramento condicional*”.

O agravado Edilson Pereira Soares, em contrarrazões, bate-se pelo desprovimento do recurso (f. 59-69).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso da acusação (f. 79-83).

Por oportuno, colho os fundamentos da decisão ora recorrida, *in verbis*:

“Inicialmente, em análise ao cálculo de liquidação de penas de f. 407-409, no que diz respeito as frações para fins de progressão de regime com relação aos crimes hediondos, verifico que não assiste razão ao MP, uma vez que o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 prevê que para que ocorra a progressão de regime o réu deverá cumprir, tratando-se de crime hediondo, 2/5 (dois quintos) da pena, se for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, como consta no referido cálculo.

*Anoto, ainda, que reconhecida a reincidência específica em crime equiparado a hediondo somente na GR nº 0002495-16.2014, de acordo com a doutrina dominante e em observância ao entendimento jurisprudencial acima indicado, **incabível a concessão/previsão do livramento condicional somente em relação ao delito executada da referida guia, de modo que o cálculo também não merece qualquer reparo neste ponto.***

Outrossim, por força do atestado de trabalho de f. 417, tem-se por comprovado que o sentenciado trabalhou por 239 dias no período de 09/12/2017 a 13/09/2018.

*Dessa forma, com fundamento no artigo 126, § 1º, inciso II, da LEP, **defiro a remição de 79 (setenta e nove) dias da pena do sentenciado.***

Assim, remetam-se os autos à contadoria para elaboração de novo cálculo de liquidação.

*Com o cálculo, certifique-se a conduta carcerária do interno, e dê-se vista às partes para manifestação (CNCGJ, art. 277, § 1º) e, não havendo impugnação, **fica o mesmo desde já homologado.** Encaminhe-se, mediante recibo, uma cópia do cálculo ao apenado.*

Após, voltam conclusos para análise do pedido de progressão de regime”. Destaques no original.

A meu sentir, o agravo do órgão ministerial merece provimento, senão vejamos.

O cerne do presente recurso é saber se os efeitos da reincidência específica em crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas), deve ou não incidir sobre a totalidade da pena imposta, malgrado o reeducando seja primário na primeira condenação, e se é cabível ou não a concessão do livramento condicional na espécie versada.

Progressão de regime

Com efeito, o art. 84 do Código Penal prescreve que as penas correspondentes a infrações diversas devem ser somadas para efeito de benefícios.

Destarte, para efeito de concessão de progressão de regime, as penas devem ser somadas e, sendo o apenado reincidente específico em crime equiparado a hediondo, deverá cumprir 3/5 do total da reprimenda,

para o fim de alcançar o requisito objetivo necessário, conforme dispõe o § 2º, do art. 2º, da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos).

Em outras palavras, se o apenado-agravante praticou outro delito após condenação anterior transitada em julgado, ocorrendo a reincidência, essa condição afetará todas as outras condenações, independente do fato de ser ele primário, à época da prática dos outros delitos.

Nesse sentido, confira-se acórdão desta e. 1ª Câmara Criminal:

“EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – SUPERVENIÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE NOVA CONDENAÇÃO – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A PROGRESSÃO DE REGIME – CABIMENTO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – UNIFICAÇÃO E SOMA DAS PENAS – FRAÇÃO DE 1/2 SOBRE O TOTAL DAS PENAS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. Sobrevindo nova condenação no curso da execução, após a unificação das penas, interrompe-se os prazos em curso e a data-base do novo prazo para obtenção da progressão de regime é a data em que se tornou irrecurável essa condenação. Precedentes do STF e do STJ. A reincidência é de caráter subjetivo e, por isso, acompanha o agente e não a condenação. Deste modo, uma vez reconhecida a reincidência, deve ser considerada com relação à soma total das penas, mesmo que em relação a algumas ele não seja reincidente. Com o parecer, recurso provido.” (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0045879-27.2017.8.12.0001 - Campo Grande Relatora – Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. J. 20.02.2018).

No mesmo sentido, os precedentes do STJ:

“PENAL E PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO – PLEITO DE RETIFICAÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO QUANTO AO REQUISITO OBJETIVO PARA FINS DE LIVRAMENTO CONDICIONAL – PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3 – VISTA AO MP – PEDIDO INDEFERIDO APÓS PARECER MINISTERIAL CONTRÁRIO – TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE A NÃO CONCESSÃO DE VISTA À DEFESA APÓS O PARECER – NÃO OCORRÊNCIA – DESNECESSIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – CÁLCULO DO BENEFÍCIO SOBRE O MONTANTE OBTIDO – CONDIÇÃO DE REINCIDENTE APLICÁVEL A TODAS AS CONDENAÇÕES A PARTIR DO SEU RECONHECIMENTO – HC NÃO CONHECIDO.

(...)

4. É firme a orientação do STJ no sentido de que, havendo pluralidade de condenações, as penas devem ser unificadas, realizando-se o cálculo do livramento condicional sobre o montante obtido, nos termos do art. 84 do CP.

5. Reconhecida a reincidência, passa o apenado a ostentar a condição de reincidente, gerando efeitos, de imediato, no cálculo dos futuros benefícios da execução criminal, inclusive quanto à incidência da fração de 1/2 para a concessão do livramento condicional, não havendo falar em aplicação concomitante do patamar de 1/3 para a execução de pena aplicada ao tempo em que era primário e de 1/2 para as demais execuções. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 306.921/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017).

“EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REINCIDÊNCIA – INCIDÊNCIA SOBRE A TOTALIDADE DAS PENAS UNIFICADAS – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de

recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido. (STJ. HC 307.180/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 13/05/2015)

Desta forma, é de rigor reconhecer a reincidência em sede de execução, sem que isso implique afronta à coisa julgada, desde que tais efeitos fiquem limitados à seara executória, como *in casu*.

Logo, por ser o apenado reincidente em crime equiparado a hediondo, a fração de 3/5 para fins de progressão deve incidir sobre a totalidade das penas somadas.

Livramento condicional

Dispõe o art. 83, V, do Código Penal, que o juízo poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que, dentre outras hipóteses, não seja o reeducando reincidente específico em crime hediondo ou equiparado.

Na caso em comento, o agravado é reincidente específico em crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas). Se assim é, tenho como incabível a concessão do livramento condicional.

A propósito, segue precedentes deste Tribunal:

“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES – ART. 83, II e V, DO CP – CONDIÇÃO DE REINCIDENTE PASSÍVEL DE RECONHECIMENTO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO – REEDUCANDO QUE É REICIDENTE ESPECÍFICO EM CRIME DE NATUREZA SEXUAL QUE NÃO PERMITE A CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL – COM O PARECER – RECURSO IMPROVIDO. Sendo a reincidência condição de caráter pessoal, e não específica de determinado processo, pode o Juiz responsável pela execução da pena reconhecê-la e considerá-la para obtenção de benefícios, sem que isso implique em violação à coisa julgada e ao non reformatio in pejus. Se o reeducando é reincidente específico em crime de natureza sexual, que é hediondo, nos termos do art. 83, V do CP, não é possível a concessão do pretendido livramento condicional.”(TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0005205-20.2016.8.12.0008, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 29/01/2018, p: 09/02/2018).

“AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REINCIDENTE ESPECÍFICO EM CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – NÃO

PROVIMENTO. É vedado o livramento condicional ao reincidente específico em crime hediondo ou equiparado. Agravo de Execução Penal interposto pela defesa a que se nega provimento, ante o não preenchimento de requisito legal. (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0003146-59.2016.8.12.0008, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 07/08/2017, p: 14/08/2017).

No mesmo sentido, cito precedente do Tribunal da Cidadania:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – DESCABIMENTO – EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – CONDIÇÃO PERSONALÍSSIMA – EXTENSÃO SOBRE O TOTAL DAS PENAS SOMADAS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. A reincidência é condição personalíssima, que se estende sobre o total das penas somadas, para fins de análise do requisito temporal na concessão de benefícios prisionais. Precedentes.

Na hipótese, a condição de reincidente específico em crime hediondo obsta a concessão de livramento condicional ao paciente, consoante a regra delineada no art. 83, V, do Código Penal - CP.

Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 458.207/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018).

Posto isso, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, para deixar consignado que, sobre o somatório das penas, deve incidir a fração de 3/5 para fins de progressão, sendo incabível a concessão do livramento condicional por ser o agravado reincidente específico em crime equiparado a hediondo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Câmara Criminal

Agravo de Execução Penal nº 0043581-28.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 4º DA LEI 13.654/18 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – TESE NÃO ACOLHIDA – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO POSTULADO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A Lei 13.654/2018 revogou o disposto no inciso I, § 2º, do artigo 157, do Código Penal, que abordava o aumento de pena quando a violência ou grave ameaça fosse exercida com o emprego de arma, mesmo que branca. Em consequência, em se tratando de superveniência de *novatio legis in melius*, inevitável que retroaja para beneficiar o réu, *ex vi* do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Não há falar em inconstitucionalidade formal, posto que a revogação da majorante, além de constar no texto original, remanesceu no texto final aprovado pela CCJ no Senado Federal, constando, ainda, posteriormente, no PL 9.160/2017, aprovado pela Câmara dos Deputados, bem como no Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, aprovado, em sua integralidade, pelo Senado Federal.

Refuta-se a tese de inconstitucionalidade material invocada neste recurso (por ofensa à proibição da proteção deficiente), pois a alteração legislativa que culminou na revogação do citado § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, não deixou desabrigado qualquer direito fundamental, na medida em que a reforma não descriminalizou o crime de roubo (com emprego de arma branca), tendo ocorrido apenas a exclusão da majorante (causa de aumento de pena).

Iniciada a execução, ainda que provisória, compete ao juízo da execução o prosseguimento que se revelar necessário, consoante artigo 66 da LEP, inclusive quanto à progressão de regime, incidentes e demais benesses que se afigurarem cabíveis. Inexiste, pois, violação ao artigo 185 do referido diploma legal, justamente porque não se vislumbra excesso ou desvio de execução, tampouco desrespeito aos limites estabelecidos na sentença condenatória, e sim observância, durante o cumprimento de pena, de posicionamento que em momento posterior revela-se nitidamente favorável ao reeducando e tem sido adotado pelos Tribunais Superiores.

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, contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Ministério Público Estadual interpõe agravo de execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª vara de execução penal da comarca de Campo Grande, que deferiu o pleito da defesa no sentido de afastar a causa de aumento prevista no revogado § 2º, I, do art. 157, do Código Penal.

Em resumo, pretende a declaração de inconstitucionalidade formal (em razão de vício no processo legislativo) e material, por ofensa à proibição da proteção deficiente, de forma incidental, concernente ao art. 4º, da Lei nº 13.654/18, que revogou a causa de aumento prevista no citado dispositivo.

Moisés Ramão, em contrarrazões, bate-se pelo desprovimento do recurso da acusação (f. 60-66).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso ministerial (f. 76-87).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que deferiu o pleito da defesa no sentido de afastar a causa de aumento prevista no revogado § 2º, I, do art. 157, do Código Penal.

Conforme relatado, pretende a declaração de inconstitucionalidade formal (em razão de vício no processo legislativo) e material, por ofensa à proibição da proteção deficiente, de forma incidental, concernente ao art. 4º, da Lei nº 13.654/18, que revogou a causa de aumento prevista no citado dispositivo.

Moisés Ramão, em contrarrazões, bate-se pelo desprovimento do recurso da acusação (f. 60-66).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso ministerial (f. 76-87).

Dentre as inovações trazidas pela Lei 13.654/2018, situa-se o § 2º-A, acrescido ao artigo 157 do Código Penal, concernente ao aumento de pena correspondente a 2/3 (dos terços), quando o delito se concretizar mediante o emprego de arma de fogo ou quando for caso de destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo, que cause perigo comum.

Verificou-se, também, revogação do disposto no inciso I, do § 2º, do referido dispositivo legal, que abordava o aumento de pena quando a violência ou ameaça fosse exercida com o emprego de arma, mesmo que branca.

A matéria versada, entretanto, passou a suscitar divergências, notadamente quanto à suposta inconstitucionalidade formal do preceito normativo que revogou a majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, uma vez que teria ocorrido afronta ao devido processo legislativo na tramitação do projeto de lei (PLS 149/2015), que resultou na promulgação da Lei 13.654/2018.

Em que pese a divergência que vem se travando sobre o assunto, filio-me à jurisprudência firmada na 3ª Câmara Criminal deste Sodalício, que, recentemente, assim decidiu:

“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO ABORDADA NO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 4º DA LEI 13.654/18 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – TESE NÃO ACOLHIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Como cediço, a Lei 13.654/2018 revogou o disposto no inciso I, § 2º, do artigo 157, do Código Penal, que abordava o aumento de pena quando a violência ou grave ameaça fosse exercida com o emprego de arma, mesmo que branca. Como corolário, tratando-se de superveniência de novatio legis in mellius, enfim, nova lei mais benéfica, inevitável que retroaja para beneficiar o réu, ex vi do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Não há falar em inconstitucionalidade formal, em que pese o respeito devido à divergência, posto que a revogação da majorante, além de constar no texto original, remanesceu no texto final aprovado pela CCJ no Senado Federal, constando, ainda, posteriormente, no PL 9.160/2017 aprovado pela Câmara dos Deputados, bem como no Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, aprovado, em sua integralidade, pelo Senado Federal.

Iniciada a execução, ainda que provisória, compete ao juízo da execução o prosseguimento que se revelar necessário, consoante artigo 66 da LEP, inclusive quanto à progressão de regime, incidentes e demais benesses que se afigurarem cabíveis. Inexiste, pois, violação ao artigo 185 do referido diploma legal, justamente porque não se vislumbra excesso ou desvio de execução, tampouco desrespeito aos limites estabelecidos na sentença condenatória, e sim observância, durante o cumprimento, de posicionamento que em momento posterior revela-se nitidamente favorável ao reeducando e tem sido adotado pelos Tribunais Superiores.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões contra o parecer, recurso conhecido e provido. (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0006550-68.2018.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 10/08/2018, p: 14/08/2018).

Do mencionado acórdão, de relatoria do Des. Jairo Roberto de Quadros, colho os seguintes excertos como razão de decidir, *in verbis*:

“ (...) Sustenta-se que no texto final do PLS 149/2015, aprovado inicialmente pelos parlamentares integrantes da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, não constava qualquer dispositivo revogando a majorante do emprego de arma (lato sensu), estampada posteriormente no artigo 4º da Lei 13.654/2018.

Aduz-se, inclusive, que a Coordenação de Redação Legislativa do Senado Federal teria indevidamente inserido o dispositivo no projeto de lei, em desacordo com o que havia sido efetivamente aprovado pelo Plenário daquela comissão, dando margem, assim, à inconstitucionalidade formal por suposta afronta ao artigo 65 da Constituição Federal.

Respeitado posicionamento diverso, é de se ver que a gênese da discussão concerne a equívoco dos responsáveis pela publicação no diário do Senado Federal da matéria aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Ocorre que no dia 24/3/2015 foi protocolado o Projeto de Lei 149/2015, que concomitantemente criava, de um lado, duas novas causas de aumento de pena aos crimes de roubo com emprego de arma de fogo e destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 1º) e, de outro, revogava a majorante inculpada no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (artigo 3º).

Desponta, assim, que desde o início, desde a proposta inicial, se abordava a revogação da causa de aumento em tela, prevista no inciso I, § 2º, do artigo 157 em comento.

O projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), oportunidade em que o relator, senador Antonio Anastasia, emitiu parecer pela aprovação, tal qual apresentada pelo proponente.

Em sessão realizada no dia 13/9/2017, após a leitura do relatório, foi concedida vista aos senadores Eduardo Amorim e Vanessa Grazziotin, não se vislumbrando, portanto, nessa ocasião, qualquer deliberação acerca do mérito.

Retornando à pauta, a senadora Simone Tebet então apresentou a Emenda Aditiva 1, a qual não estampou qualquer alteração à proposta original, notadamente acerca da

revogação da majorante espelhada no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal. Naquela mesma sessão, o senador Antonio Anastasia reformulou seu relatório, acolhendo a emenda que foi proposta, e, posteriormente, o Plenário aprovou o texto do projeto de lei, Parecer 141/2017.

No entanto, o referido parecer, ao ser publicado no diário do Senado Federal, por algum lapso, deixou de estampar o dispositivo que constava na proposta aprovada e que previa, consoante salientado alhures, a revogação do artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal.

De toda forma, na sequência, verificou-se o encaminhamento à Comissão de Redação Legislativa, a qual, nessa linha, recebeu o texto tal como aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ou seja, contendo o dispositivo que revogava a majorante em tela. E, assim, vislumbrou-se oportunamente encaminhamento à Câmara dos Deputados, convertendo-se no PL 9.160/2017, ao qual se apensou o PL 5.989/2016, de autoria do deputado Severino Ninho, que já trazia apensado o PL 6.737/2016.

O Plenário da Câmara dos Deputados, por sua vez, formalizou a aprovação do projeto de lei tal como encaminhado pelo Senado Federal, acrescido, apenas, de um artigo concernente à inutilização de cédulas de moeda corrente depositadas no interior dos caixas eletrônicos em caso de arrombamento.

Nesse contexto, em que pese o respeito devido a entendimento contrário, exsurge que a única alteração feita pela Câmara dos Deputados não afetou nem interferiu na revogação da majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Ao contrário, a derrogação se revelou intocável e prevista no artigo 4º do PL 9.160/2017.

No dia 06/03/2018, o projeto de lei, sob a rubrica Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, retornou à Casa iniciadora e foi aprovado pelo Plenário, com oportuno encaminhamento à sanção presidencial e promulgação.

Resulta que a revogação da majorante, além de constar no texto original, remanesceu no texto final aprovado pela CCJ no Senado Federal, constando, ainda, posteriormente, no PL 9.160/2017 aprovado pela Câmara dos Deputados, bem como no Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, aprovado, em sua integralidade, pelo Senado Federal (...)"

Desta forma, constatada a revogação do inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, que previa causa de aumento de pena ao crime de roubo quando o agente utilizasse arma (ainda que branca), é de rigor a aplicação na *novatio legis in melius*, vale dizer, sendo a lei nova mais benéfica (13.654/18), deve retroagir para beneficiar o réu.

A propósito, cito jurisprudência recente do STJ:

HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA – EMPREGO DE ARMA BRANCA (CANIVETE) – LEI Nº 13.654/18 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – APLICAÇÃO EM BENEFÍCIO DO RÉU – PENA-BASE – PERSONALIDADE – CONDUTA SOCIAL – ANÁLISE DESFAVORÁVEL COM FUNDAMENTO EM CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO – INVIABILIDADE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA – DE OFÍCIO.

I (...)

II - a Lei nº 13.654/18 retirou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de novatio legis in melius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, deve retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF e do art. 2º, parágrafo único, do CP.

III - O emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem.

(...) (HC 436.314/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018).

“PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – VETORIAL DOS ANTECEDENTES – DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES – POSSIBILIDADE – AFRONTA AO ART. 5º, XLVII, “B”, DA CF – ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE – EMPREGO DE ARMA BRANCA – AFASTAMENTO – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – LEI 13.654/18 – AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal. 3. A Lei 13.654/18 extirpou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF/88).

4. Recurso parcialmente provido a fim de reduzir a pena imposta ao recorrente ao patamar de 2 anos, 1 mês e 18 dias de reclusão, mais o pagamento de 5 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.” (AgRg no AREsp 1249427/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

Destarte, não vislumbro inconstitucionalidade formal a ser reconhecida, como quer fazer crer o órgão ministerial. Como consequência, em se tratando de *novatio legis in mellius*, inevitável se afigura a incidência do diploma legal enfocado, ainda que retroativamente, com o consequente afastamento da causa de aumento então prevista no inciso I, § 2º, do artigo 157, do Código Penal.

Não se olvide que, iniciada a execução, ainda que provisória, compete ao juízo da execução o prosseguimento que se revelar necessário, consoante artigo 66 da LEP, inclusive quanto à progressão de regime, incidentes e demais benesses que se afigurarem cabíveis.

Não há falar, portanto, em violação ao artigo 185 do referido diploma legal, já que não há excesso ou desvio de execução, tampouco desrespeito aos limites estabelecidos na sentença condenatória, e sim observância, durante o cumprimento de pena, de posicionamento que em momento posterior revela-se nitidamente favorável ao reeducando e tem sido adotado pelos Tribunais Superiores.

Por derradeiro, refuto a tese de inconstitucionalidade material invocada neste recurso (por ofensa à proibição da proteção deficiente), pois a alteração legislativa que culminou na revogação do citado § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, não deixou desabrigado qualquer direito fundamental, na medida em que a reforma não descriminalizou o crime de roubo (com emprego de arma branca), tendo ocorrido apenas a exclusão da majorante (causa de aumento de pena).

Quanto ao prequestionamento, é cediço que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

Aliás, é assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Posto isso, contra o parecer, nego provimento recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 22 de janeiro de 2019.

1ª Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000112-38.2014.8.12.0011/50000 - Coxim

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – TRIBUNAL DO JÚRI – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO É CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO ACOLHIMENTO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA COM BASE EM RESPOSTA AFIRMATIVA DOS JURADOS AO QUESITO GERAL DO ARTIGO 483, INCISO III, DO CPP – JUÍZO DE ÍNTIMA CONVICÇÃO – DECISÃO INSUSCETÍVEL DE CONTROLE RECURSAL – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA QUE, ADEMAIS, NÃO É TOTALMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – RESPEITO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 5º, INC. XXXVIII, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – PREVALÊNCIA DO VOTO MAIS FAVORÁVEL QUE MANTINHA A DECISÃO ABSOLUTÓRIA – RECURSO PROVIDO.

O atual modelo de quesitação pelo qual o Conselho de Sentença decide pela absolvição, respondendo positivamente ao quesito previsto no artigo 483, inciso III, do Código de Processo Penal, em juízo de íntima convicção, torna impossível examinar, em grau recursal, se tal decisão foi ou não manifestamente contrária à prova dos autos, pois desconhecidos os fundamentos efetivamente acolhidos, que poderiam “extrapolar os próprios limites da razão jurídica”.

De todo modo, em atenção à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, prevista no art. 5º, inc. XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, descabe pretender anular a decisão tomada pelo Conselho de Sentença, sob o argumento de contrariedade à prova dos autos, com lastro em uma das vertentes verossímeis, *in casu* a da acusação em detrimento da defensiva de legítima defesa sufragada em plenário.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover os embargos, por maioria, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Agno Sampaio de Sá em face do acórdão não unânime proferido pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos Autos nº 0000112-38.2014.8.12.0011, que deu provimento ao apelo ministerial para anular a sentença proferida pela juíza de direito da Vara Criminal da comarca de Coxim que, em razão do veredicto do Conselho de Sentença, absolveu o acusado da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, c.c. artigo 14, inciso II, do mesmo diploma legal (tentativa de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima).

Postula a prevalência do voto mais favorável, proferido pelo e. Paschoal Carmello Leandro, que negava provimento ao recurso e, assim, preservava a sentença absolutória.

A Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento.

VOTO (20/02/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Agno Sampaio de Sá em face do acórdão não unânime proferido pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos Autos nº 0000112-38.2014.8.12.0011, que deu provimento ao apelo ministerial para anular a sentença proferida pela juíza de direito da Vara Criminal da comarca de Coxim que, em razão do veredicto do Conselho de Sentença, absolveu o acusado da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, c.c. artigo 14, inciso II, do mesmo diploma legal (tentativa de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima).

Segundo consta, em primeira instância o recorrente foi denunciado com base nas seguintes asserções:

“(...) no dia 10 de dezembro de 2013, aproximadamente a 20h:00min., na Fazenda Pedra Bonita, há 22 km da cidade de Coxim, nesta comarca, o denunciado Agno Sampaio de Sa, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com inequívoco animus necandi tentou matar Ramão dos Santos Lopes, mediante recurso que dificultou sua defesa, somente não se consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. Segundo infere-se do inquérito policial, no dia, hora e local dos fatos, o denunciado Agno Sampaio de Sa e a vítima Ramão dos Santos Lopes encontravam-se na fazenda em que trabalhavam. Ocorre que, em certo momento Agno, ora denunciado, entrou na casa da fazenda e de posse de uma espingarda disse para a vítima: ‘você vai morrer’ (sic). Ato contínuo, Agno Sampaio de Sa, através de um ataque inesperado e imprevisível, atirou no peito da vítima Ramão dos Santos Lopes. Acionada, a polícia militar efetuou diligências nas imediações da fazenda, oportunidade em que logrou êxito em localizar o denunciado Agno Sampaio de Sá. Preso em flagrante, Agno confessou que atirou contra a vítima Ramão com uma espingarda que fora deixada na fazenda por José Souza de Jesus. Há prova de materialidade e indícios de autoria. Tudo de acordo com o auto de prisão em flagrante (f. 02-07), termos de depoimentos (f. 04-06), termo de interrogatório (f. 07 e 74), auto de exibição e apreensão (f. 09), boletim de ocorrência policial (f. 21-25), termos de declarações (f. 33-42) e laudo pericial (f. 81-86 e f. 95-96) e esquema das lesões de f. 97.”

Pronunciado e submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença respondeu positivamente no tocante aos quesitos relativos à materialidade (primeiro), autoria delitiva (segundo) e ao início do crime de homicídio que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu (terceiro). O quarto quesito, sobre se o acusado deveria ser absolvido, foi respondido de modo afirmativo, considerado o escore de quatro a um (f. 438).

Irresignado, o MPE recorreu alegando que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, tese que foi acolhida pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, em decisão não unânime, nos termos voto proferido pelo Des. Emerson Cafure, a seguir reproduzido:

“(...) Com a devida vênia ao entendimento do Conselho de Sentença, tenho que assiste razão ao órgão ministerial.

Em sede judicial, o apelado declarou que estavam todos os funcionários da fazenda, sentados, e bebendo, extraindo-se (f. 141-142 – arquivo audiovisual - sistema SAJ):

“(...) 00:43 min.

Magistrada: o que que aconteceu, então, sr. Agno, nesse dia 10 de dezembro de 2013, às 20h na Fazenda Pedra Bonita?

Interrogado: que que aconteceu foi que nós chegamos do serviço, aí eu fui pra cozinha fazer a janta, aí cheguei lá e o Ramão Lopes tinha jogado as coisas da cozinha fora, aí eu fui reclamar pra ele, aí ele pegou um facão e 'ameaçou eu' falando que ia me matar dormindo!

Magistrada: (...) vocês estavam bebendo juntos? Onde? Em que parte da Fazenda?

Interrogado: tava sim senhora, no alojamento.

Magistrada: No alojamento. Você, o Ramão e quem?

Interrogado: Eu, o Ramão, um outro Ramão Clayton e mais um rapaz que tava lá que eu não sei o nome dele. Só...

Magistrada: o Ademilson tava com vocês também?

Interrogado: É esse Ademilson.

Magistrada: Tá. Aí vocês estavam bebendo lá? Em que momento que começou? Vocês discutiram?

Interrogado: é, ele já tinha ameaçado esse outro Ramão aí, nisso, ele já tinha ameaçado eu também. Aí, nesse dia eu fiquei... Eu vi que ele pegou a faca aí, eu entrei dentro da casa, aí eu peguei a espingarda e atirei nele.

Magistrada: Tá, então, vocês estavam sentados, bebendo. E o que que ele falou pro senhor antes de pegar a faca?

Interrogado: ele falou que aquele dia eu não ia escapar, não, que era o dia de eu morrer porque ele ia 'matar eu' dormindo!

Magistrada: Ele disse isso? Nesse mesmo dia aqui? No dia 10 de dezembro?

Interrogado: Disse. Nesse mesmo dia.

Magistrada: Mas, por qual motivo ele disse isso? Vocês já tinham tido um desentendimento antes?

Interrogado: Já, ele já tinha desentendido comigo no pantanal. Na fazenda Maria Bonita.

Magistrada: Que que aconteceu?

Interrogado: Ah, lá foi pelo mesmo motivo. Ele bebeu umas cachaça lá e aí chegou um caminhão pra nós descarregar aí eu chamei ele e ele achou ruim.

Magistrada: E ele chegou a te ameaçar dessa vez?

Interrogado: Chegou a me ameaçar, aí eu peguei e fui até embora da Fazenda por causa dele. Deixei ele lá.

Magistrada: Tá, aí nesse dia, então quando vocês estavam bebendo ele disse que ia matar o senhor dormindo?

Interrogado: ia matar eu dormindo, e nisso ele pegou um facão.

Magistrada: Aí, ele levantou e pegou um facão?

Interrogado: Do lado dele, né... Ele pegou e puxou pro lado dele e pôs do lado dele e ficou com a mão em cima do facão.

Magistrada: Tá. Mas, esse facão já estava com ele ou ele pegou de algum lugar?

Interrogado: Já tava com ele.

Magistrada: já tava com ele e continuou sentado?

Interrogado: Continuou sentado.

Magistrada: E o que aconteceu depois?

Interrogado: Aí eu tava em pé, entrei dentro da casa, peguei a espingarda, voltei e atirei nele!

Magistrada: Mas, essa espingarda era sua?

Interrogado: Não, senhora!

Magistrada: ela era de quem?

Interrogado: Era de um ex empregado que trabalhava lá e que foi mandado embora.

Magistrada: mas, ela estava onde?

Interrogado: Tava num quarto do alojamento.

Magistrada: ah, então só pra eu entender... Tava num quarto do alojamento e vocês estavam bebendo numa área comum do alojamento? Aí o senhor pegou a espingarda. Ela estava carregada?

Interrogado: Tava carregada.

Magistrada: Aí, o senhor pegou a espingarda e já saiu com ela apontada?

Interrogado: É, já saí com ela apontada já. Do jeito que eu saí, eu apontei pra ele à queima roupa e puxei o dedo.

Magistrada: então, o senhor já saiu do quarto com a espingarda apontada, apontou pro Ramão e já desferiu o tiro? Foi isso?

Interrogado: Foi isso.

Magistrada: E nisso ele estava sentado?

Interrogado: Aí, ele levantou e correu atrás de mim com o facão.

Magistrada: Depois do tiro?

Interrogado: Sim, senhora!

Magistrada: Tá, mas, quando o senhor desferiu o tiro, ele estava sentado de frente?

Interrogado: Tava sentado de lado.

Magistrada: Ele viu o senhor saindo com a arma?

Interrogado: Não deu tempo de ele ver eu saindo, porque se ele visse, ele tinha me machucado com o facão!

Magistrada: Então, quando o senhor desferiu esse tiro, ele estava sentado e não tinha te visto?

Interrogado: Tava sentado.

(...) 05:52

Magistrada: Ele chegou a te xingar de vagabundo e filho da puta?

Interrogado: Xingou de tudo quanto é nome lá!

Magistrada: Vocês chegaram a discutir, antes de você pegar essa arma e dar um tiro?

Interrogado: Discutimos bastante!

Magistrada: Discutiram em voz alta, tudo, mas não chegaram a entrar em luta corporal?

Interrogado: Em voz alta.. Não, não senhora!

(...)

Magistrada: E o Ramão (a vítima), ele tinha o costume de andar armado?

Interrogado: Ele andava com o facão, direto!

Magistrada: E o senhor, andava armado?

Interrogado: Não! Nunca andei.

Magistrada: Vocês estavam alcoolizados? Tinham ingerido bastante bebida alcoólica?

Interrogado: Tinha tomado uns 2 litros de pinga já, nós três ne...

Dada a palavra ao MP.

09:32 min

MP: Lá é costume o pessoal ter faca lá na Fazenda? Os funcionários?

Interrogado: Como toda fazenda, todo mundo usa faca lá, senhor!

MP: Além do Ramão vítima os outros também estavam com faca lá?

Interrogado: Não, os outros não! Só o Ramão.

MP: Só o Ramão que tava com a faca? Mas, ele sempre tinha essa faca lá?

Interrogado: Sempre tinha, e sempre ele ameaçava a gente lá com essa faca!

MP: E ele usava essa faca pra trabalho?

Interrogado: Acho que usava, só via ele no trabalho com essa faca ne? Que a gente só chegava a tarde no alojamento. Toda tarde era de costume beber uma cachaça...

MP: Então, sempre no trabalho ele tava com essa faca? Ele usava no trabalho lá?

Interrogado: Sempre no trabalho. Usava direto.

(...)

10:36min

MP: Mas, ele disse que mataria o senhor de noite, dormindo?

Interrogado: Dormindo...

MP: Então, o senhor tinha tempo aí pra ir embora ou pra ligar pra Polícia!

Interrogado: Eu falei, eu falei que eu ia embora. Aí eu falei pro fazendeiro aí ele falou não vai embora não! Fica aí que mais antes o Ramão ir embora do que você! (...) e não tinha telefone pra ligar pra polícia.”

Novamente ouvido em audiência realizada aos 29/07/2015, o acusado ratificou as declarações do seu interrogatório anterior (f. 424-426), porém, com algumas contradições entre as duas falas.

Afirmou que “seu pai” é que falou que a vítima iria matá-lo quando estivesse dormindo. E depois que Ramão Cleyton também disse a mesma coisa. Ou seja, teria sido terceira pessoa que lhe “avisou” da ameaça, sendo que “ele mesmo não chegou a falar” que iria matá-lo.

Disse depois que só estava ele e seu pai, sendo que ele estaria meio adoentado, mas no 1º depoimento disse que seu pai não estava lá, e sim Ramao Clayton e Ademilson.

O motivo da briga também diverge em suas falas: antes disse que era somente pelos copos da cozinha, e depois afirmou que o Ramão (vítima) queria dinheiro pra ver sua filha em Coxim.

Na fala posterior disse que atirou na vítima na hora que ele veio na sua direção, sendo que antes disse que a vitima estava sentada de lado.

Disse primeiro que foi atingido o peito da vítima, e depois já não sabia dizer onde acertou.

Afirmou, ainda, que já saiu atirando com a espingarda.

A questão a ser debatida é quanto à decisão do Conselho de Sentença ter sido contrária à prova dos autos.

O conselho de sentença reconheceu que o acusado tentou matar a vítima Ramão dos Santos Lopes, apenas não se consumando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade (por 04 votos a 01 f. 438), contudo, decidiu pela absolvição do acusado, por entender que o mesmo agiu em estado de legítima defesa.

Porém, tal decisão é contrária à prova dos autos, devendo, pois, o recurso ministerial ser provido, pois, em que pese a soberania dos vereditos, não há como absolver o apelante pela legítima defesa.

Agno Sampaio de Sá disparou à queima roupa na vítima, sem que esta tivesse qualquer possibilidade de defender-se, sendo que somente não chegou a falecer, por circunstâncias alheias à vontade do apelante.

E não se provou qualquer luta corporal, sendo que o próprio acusado afirmou que a vítima sempre andava com o facão para usar na lida do trabalho que realizavam.

Não se viu qualquer indício de legítima defesa, pois as provas não indicam qualquer prévia luta corporal, nem situação especial de ameaça, pois o próprio recorrido afirmou que a vítima sempre andava com o facão para usar na lida do trabalho que realizavam, e que isso normal entre as pessoas que trabalhavam em Fazenda.

Por outro lado, afirmou o recorrido que já saiu atirando com a espingarda, e que o tiro fora “à queima-roupa”. Ficou evidente pela prova que tal arma estava em outro local e o recorrido lá foi buscá-la, não estava ela próxima a ser usada, em situação de perigo, mas ao invés, foi buscada pelo recorrido.

Ademais, em interrogatórios distintos, o acusado apresentou versões diferentes sobre

as ameaças sofridas, sendo que, na 1ª delas afirmou que teria sido ameaçado de morte pela vítima no momento da discussão, e, depois, na 2ª audiência em que fora ouvido, disse que “seu pai” lhe falou que a vítima “iria lhe matar enquanto estivesse dormindo”. Assim, sequer a suposta ameaça sofrida que o recorrido invocou como justificativa para o “temor” de ser assassinado foi relatada de forma firme e coerente em ambas as oportunidades.

A decisão que acolheu a tese de legítima defesa, redundando em absolvição, mostrou-se contrária à prova dos autos, que, como antes exposto, não demonstra a presença de nenhum dos requisitos da excludente supra, quais sejam: injusta agressão, atualidade ou iminência, uso moderado, e meios necessários.

Partindo para analisar outras provas, vê-se que elas não amparam a legítima defesa acolhida.

O policial militar Edoardo Inacio Pereira sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, relatou o que segue na primeira fase do júri (sistema audiovisual):

“(…) que é policial militar; que participou da ocorrência no dia dos fatos; que no dia dos fatos, foram acionados pelo corpo de bombeiros; que chegaram até o local e os bombeiros já estavam saindo com a vítima da fazenda; que recolheram a arma do crime; que saíram à procura do Agno no dia do crime; que estavam todos reunidos na fazenda; que Agno apareceu de posse de uma espingarda e atirou contra o Ramão; que a motivação do crime seria o fato de que estavam todos ingerindo cachaça; que tiveram um desentendimento lá e o Agno foi até um quarto, pegou uma espingarda e atirou contra Ramão; que segundo o proprietário da fazenda, a arma pertencia a um outro trabalhador que havia sido mandado embora; que a arma estava exposta no alojamento escorada num canto lá; que não tem conhecimento se Agno e Ramão já tiveram algum desentendimento; que acredita que a vítima não teve chance de se defender, pois o tiro foi a queima roupa; que pela dinâmica dos fatos, o acusado chegou pela lateral esquerda da vítima (…)

Ficou evidente pela prova que tal arma estava em outro local e o recorrido lá foi buscá-la, não estava ela próxima a ser usada, em situação de perigo, mas ao invés, foi buscada pelo recorrido.

As declarações foram corroboradas na fase judicial na audiência posterior.

(…)

Nesse sentido, entendo que há ensejo para reforma, pois se observa, no caso, que os jurados, de fato, decidiram contrariamente às provas dos autos.

A decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, eis que não há qualquer elemento que aponte para o decreto absolutório pela excludente da legítima defesa.

(…)

Analizando cuidadosamente o acervo probatório carreado aos autos, entendo que deve prosperar a pretensão recursal.

À instituição do júri, por força do disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea ‘c’, da Constituição Federal, é assegurada a soberania dos veredictos.

Assim, a decisão do Conselho de Sentença somente deverá ser cassada por ser manifestamente contrária às provas dos autos quando diante de uma aberração, de um erro crasso, o que claramente ocorreu no caso em análise.

Foram reconhecidas pelo júri a autoria e materialidade do delito em razão do robusto conjunto probatório.

In casu, verifica-se que a decisão do júri ao absolver o réu pela legítima defesa não

encontra amparo nas provas constantes dos autos, portanto, sendo decisão dissociada das provas, deve ser invalidada e o recorrido submetido a novo júri.”

Sobrevieram os presentes embargos infringentes, em que o réu postula a prevalência do voto mais favorável, proferido pelo e. Paschoal Carmello Leandro, que negava provimento ao recurso e, assim, preservava a sentença absolutória, com base nos seguintes fundamentos:

“Em que pese o brilhante voto do em. Des. Relator, peço venia para apresentar divergência.

(...)

No caso em tela, percebe-se que a decisão colegiada não se mostra totalmente divorciada da prova dos autos, uma vez que o Conselho de Sentença acolheu a tese que lhe pareceu a mais correta, qual seja a legítima defesa sustentada pelo acusado.

Ouvido em sede inquisitiva, à f. 10, o recorrido asseverou: “(...) somente pegou a arma de fogo, porque Ramão disse que pegaria um facão para agredi-lo; que, ao se apossar da espingarda, saiu na varanda da casa e efetuou disparo contra o tórax de Ramão; (...)”.

No depoimento judicial de f. 141-142 assim aduziu:

“(...) aconteceu que nós chegamos do serviço, e aí eu fui pra cozinha fazer a janta. Ai, cheguei lá, o Ramão Lopes tinha jogado as coisas, copo, essas coisas da cozinha fora. Eu fui falar pra ele, ele pegou um facão e ameaçou eu, falou que ia me matar dormindo. (...)”.

Em plenário (f. 424-426), afirmou:

“(...) Eu tenho a esclarecer que ele tava ameaçando um rapaz que trabalha lá com nós. que nós já tinha ingerido uns três litros de pinga. Eu tava na cozinha, ele jogou fora as coisas da cozinha, copo, essas coisas fora. Ai, depois ameaçou o rapaz, que ia mata o rapaz, o rapaz me falou. Ai, depois ameaçou eu, de mata eu. Ai, meu pai me falou que ele ia me mata dormindo. (...)”.

Corroborando a versão apresentada pelo recorrido, aduziram as testemunhas José Teodoro da Silva e Enoque Souza da Silva, no termo de depoimento em auto de prisão em flagrante delito, às f. 07 e 08, respectivamente, que: “(...), ao ser inquirido, Agno confessou que atirou em Ramão, em razão de uma discussão, durante a ingestão de bebidas alcoólicas e após ter sido ameaçado pela vítima com um facão; (...)”.

Assim, o fato do júri optar por uma das versões verossímeis dos autos, não significa que a decisão seja contrária ao conjunto probatório. Somente aquela decisão que não encontra apoio nenhum na prova dos autos é que pode ser anulada.

Destarte, pelo exame de todo o contexto probatório, não há como acatar o pleito ministerial, vez que a r. decisão do Conselho de Sentença foi apoiada nos elementos colhidos na instrução criminal, devendo por esta razão, ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.”

Pois bem, inicialmente é preciso recordar que a quesitação hoje existente, em que uma única pergunta sobre se o réu deve ser absolvido, garante ao jurado a possibilidade de absolvê-lo com base no mais amplo juízo de íntima convicção, ou seja, sem adstrição às teses apresentadas pela defesa em plenário.

Vale dizer, o Conselho de Sentença pode acolher quaisquer das teses defensivas sustentadas ou mesmo absolver o réu por pura clemência (nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Revista dos Tribunais, p. 483).

Sobre o tema, o e. Ministro Celso de Mello, membro do Supremo Tribunal Federal, exarou em decisão monocrática o seguinte:

“(...) Com efeito, não se pode ignorar a existência de expressiva orientação jurisprudencial no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.689/2008, os jurados teriam passado a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos, em sua razão de decidir, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica (Apelação nº 0008366-51.2007.8.26.0400, Rel. Des. Newton Neves, TJSP – Apelação-Crime nº 70034122390, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, TJRS – Apelação Criminal nº 2004.01.1.085323- -9, Rel. p/ o acórdão Des. João Timóteo de Oliveira, TJDFE – Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70049995897, Rel. p/ o acórdão Des. Marcel Esquivel Hoppe, TJRS – HC 200.440/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, STJ) (...)” (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.076).

Assim, malgrado em plenário a defesa técnica tenha se limitado à alegação de legítima defesa, é possível que a decisão dos jurados pela absolvição do réu ocorreu por motivos alheios e desconhecidos.

Noutros termos, se os juízes de fato, mesmo reconhecendo a autoria e materialidade delitivas, mas atendendo à sua íntima convicção concluíram que o denunciado, por determinada razão, não deveria ser condenado, não há como infirmar a decisão julgando-a manifestamente contrária à prova dos autos.

Logo, sendo desconhecidos os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença, que poderiam “extrapolar os próprios limites da razão jurídica” (cf. Ministro Celso de Mello, *RHC 117076*), resta inviável a pretensão recursal.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado do e. Tribunal Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“(...) Quanto a um dos acusados, restou absolvido em razão da resposta negativa oferecida pelos jurados ao terceiro quesito, assim escrito: ‘O jurado absolve o réu (...)?’ Ou seja, como referido no acórdão, mesmo entendendo que tal imputado desferiu tiros contra a vítima (resposta positiva ao segundo quesito), os juízes de fato optaram pela sua absolvição. Logo, se os juízes de fato, mesmo entendendo que a conduta injusta denunciada foi praticada sem estar abarcada por qualquer excludente de ilicitude e culpabilidade, mas atendendo à sua íntima convicção concluíram que o denunciado, por determinada razão, é merecedor de perdão, não sendo necessária à sociedade a punição de seu comportamento, não há como esta Corte examinar se tal decisão foi ou não manifestamente contrária à prova dos autos, pois de caráter subjetivo dos jurados. Não se trata, como alegou o órgão ministerial em seus embargos declaratórios, simplesmente de quebrar-se ou não o princípio constitucional da soberania dos veredictos, pois consabido que tal soberania é relativa. Cuida-se, na verdade, da impossibilidade de o órgão ministerial apelar fazendo uso da alínea ‘d’ do inciso III do art. 593 da Lei Processual Penal, quando o acusado resta absolvido com base no quesito genérico de absolvição, trazido pela Lei 11.689/2008 (...)” (Apelação Criminal nº 70036400778–EDcl, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira)

Partindo de idênticas premissas, há quem entenda ser incabível a utilização do recurso de apelação com base no art. 593, III, d, contra a decisão absolutória, sendo este recurso, em consequência, exclusivo da defesa para atacar decisão condenatória. Consoante ensinam Adel El Tasse e Luiz Flávio Gomes,

“(...) o atual modelo de quesitação existente, pelo qual o Conselho de Sentença decide sobre a absolvição com total distanciamento de questionamentos técnico-jurídicos, mas atuando em acordo com o livre convencimento íntimo de forma plena, respondendo a quesito geral sobre se o acusado deve ser absolvido ou condenado, faz com que a decisão absolutória não seja passível de qualquer tipo de controle recursal pela acusação, pois insuscetível de análise quanto aos seus fundamentos, que podem, inclusive, decorrer do perdão social pelo fato praticado” (Processo Penal IV: júri. Saraiva, 2012. p. 161/165).

De todo modo, conforme bem assentado no voto dissidente, a tese de legítima defesa tem por base a autodefesa apresentada pelo réu em interrogatório judicial, sendo, ademais, corroborada por depoimento de duas testemunhas. Assim, a decisão dos jurados não é totalmente divorciada das provas dos autos.

Constata-se que os representantes do Ministério Público Estadual de primeira e segunda instância promoveram amplo cotejo das provas dos autos para tentar infirmar a tese de legítima defesa.

Todavia, referida argumentação deveria ocorrer por ocasião da sessão do julgamento, antes, portanto, de o veredicto ser prolatado pelo júri. E se o Conselho de Sentença, juiz natural da causa, mesmo diante de tal exposição resolveu absolver o réu, agindo *secundum constientia* e conformidade com o princípio da íntima convicção, não cabe ao Tribunal de Justiça reexaminar as provas para substituir tal entendimento, sob argumento de que existem provas mais robustas em favor da acusação.

Destarte, deve prevalecer o voto minoritário que mantinha a sentença que absolveu o réu da acusação de ter praticado o delito no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, c.c. artigo 14, inciso II, do mesmo diploma legal (tentativa de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima).

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto por Agno Sampaio de Sá a fim de fazer prevalecer mais favorável, proferido pelo e. Des. Paschoal Carmello Leandro, que negava provimento ao recurso ministerial e, assim, preservava a sentença absolutória.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1º vogal)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Agno Sampaio de Sá em face do acórdão não unânime proferido pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos Autos nº 0000112-38.2014.8.12.0011, que deu provimento ao apelo ministerial para anular a sentença proferida pela juíza de direito da Vara Criminal da comarca de Coxim que, em razão do veredicto do Conselho de Sentença, absolveu o acusado da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, c.c. artigo 14, inciso II, do mesmo diploma legal (tentativa de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima).

O relator, Des. Ruy Celso Barbosa Forense, votou no sentido de prover o recurso interposto pelo embargante, a fim de fazer prevalecer mais favorável, proferido pelo e. Des. Paschoal Carmello Leandro, que negava provimento ao recurso ministerial e, assim, preservava a sentença absolutória.

Após detida análise dos elementos de provas contidos nos autos, bem como os fundamentos exarados pela relatoria em sede de apelação, com a devida vênia, dirijo do e. relator, para rejeitar os embargos infringentes, acompanhando as razões de decidir do voto condutor, da lavra do Des. Emerson Cafure, que por ocasião da apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, votou no sentido de anular o julgamento e submeter o réu a novo júri, cujo teor destaco o seguinte:

“De início, destaco que não ofende o princípio da soberania dos veredictos a decisão de instância revisora que, a despeito da resposta afirmativa dos jurados ao quesito genérico absolutório de questionamento obrigatório (art. 483, III, do CPP), entender que esta não encontra respaldo nas provas existentes no caderno processual.

Caso se considerasse irrecurável a resposta afirmativa ao mencionado quesito, certamente surgiriam situações de flagrante violação à Constituição Federal, pois possibilitaria que o Conselho de Sentença pudesse absolver o réu a qualquer custo, retrocedendo ao direito penal do autor.

Ademais, o princípio da soberania dos vereditos é relativo e encontra limite nos demais direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, como o direito à vida (que restou violado no presente caso), não sendo possível que o Conselho de Sentença simplesmente absolva ao réu, sem qualquer razão de ser, mas apenas por sua soberania constitucionalmente assegurada, sem que isso possa ser objeto de reapreciação, ainda que uma única vez, pelo tribunal competente.

Esse, a propósito, é o entendimento assente na jurisprudência do c. STJ, in verbis:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – ENTENDIMENTO DO RELATOR RESSALVADO – NOVO ENTENDIMENTO ADOTADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – HOMICÍDIO – TENTATIVA – ART. 121, § 2º, II, III E IV, C/C O ART. 14, II, ART. 129 E ART. 147, TODOS DO CP, EM SUA TOTALIDADE EM CONCURSO MATERIAL, NOS TERMOS DO ART. 69 DO CP – REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI – ABSOLVIÇÃO – QUESITAÇÃO – ART. 483, III, DO CPP – CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS QUESITOS – TRIBUNAL DE ORIGEM CASSOU DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA – VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se, no Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença pode absolver o réu em razão do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal - garantia constitucional da plenitude de defesa -, mesmo diante da confirmação da autoria, da materialidade e do elemento volitivo, e quando inexistente pedido expresso nesse sentido, formulado pela defesa ou pela promotoria. 2. Com a ressalva do Relator, a anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos, pelo Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, III, d, do CPP), não viola a soberania dos veredictos. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1739171/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018 - grifo nosso).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – JURI – DECISÃO ABSOLUTÓRIA DOS JURADOS – APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 593, III, 'D', DO CPP – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – CASSAÇÃO DA SENTENÇA – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS – ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA – REVISÃO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA – ORDEM NÃO CONHECIDA. I - O Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. II - A anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos, pelo Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal), não viola a soberania dos veredictos. III - Negar ao Ministério Público o direito ao recurso nas hipóteses de manifesto descompasso entre o veredicto popular e a prova dos autos implicaria violação à garantia do devido processo legal, que contempla, dentre outros elementos indispensáveis a sua configuração, o direito à igualdade entre as partes. (STF - HC 111207, Segunda Turma, Relª. Ministra Cármen Lúcia, SJe 17/12/2012). IV - Inviável, na esfera do habeas corpus, o reexame da matéria fático-probatória. Ordem não conhecida. (HC nº 323.409/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 8/3/2018 – grifo nosso)

Mesmo que a opção dos jurados, no exercício da íntima convicção, não tenha sido motivada pelas teses defensivas sustentadas em plenário, ligando-se, por exemplo, ao sentimento de justiça, clemência ou compaixão, ainda assim deve haver congruência entre o decidido e os elementos probatórios, sob pena de nulidade da decisão.

No caso, a situação retratada na espécie, adiante, reflete exatamente essa excepcionalidade, a qual permite o encaminhamento do apelado a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

Na fase de instrução processual, o apelado declarou que estavam todos os funcionários da fazenda sentados e bebendo, quando então a vítima teria lhe ameaçado de morte dizendo que lhe mataria enquanto estivesse dormindo (arquivo audiovisual, f. 141-142):

“(...) 00:43 min.

Magistrada: o que aconteceu, então, sr. Agno, nesse dia 10 de dezembro de 2013, às 20h na fazenda Pedra Bonita?

Interrogado: que aconteceu foi que nós chegamos do serviço, aí eu fui pra cozinha fazer a janta, aí cheguei lá e o Ramão Lopes tinha jogado as coisas da cozinha fora, aí eu fui reclamar pra ele, aí ele pegou um facão e ‘ameaçou eu’ falando que ia me matar dormindo!

Magistrada: (...) vocês estavam bebendo juntos? Onde? Em que parte da fazenda?

Interrogado: tava sim senhora, no alojamento.

Magistrada: No alojamento. Você, o Ramão e quem?

Interrogado: Eu, o Ramão, um outro Ramão Clayton e mais um rapaz que tava la que eu não sei o nome dele. Só...

Magistrada: o Ademilson tava com vocês também?

Interrogado: É esse Ademilson.

Magistrada: Tá. Aí vocês estavam bebendo la? Em que momento que começou? Vocês discutiram?

Interrogado: é, ele já tinha ameaçado esse outro Ramão aí, nisso, ele já tinha ameaçado eu também. Aí, nesse dia eu fiquei... Eu vi que ele pegou a faca aí, eu entrei dentro da casa, aí eu peguei a espingarda e atirei nele.

Magistrada: Tá, então, vocês estavam sentados, bebendo. E o que que ele falou pro senhor antes de pegar a faca?

Interrogado: ele falou que aquele dia eu não ia escapar, não, que era o dia de eu morrer porque ele ia ‘matar eu’ dormindo!

Magistrada: Ele disse isso? Nesse mesmo dia aqui? No dia 10 de dezembro?

Interrogado: Disse. Nesse mesmo dia.

Magistrada: Mas, por qual motivo ele disse isso? Vocês já tinham tido um desentendimento antes?

Interrogado: Já, ele já tinha desentendido comigo no pantanal. Na fazenda Maria Bonita.

Magistrada: Que que aconteceu?

Interrogado: Ah, lá foi pelo mesmo motivo. Ele bebeu umas cachaça lá e aí chegou um caminhão pra nós descarregar aí eu chamei ele e ele achou ruim.

Magistrada: E ele chegou a te ameaçar dessa vez?

Interrogado: Chegou a me ameaçar, aí eu peguei e fui até embora da fazenda por causa dele. Deixei ele lá.

Magistrada: Tá, aí nesse dia, então quando vocês estavam bebendo ele disse que ia matar o senhor dormindo?

Interrogado: ia matar eu dormindo, e nisso ele pegou um facão.

Magistrada: Aí, ele levantou e pegou um facão?

Interrogado: Do lado dele, né... Ele pegou e puxou pro lado dele e pôs do lado dele e ficou com a mão em cima do facão.

Magistrada: Tá. Mas, esse facão já estava com ele ou ele pegou de algum lugar?

Interrogado: Já tava com ele.

Magistrada: já tava com ele e continuou sentado?

Interrogado: Continuou sentado.

Magistrada: E o que aconteceu depois?

Interrogado: Aí eu tava em pé, entrei dentro da casa, peguei a espingarda, voltei e atirei nele!

Magistrada: Mas, essa espingarda era sua?

Interrogado: Não, senhora!

Magistrada: ela era de quem?

Interrogado: Era de um ex empregado que trabalhava lá e que foi mandado embora.

Magistrada: mas, ela estava onde?

Interrogado: Tava num quarto do alojamento.

Magistrada: ah, então só pra eu entender... Tava num quarto do alojamento e vocês estavam bebendo numa área comum do alojamento? Aí o senhor pegou a espingarda. Ela estava carregada?

Interrogado: Tava carregada.

Magistrada: Aí, o senhor pegou a espingarda e já saiu com ela apontada?

Interrogado: É, já sai com ela apontada já. Do jeito que eu saí, eu apontei pra ele à queima roupa e puxei o dedo.

Magistrada: então, o senhor já saiu do quarto com a espingarda apontada, apontou pro Ramão e já desferiu o tiro? Foi isso?

Interrogado: Foi isso.

Magistrada: E nisso ele estava sentado?

Interrogado: Aí, ele levantou e correu atrás de mim com o facão.

Magistrada: Depois do tiro?

Interrogado: Sim, senhora!

Magistrada: Tá, mas, quando o senhor desferiu o tiro, ele estava sentado de frente?

Interrogado: Tava sentado de lado.

Magistrada: Ele viu o senhor saindo com a arma?

Interrogado: Não deu tempo de ele ver eu saindo, porque se ele visse, ele tinha me machucado com o facão!

Magistrada: Então, quando o senhor desferiu esse tiro, ele estava sentado e não tinha te visto?

Interrogado: Tava sentado.

(...) 05:52

Magistrada: Ele chegou a te xingar de vagabundo e filho da puta?

Interrogado: Xingou de tudo quanto é nome la!

Magistrada: Vocês chegaram a discutir, antes de você pegar essa arma e dar um tiro?

Interrogado: Discutimos bastante!

Magistrada: Discutiram em voz alta, tudo, mas não chegaram a entrar em luta corporal?

Interrogado: Em voz alta. Não, não senhora!

(...)

Magistrada: E o Ramão (a vítima), ele tinha o costume de andar armado?

Interrogado: Ele andava com o facão, direto!

Magistrada: E o senhor, andava armado?

Interrogado: Não! Nunca andei.

Magistrada: Vocês estavam alcoolizados? Tinham ingerido bastante bebida alcoólica?

Interrogado: Tinha tomado uns 2 litros de pinga já, nós três ne...

Dada a palavra ao MP.

09:32 min

MP: Lá é costume o pessoal ter faca lá na fazenda? Os funcionários?

Interrogado: Como toda fazenda, todo mundo usa faca lá, senhor!

MP: Além do Ramão vítima os outros também estavam com faca la?

Interrogado: Não, os outros não! Só o Ramão.

MP: Só o Ramão que tava com a faca? Mas, ele sempre tinha essa faca la?

Interrogado: Sempre tinha, e sempre ele ameaçava a gente la com essa faca!

MP: E ele usava essa faca pra trabalho?

Interrogado: Acho que usava, só via ele no trabalho com essa faca ne? que a gente só chegava a tarde no alojamento. Toda tarde era de costume beber uma cachaça...

MP: Então, sempre no trabalho ele tava com essa faca? Ele usava no trabalho la?

Interrogado: Sempre no trabalho. Usava direto.

(...)

10:36min

MP: Mas, ele disse que mataria o senhor de noite, dormindo?

Interrogado: Dormindo...

MP: Então, o senhor tinha tempo aí pra ir embora ou pra ligar pra polícia!

Interrogado: Eu falei, eu falei que eu ia embora. Aí eu falei pro fazendeiro aí ele falou não vai embora não! Fica aí que mais antes o Ramão ir embora do que você! (...) e não tinha telefone pra ligar pra polícia.”

Já no Tribunal do Júri, o apelado ratificou as declarações do seu interrogatório anterior, porém com algumas contradições, a saber (arquivo audiovisual, f. 424-426).

De acordo com a segunda declaração, o apelado teve ciência da suposta ameaça de morte feita pela vítima por intermédio de seu pai e de Ramão Cleyton, portanto não teria sido uma ameaça direta no momento da discussão, como dito inicialmente.

Nessas duas falas, o apelado disse já ter tido um entreevero com a vítima em outra fazenda, porém diverge quanto à suposta discussão ocorrida no dia dos fatos: antes contou que se tratou de uma desavença pela louça da cozinha; depois, pelo fato de a vítima ter solicitado adiantamento de valores pelo trabalho realizado.

A conduta da vítima ficou igualmente incoerente: na primeira fala, o apelado afirmou que ela estava sentada com o facão junto ao corpo e que o tiro teria sido dado no peito dela; depois, que ela teria vindo em sua direção com o facão e não saber onde o tiro acertou.

Vê-se, de pronto, que nem mesmo os interrogatórios dão sustentação para a tese de legítima defesa, porquanto não se cogita de qualquer prévia luta corporal; o próprio apelado afirmou que a vítima sempre andava com o facão para usar na lida do trabalho, sendo tal circunstância normal entre os demais; e, por fim, o apelado também reconhece que a arma não estava em seu alcance, sendo preciso buscá-la em outro cômodo, e que chegou atirando à queima-roupa.

Ademais, é de se ressaltar, a suposta ameaça sofrida que o apelado invocou como justificativa para o “temor” de ser assassinado não foi relatada de forma firme e coerente nas vezes em que foi ouvido.

Ao se fazer o cotejo dos interrogatórios com as provas constantes dos autos, vê-se, igualmente, a falta de sustentação da tese de legítima defesa acolhida pelo Conselho de Sentença.

A vítima disse, na única vez em que foi ouvida, em plenário (arquivo audiovisual, f. 424-426), que não houve qualquer discussão tampouco existia prévia animosidade com os apelados, tendo este sem qualquer motivo razoável lhe desferido o tiro.

Já segundo os depoimentos das testemunhas, a vítima estava sentada conversando com outros trabalhadores da fazenda com seu facão junto ao corpo como era de costume; a vítima e o réu até tinham certa animosidade, porém não houve luta corporal entre ambos; o réu buscou uma arma e chegou atirando; e somente após esse fato é que a vítima correu atrás do réu com o facão em punho.

(...)

A testemunha presencial Ademilson Reis, na fase policial, afirmou (f. 40):

(...) que, na data dos fatos, por volta das 18h30min, encontrava-se na casa onde fica alojado os peões de empreita, juntamente com Ramão dos Santos Lopes, Agno Sampaio

de Sá e Ramão Cleiton Alves da Silva, ingerindo bebidas alcoólicas, tipo pinga, que, Ramão Cleiton encontrava-se fazendo a janta e Hélio Pereira ainda não havia retornado do serviço; quem em dado momento, Ramão Cleiton entrou para ver a comida, e Ramão dos Santos e Agno passaram a discutir; que o declarante ouviu Ramão dizer para Agno que iria ‘matá-lo quando estivesse dormindo’, momento em que Agno adentrou a casa; que, o declarante e Ramão continuaram a conversar, instante em que Agno de posse de uma espingarda, mirou para Ramão e efetuou um disparo, acertando o tórax de Ramão; que, após o disparo Agno largou a arma e saiu correndo, fugindo, e Ramão de posse de sua faca que ficava na cintura, correu atrás de Agno, porém não o encontrou, vindo a cair logo em seguida; que o declarante chamou por Ramão Cleiton, pedindo que o ajudasse com Ramão dos Santos, pois o mesmo estava perdendo muito sangue. (...).’

A referida testemunha, na fase judicial, ratificou as informações prestadas perante a autoridade policial, acrescentando que a vítima estava sentada num banco no momento do disparo, de modo que esta somente pegou sua faca depois de ser atingida pelo tiro (f. 141-142).

No mesmo sentido o depoimento extrajudicial da testemunha Ramão Cleiton Alves da Silva, a qual afirmou que, no dia dos fatos, Agno e a vítima ingeriram bebida alcoólica, sendo que, posteriormente, começaram a discutir. Relata o declarante que o mesmo saiu do local para ver a janta e ao retornar ouviu o barulho de um disparo de arma de fogo, bem como Ademilson Reis o chamando para socorrer a vítima.

Por sua vez, o réu, na fase policial, confessou a prática da conduta delitativa, dizendo que “perdeu a cabeça” porque a vítima disse que pegaria um facão para lhe agredir, então o mesmo pegou uma espingarda que sabia estar na casa da fazenda para efetuar os disparos (f. 10).

Em juízo, Agno alegou legítima defesa, dizendo que “a vítima Ramão começou a jogar os copos e, logo em seguida, pegou um facão e começou a lhe ameaçar, dizendo que iria matá-lo dormindo (...) que como viu que Ramão pegou a faca, correu para a cozinha e pegou uma espingarda e atirou nele.” (f. 141-142).

Perante o Conselho de Sentença, o réu relatou versão diversa dos fatos, afirmando que ficou sabendo por meio de terceiros, no caso seu pai e a testemunha Ramão Cleiton, que a vítima tinha lhe ameaçado de morte, dizendo que iria matá-lo dormindo.

Verifica-se, portanto, que a versão apresentada pelo apelante se mostra totalmente inverossímil e contraditória, não passando de meras conjecturas para tentar se furtar da aplicação da pena.

(...)

Portanto, o conjunto probatório revela que o réu não agiu imediatamente e de forma moderada à conduta da vítima. Em verdade, o apelado teve condições de refletir sobre o que estava ocorrendo, mas resolveu ser armar com uma espingarda e disparar contra a vítima, a revelar antes um revide em razão de prévia animosidade entre ambos do que propriamente uma defesa à uma agressão injusta atual ou iminente.

Em face desse contexto, resta a conclusão de que o acolhimento da tese defensiva de legítima defesa se deu com base unicamente nas contraditórias declarações do réu, em clara desconformidade com a prova qualificada existente, sendo assim insustentável.

(...)

Nesse sentido, colhe-se a jurisprudência dos Tribunais:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO CONSELHO DE SENTENÇA – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – ACOLHIMENTO – RECURSO PROVIDO. Não há falar em violação ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, quando a decisão proferida pelo Conselho de

Sentença for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não encontrar amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, do acervo probatório. (TJMS. Apelação nº 0043683-21.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 28/10/2018, p: 31/10/2018).

APELAÇÕES CRIMINAIS – HOMICÍDIO TENTADO – DECISÃO DOS JURADOS BASEADA EM TESE DEFENSIVA SEM RESPALDO PROBATÓRIO – PRESENÇA DE VERSÃO EM SENTIDO OPOSTO – JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – SOBERANIA DO VEREDICTO AFASTADA. JULGAMENTO ANULADO. I - Não viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos a anulação da decisão do Conselho de Sentença que se apoia em tese defensiva sem lastro probatório e com versão em sentido oposto. II - Recurso conhecido e provido. Em parte com o parecer. (TJMS. Apelação nº 0035538-15.2012.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 28/06/2018, p: 29/06/2018).

Em razão do mesmo contexto fático ora delineado, não se pode cogitar da absolvição sob o fundamento da clemência, tese sequer adotada pela defesa em Plenário, mas que ora se considera como implícita ao foro íntimo dos jurados. Em verdade, o seu acolhimento, sem as necessárias provas que lhe deem sustentação, importaria flagrante injustiça e, em consequência, sufragaria o entendimento de que a vida da vítima não possui valor.

Vale mencionar, por oportuno, que o eventual tempo de prisão cautelar é insuficiente para conduzir à absolvição ou mesmo à extinção de punibilidade do agente. Cuida-se de hipótese de extinção ou detração da pena, a ser levada em conta pelo Juízo da Execução.

Portanto, a decisão de absolver o apelado foi manifestamente contrária à prova dos autos, motivo pelo qual calha o inconformismo ministerial e, em consequência, a submissão do apelado a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 593, III, “d”, e § 3º, do CPP.”

Logo, não há como acatar a pretensão defensiva.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito aos presentes embargos infringentes, mantendo o acórdão proferido em seus termos.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Juiz Lúcio Raimundo da Silveira. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram os embargos, por maioria, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

1ª Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000729-71.2015.8.12.0040/50000 - Porto Murtinho
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – DOSIMETRIA DA PENA – ANTECEDENTES NEGATIVOS – AFASTADOS – PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL – RECONHECIDO – RECURSO PROVIDO.

A análise da circunstância judicial dos antecedentes criminais deve observar os mesmos critérios estabelecidos no art. 63 do Código Penal. Assim, não é possível reconhecer a existência de antecedentes negativos com base em condenação criminal transitada em julgado em data posterior ao crime em apuração, pois a vida *anteacta* do acusado deve ser verificada no momento em que cometeu o novo delito, diante da atual prevalência do direito penal do fato e da impossibilidade de admitir-se alteração dessa valoração em razão de condenações definitivas supervenientes, cujo advento é suscetível de sofrer variações no tempo por razões diversas.

Para o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal exige-se que o réu seja primário e a avaliação global dos produtos subtraídos não ultrapasse aquele estabelecido para o salário mínimo à época do fato, a fim de enquadrar-se no conceito de pequeno valor. Além disso, tratando-se de furto qualificado, é necessário que as qualificadoras sejam de ordem objetiva (Súmula 511 do STJ).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover os embargos. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Frank Willian Fernandes em face do acórdão proferido no Recurso de Apelação de nº 0000729-71.2015.8.12.0040 que, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do Relator, vencido o revisor na parte suscitada de ofício.

Postula a prevalência do voto mais favorável, proferido pelo juiz de direito convocado José Eduardo Neder Meneghelli, que afastava a agravante da reincidência, aplicava a causa de diminuição do artigo 155, § 2º, do Código Penal, abrandava o regime prisional inicial para o aberto, substituía a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e afastava o pedido de imediato cumprimento da pena.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Frank Willian Fernandes em face do acórdão proferido no recurso de apelação de nº 0000729-71.2015.8.12.0040 que, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do relator, vencido o revisor na parte suscitada de ofício.

Postula a prevalência do voto mais favorável, proferido pelo juiz de direito convocado José Eduardo Neder Meneghelli, que afastava a agravante da reincidência, aplicava a causa de diminuição do artigo 155, § 2º, do Código Penal, abrandava o regime prisional inicial para o aberto, substituía a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e afastava o pedido de cumprimento imediato da pena.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento.

Segundo consta, em primeira instância o réu foi condenado a 03 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no artigo 155, § 1º, § 4º, II, do Código Penal, haja vista que, segundo a denúncia, no dia 13.06.2015, por volta das 02h20, interior do estabelecimento comercial denominado Mercado do Caio, localizado na Avenida das Laranjeiras, Bairro Jockey Clube, em Porto Murtinho (MS),

“(...) subtraiu para si, mediante escalada, coisas alheias móveis, consistente em 01 (um) kit de ferramentas, marca Tramontina, avaliado em R\$ 500,00 (quinhentos reais); 12 (doze) latas de cerveja, marca Antartica Subzero, avaliadas em R\$ 24,00 (vinte e quatro reais); 02 (dois) cremes dentais, marca Colgate, avaliados em R\$ 10,00 (dez reais); 01 (uma) mortadela de frango, marca Copacol, pesando 500g (quinhentos gramas), avaliado em R\$ 6,00 (seis reais), conforme auto de apreensão encartado a f. 08 e auto de avaliação a f. 28-29, pertencentes à vítima Jorge Marcos Destro Perseguiu”.

O recurso defensivo não foi provido pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos termos do voto proferido pelo e. Des. Paschoal Carmello Leandro. Porém, durante o julgamento, restou vencido o voto da lavra do juiz de direito convocado José Eduardo Neder Meneghelli que igualmente desprovia o apelo mas, de ofício, reajustava a pena e afastava o pedido de imediato cumprimento da pena nos termos seguintes:

“Trata-se de apelação criminal interposta por Frank Willian Fernandes.

Após a análise do processo, de acordo com o relator para negar provimento ao recurso do apelante.

Contudo, de ofício, decoto a agravante da reincidência, uma vez que reconhecida de forma indevida. Vejamos.

Verifica-se que o furto discutido nos presentes autos foi cometido no dia 13 de junho de 2015.

De acordo com a folha de antecedentes (f. 97-99) e consulta ao Sistema de Automação Judicial-SAJ, temos o seguinte:

- 1) Processo: 0000069-19.2011.8.12.0040: pedido de prisão preventiva.*
- 2) Processo 0000078-78.2011.8.12.0040: pedido de busca e apreensão criminal*
- 3) Processo 0000139-36.2011.8.12.0040: pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico*
- 4) Processo 0000249-35.2011.8.12.0040: procedimento especial da lei antitóxicos - condenado por tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas em 23 de janeiro de 2015. Recurso provido em 11 de abril de 2018 para decretar a absolvição.*

5) *Processo 0000249-35.2011.8.12.0040/01: pedido de liberdade provisória (com ou sem fiança) em crimes da lei antitóxicos*

6) *APF. 0000314-54.2016.8.12.0040: decretada a prisão preventiva pela prática de roubo ocorrido em 26 de abril de 2016.*

7) *Processo 0000315-39.2016.8.12.0040: pedido de busca e apreensão criminal*

8) *Processo 0000322-31.2016.8.12.0040 (roubo): fato posterior, ocorrido em 26 de abril de 2016, com trânsito em julgado em 26 de setembro de 2016 (EP 0000452-84.2017.8.12.0040).*

9) *APF 0000372-23.2017.8.12.0040 - decretada a prisão preventiva pela prática de furto ocorrido em 24 de maio de 2017.*

10) *Processo 0000383-52.2017.8.12.0040: condenado por furto ocorrido em 24 de maio de 2017, condenação transitada em julgado em 4/6/2018 (fato posterior)*

11) *Processo 0000615-35.2015.8.12.0040: em andamento*

12) *APF 0000652-62.2015.8.12.0040: prisão em flagrante e concessão de liberdade provisória decorrente de furto discutido nos presentes autos.*

Portanto, à época do delito o apelante não era portador de maus antecedentes em nem reincidente.

Desta forma, de ofício, passo à nova dosimetria da pena.

Mantenho a pena-base em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, que é o mínimo legal e elimino a referência aos antecedentes de Frank Willian.

Na segunda fase, ausentes atenuantes. Decoto a agravante da reincidência, uma vez que o apelante registra apenas condenações posteriores, permanecendo a pena fixada em 2 anos de reclusão e 10 dias multa.

Na terceira fase, presente a causa de diminuição do § 2º do artigo 155 do Código Penal.

De acordo com a denúncia, a res furtiva foi avaliada em R\$ 540,00 (f. 01-02), valor presente também no auto de Avaliação de f. 32.

Na data do delito o valor do salário mínimo era de R\$ 788,00 (Decreto 8.381/2014, D.O.U. de 30/12/2014).

Os critérios para aplicação do furto privilegiado são de natureza objetiva (res furtiva com valor até de um salário mínimo vigente à época do fatos) e subjetiva (réu primário).

O fato do furto ser qualificado pela escalada não afasta o privilégio, conforme Súmula 511, do STJ - É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

Desta forma, considerando a dinâmica do delito, reduzo a pena em 1/3, ficando a mesma em 1 ano e 4 meses de reclusão, 6 dias-multa.

Presente a causa de aumento do § 1º do artigo 155, do Código Penal, exaspera-se a pena em 1/3, ficando definitivamente fixada em 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 8 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

O regime prisional inicial é o aberto.

Sendo o réu primário à época dos fatos e afastada a reincidência, fica substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem aplicadas pelo juízo da Execução Penal.

Por fim, observa-se que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça “ pacificou o entendimento quanto à execução antecipada da pena restritiva de direitos, no sentido de que estas só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos estritos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. (STJ.AgRg no AREsp 800.235/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018)

Ante o exposto:

1) Com o parecer, nego provimento ao apelo.

2) De ofício, decoto a agravante da reincidência, aplica-se a causa de diminuição do artigo 155, § 2º, do Código Penal e abrandam-se o regime prisional inicial para o aberto.

Fica a pena de Frank Willian Fernandes, pela prática do delito descrito no artigo 155, § 2º e § 4º, inciso II, do Código Penal fixada em 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida no regime aberto e 8 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da Execução Penal.

3) Diante da aplicação do artigo 44, do Código Penal, indefiro o pedido da Procuradoria-Geral de Justiça de execução imediata da pena.”

Em seu parecer, a i. PGJ opina pelo não provimento asseverando que, embora o réu não seja reincidente, ele deve ser considerado portador de maus antecedentes, haja vista que:

“(...) embora o voto vencido faça menção ao processo de nº 0000249-35.2011.8.12.0040 e seu provimento para absolvição pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, em consulta à folha de antecedentes (f. 97-99, autos originais) e ao SAJ, verifica-se que o recorrente foi absolvido somente pelo crime de tráfico de drogas. Considerando o trânsito em julgado posterior à data do crime em comento, cabe salientar que conforme reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a condenação por fato anterior ao delito que se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância negativa, a título de maus antecedentes (...)”

Delimitada a controvérsia, cumpre assentar que o recurso merece provimento.

Realmente, conforme bem observado no r. parecer ministerial, nos Autos nº 0000249-35.2011.8.12.0040 o réu foi absolvido tão somente da imputação relativa ao crime de tráfico de entorpecentes, sendo ele definitivamente condenado pelo crime de associação para o tráfico.

Ocorre que, embora o referido delito tenha sido praticado nos meses de outubro e novembro de 2010, o trânsito em julgado da condenação ocorreu somente no dia 06.06.2018.

Isso é relevante porque na minha compreensão circunstância judicial dos antecedentes criminais deve observar os mesmos critérios estabelecidos no art. 63 do Código Penal. Assim, não é possível reconhecer a existência de antecedentes negativos com base em condenação criminal transitada em julgado em data posterior ao crime aqui examinado, pois a vida *anteacta* do acusado deve ser verificada no momento em que cometeu o novo delito, diante da atual prevalência do direito penal do fato e da impossibilidade de admitir-se alteração dessa valoração em razão de condenações definitivas supervenientes, cujo advento é suscetível de sofrer variações no tempo por razões diversas.

Portanto, em que pese a existência de precedentes em sentido contrário, entendo que neste caso concreto os antecedentes do embargante devem ser neutralizados.

Ademais, encontram-se presentes os requisitos do privilégio previsto no § 2º do artigo 155 Código Penal, aqui considerada como causa de diminuição da pena (cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 773).

Consoante se infere, o recorrente é tecnicamente primário e a avaliação global dos produtos subtraídos não ultrapassa aquele estabelecido para o salário mínimo à época do fato, enquadrando-se, portanto, no conceito de pequeno valor, nesse sentido: (AgRg no REsp 1447688/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificou entendimento no sentido de ser possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º). Os únicos requisitos exigidos para aplicação do benefício é que as qualificadoras sejam de ordem objetiva (Súmula 511 do STJ).

Acerca do percentual de redução, analisando o caso concreto, em especial as circunstâncias em que o delito foi cometido (durante a noite e mediante escalada), se mostra proporcional diminuição da pena em 1/3 (um terço).

Assim, deve-se reajustar a pena nos termos do voto dissidente, ou seja, 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão e 8 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

O regime prisional deve ser abrandado para o aberto. Ademais, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução.

Finalmente, descabe a execução provisória de pena restritiva de direitos, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (cf. STJ. AgRg no AREsp 800.235/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018).

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso de Frank Willian Fernandes a fim de fazer prevalecer o voto proferido pelo juiz de direito convocado José Eduardo Neder Meneghelli no apelo subjacente, que afastava a agravante da reincidência, aplicava a causa de diminuição do artigo 155, § 2º, do Código Penal, abrandava o regime prisional inicial para o aberto, substituía a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e afastava o pedido de cumprimento imediato da pena.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram os embargos. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0000874-25.2017.8.12.0019 - Ponta Porã

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – DELITOS DE DISPARO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PLEITO DE AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTAS PRATICADAS EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE POSSE DE ARMA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Deve ser mantida a absorção do delito de posse de arma de fogo pelo crime de disparo de arma de fogo, quando as provas dos autos indicarem que a conduta prevista na primeira norma constitui simples desdobramento da segunda, tendo ambas ocorrido no mesmo contexto fático.

Recurso improvido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de março de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra sentença proferida no juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã que condenou Alzemiro Valenzuela Negrete pela prática do crime previsto no art. 15 da Lei nº 10.826/2003 (disparo de arma de fogo), absolvendo-o do delito previsto no art. 12 da mesma lei (posse irregular de arma de fogo de uso permitido).

Nas razões de f. 135-141 requereu a condenação do apelado pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, afastando-se o princípio da consunção.

As contrarrazões foram apresentadas (f. 145-150).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso (f. 160-164).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida no juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã que condenou Alzemiro Valenzuela Negrete pela

prática do crime previsto no art. 15 da Lei nº 10.826/2003 (disparo de arma de fogo), absolvendo-o do delito previsto no art. 12 da mesma lei (posse irregular de arma de fogo de uso permitido).

Nas razões de f. 135-141 requereu a condenação do apelado pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, afastando-se o princípio da consunção.

As contrarrazões foram apresentadas (f. 145-150).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso (f. 160-164).

O recurso deve ser improvido.

Irreprochável a decisão do colega de instância singela que, em atenção ao princípio da consunção, julgou improcedente a denúncia em relação ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido com base na seguinte fundamentação:

“O réu disse em juízo que efetuou um disparo com a arma de fogo no quintal da casa de sua irmã, onde morava.

Após o disparo ele guardou a arma e foi dormir. Não saiu da casa após o disparo. Não tinha como ele digamos entregar a arma de fogo na polícia. Trata-se de caso clássico de absorção. Qualquer pessoa que efetua o disparo vai ter a posse ou o porte da arma logo em seguida. Ele foi localizado logo após o disparo. Tudo não saiu do mesmo contexto fático. Assim, deve ser responsabilizado apenas pelo disparo de arma.”

De fato, é evidente que, na hipótese, a posse de arma de fogo deve ser absorvido pelo disparo da mesma, já que, conforme bem delineado pelo colega de instância singela, a conduta previsto na primeira norma constitui simples desdobramento da segunda, tendo ambas ocorrido no mesmo contexto, como ficou comprovado na instrução processual e em conformidade com a própria narrativa da denúncia, vejamos:

“Fato 01:

Consta dos autos do Inquérito Policial nº 0000874-25.2017.8.12.0019 que, no dia 30 de janeiro de 2017, por volta das 4h40 da madrugada, o denunciado Alzemiro Valenzuela Negrete disparou a pistola calibre 22, defronte a sua residência, ou seja, nas proximidades de local habitado e de uma via pública, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Fato 02:

Consta, ainda, que no mesmo dia, logo após o disparo retrorreferido, o denunciado Alzemiro Valenzuela Negrete foi surpreendido na posse da pistola transformada para calibre .22, com mais 04 munições intactas, dentro de sua residência, sito na Rua General Marltz, 432, bairro Vila Ministro Salgado Filho, em Ponta Porã, sem autorização e em desacordo com determinação regulamentar e legal.

Conforme restou apurado, na ocasião dos fatos, o denunciado chegou em sua residência e, na frente da casa, disparou a pistola transformada para calibre .22.

Os fatos foram presenciados pelo sobrinho do denunciado, a testemunha Gean Carlos Negrete do Nascimento, que acionou a Polícia Militar.

Os milicianos compareceram ao local, logrando surpreender o denunciado, no interior de sua residência, dormindo na posse da arma de fogo retrorreferida, com mais 04 munições intactas.”

Ora, verifica-se portanto que a própria exordial acusatória narra que o acusado efetuou o disparo de arma de fogo calibre 22 e que, logo após, os milicianos chegaram no local, tendo o surpreendido dormindo juntamente com o referido artefato.

Nesses termos, não há como afastar a consunção, pois o fato do apelado ter sido flagrado na posse da arma de fogo é mera consequência do fato de tê-la disparado alguns momentos atrás, visto que praticadas no mesmo contexto fático.

Nesse sentido a jurisprudência:

POSSE E DISPARO DE ARMA DE FOGO – ARTIGOS 12 E 15 DA LEI Nº 10.826/2003 – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – CONDUTAS PRATICADAS EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO – CONDENAÇÃO EM CONCURSO MATERIAL PELOS DOIS DELITOS – IMPOSSIBILIDADE – ANÁLISE DO CASO CONCRETO. (TJ-SC – APR: 201300111113 SC 2013.001111-3. Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 14/08/2013, Quarta Câmara Criminal. Julgado, Data de Publicação: 02/09/2013 às 07:56.)

Ademais, em caso análogo, o STF decidiu que a posse de arma de fogo após a execução de roubo com seu emprego não é crime autônomo, mas mero desdobramento do crime patrimonial, conforme se verifica no seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PENAL – ROUBO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ARTIGO 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/03 – CONCURSO MATERIAL – DESCABIMENTO – APREENSÃO DA ARMA, EM PODER DO AGENTE, LOGO APÓS O ROUBO PRATICADO COM SEU EMPREGO – CONTEXTO FÁTICO ÚNICO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – ABSORÇÃO DO PORTE ILEGAL DE ARMA PELO CRIME PATRIMONIAL – RECURSO PROVIDO. 1. A posse de arma de fogo, logo após a execução de roubo com o seu emprego, não constitui crime autônomo previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, por se encontrar na linha de desdobramento do crime patrimonial. 2. Recurso provido para o fim de absolver o recorrente da imputação de porte ilegal de arma. (RHC 123399 RJ. Órgão Julgador Primeira Turma. Partes. Publicação DJe-225 Divulg 14-11-2014 Public 17-11-2014. Julgamento 30 de Setembro de 2014. Relator Min. Dias Toffoli).

Logo, correta a decisão que absolveu o réu da imputação pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, restando somente a condenação pelo crime de disparo de arma de fogo.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso ministerial mantendo a sentença de primeiro grau por seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 12 de março de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0003399-20.2016.8.12.0017 - Nova Andradina

Relator em Substituição Legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FURTO QUALIFICADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REJEITADO – CONTUMÁCIA DELITIVA – QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – MANTIDA – IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA – APLICAÇÃO DO ART. 46, DA LEI Nº 11.343/06 – INCABÍVEL – RECURSO IMPROVIDO.

Incabível a aplicação do princípio da insignificância, pois o réu possui condenações com trânsito em julgado em delitos de natureza patrimonial. Considerando-se, pois, que práticas criminosas fazem parte do seu modo de vida, verifica-se de sua conduta significativa ofensividade e reprovabilidade, de modo que seu comportamento não deve ser considerado insignificante e demonstra a necessidade da tutela penal. Precedentes STJ.

Mantém-se a qualificadora do rompimento de obstáculo, devidamente comprovada pelo laudo pericial acostado aos autos, porquanto as provas coligidas demonstram que o acusado arrombou a porta lateral do veículo com a intenção de subtrair os pertences que se encontravam em seu interior.

Para a configuração do delito de furto consumado, basta que a coisa subtraída saia da esfera de vigilância da vítima e ingresse na posse do agente, pouco importando se longo ou breve o espaço de tempo no qual teve a posse mansa e pacífica do bem. Evidenciada a consumação do delito, não há que falar na sua desclassificação para a forma tentada.

O reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, nos termos do art. 45 e 46, da Lei de Drogas, exige que o agente, quando da prática da infração, não seja inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A descrição contida no laudo pericial acostado aos autos, demonstra que ele era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. Não ficou atestado a incapacidade parcial ou plena de entendimento do réu, o que levaria à inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Sentença inalterada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer e negar provimento.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Eunogálito dos Santos Ernesto, em face da sentença de f. 234-242 que o condenou pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do CP, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, em regime semiaberto.

Em suas razões recursais (f. 255-265), o apelante requer sua absolvição com espeque no princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo; a desclassificação do delito na modalidade consumada para a forma tentada e o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 46, da Lei nº 11.343/06.

Em sede de contrarrazões (f. 269-285) o *Parquet* manifestou-se pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 294-304) pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Eunogálito dos Santos Ernesto, em face da sentença de f. 234-242 que o condenou pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do CP, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, em regime semiaberto.

Em suas razões recursais (f. 255-265), o apelante requer sua absolvição com espeque no princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo; a desclassificação do delito na modalidade consumada para a forma tentada e o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 46, da Lei nº 11.343/06.

Passo a analisar

Princípio da Insignificância

Para configuração do delito bagatelar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou ser imprescindível a análise prudente e criteriosa dos seguintes elementos: a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência total de periculosidade social da ação; o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

No caso, não se aplica o princípio da insignificância.

Na hipótese não há que falar em inexpressividade da lesão ao bem jurídico, para fins de considerar materialmente atípica a conduta perpetrada pelo réu, pois o valor da *res furtiva* é de R\$ 730,00 (setecentos e trinta reais) – equivale a aproximadamente 80% (oitenta por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, conforme Decreto nº 8.618/2015 - (auto de avaliação indireta f. 17).

Oportuno ressaltar que o apelante ostenta várias condenações definitivas anteriores por delitos contra o patrimônio (f. 106-116), tratando-se, inclusive, de reincidente específico, o que demonstra a contumácia delitativa.

Considerando-se que a conduta é de significativa ofensividade e reprovabilidade, de forma que o comportamento do recorrente não deve ser considerado insignificante e demonstra a necessidade da tutela penal.

Em situações análogas, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – FURTO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REINCIDÊNCIA – CONTUMÁCIA – MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA – TIPICIDADE MATERIAL – SÚMULA 269/STJ – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – VALORAÇÃO NEGATIVA – MAUS ANTECEDENTES – PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS – RECURSO DESPROVIDO. Incabível a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, tendo em vista a contumácia do paciente na prática de delitos, evidenciada pela presença de processos findos e em trâmite. A conduta delituosa, nessas hipóteses, possui maior reprovabilidade. Não há a incidência da Súmula nº

269/STJ quando o réu, embora condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, seja reincidente e possua circunstância judicial desfavorável. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 367.817/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017) – destaquei.

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – FURTO QUALIFICADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – VALOR QUE NÃO SE REVELA ÍNFIMO – ABUSO DE CONFIANÇA – MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. 1. Para a aplicação do princípio da bagatela, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC nº 107.689/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7/3/2012). 2. No caso, verifica-se que a res furtiva foi avaliada em R\$ 200,00 (duzentos reais), sendo que correspondia a 32% salário mínimo vigente à época dos fatos, valor que não pode ser considerado insignificante. 3. A agravante foi denunciada pela suposta prática do crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, porquanto teria se aproveitado da credibilidade do dono da residência para adentrar em sua casa e subtrair para si o seu aparelho celular, o que denota a maior reprovabilidade da conduta praticada pela acusada. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1521292/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

“PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CONTUMÁCIA DELITIVA – INAPLICABILIDADE – DECISÃO MANTIDA.

I - Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que não há que se falar em atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância quando não estiverem presentes todos os vetores para sua caracterização, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e; (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. II - É inaplicável, na hipótese, o denominado princípio da insignificância, tendo em vista que, apesar do pequeno valor da res furtiva, o recorrente é contumaz na prática de delitos patrimoniais. III - É descabida a concessão da ordem de habeas corpus, de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial ou de recursos posteriores, se não demonstrados o constrangimento ilegal e a flagrante ilegalidade a que esteja eventualmente submetido o recorrente. In casu, ao contrário, restou sobejamente demonstrado pelas instâncias a não aplicação do denominado princípio da insignificância, dada a contumácia delitiva do ora recorrente. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1284635/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018) – destaquei.

A aplicação desavisada do referido princípio somente poderia servir para estimular, com maior intensidade ainda, a injustificada e desmedida tolerância social com o crime, contribuindo com o descrédito da Justiça.

No dizer de Sérgio de Oliveira Médici:

“Não existem tipos penais de bagatela - fato que significaria descumprir a lei - mas sim infrações que, por suas circunstâncias próprias, evidenciam uma ínfima consequência lesiva... O princípio da insignificância exige uma análise profunda do desvalor do dano, da ação penal e da culpabilidade em cada processo, de forma a estabelecer a irrelevância do fato para o direito penal” (Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 136, v. 5).

Assim, incabível a aplicação do princípio da insignificância.

Qualificadora de rompimento de obstáculo

A defesa requer o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, alegando que o aparelho de som é parte integrante do veículo.

Razão não lhe assiste.

Cumpra destacar inicialmente que o aparelho de som automotivo não é parte integrante do veículo, porquanto o automóvel caracteriza-se como sendo bem principal, enquanto o aparelho de som é uma pertença, conforme preconiza o art. 93, do Código Civil, “São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.”

Ademais, conforme laudo de avaliação de f. 17, o apelante não tentou apenas subtrair do interior do veículo da vítima o som automotivo, bem como também levou consigo 1 (um) controle de portão da residência e 1 (um) certificado de registro e licença de veículo.

Do mesmo modo, segundo laudo pericial acostado às f.11-16, atestou que:

“(...) Há sinais de arrombamento ou escalada? Resp: Sim. Quando dos exames o perito criminal pode constatar avarias, aparentemente recentes, na porta do veículo periciado, compatíveis com arrombamento.”

Corroborando a prova pericial, tem-se o depoimento da vítima (f. 183 - arquivo de audiovisual), que relata que encontrou o acusado dentro do veículo, enquanto o mesmo ainda praticava o furto.

Assim, deduz-se das provas coligidas aos autos que o apelante utilizou-se de força física para arrombar a porta lateral do veículo com o intuito de possuir acesso aos pertences que se encontravam no interior do automóvel.

Desta forma, caracterizada está a qualificadora do rompimento de obstáculo.

Desclassificação para o crime tentado

Pretende o apelante que seja sua conduta tipificada como furto tentado, não merecendo, todavia, guarida a sua pretensão. Dispõe o Código Penal pátrio, em seu artigo 14, II, que o crime é “*tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.*”

Segundo os depoimentos prestados pela vítima e pelos policiais militares, o réu foi encontrado em posse da *res furtiva*, tendo a abandonado enquanto encontrava-se em fuga, não logrando êxito na evasão apenas porque fora detido pelos milicianos.

É incabível, *in casu*, o reconhecimento do delito de furto tentado e, conseqüentemente, a aplicação da causa de diminuição, vez que houve a prática de todos os atos executórios do crime. A conduta de furto se consuma com a retirada do objeto da esfera de vigilância da vítima, sendo irrelevante que o agente se mantenha na posse mansa e pacífica da coisa subtraída.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – VIA INADEQUADA – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – POSSE TRANQUILA DA RES – PRESCINDIBILIDADE – DOSIMETRIA – BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO – REGIME INICIAL FECHADO – SÚMULA 440 DO STJ – VIOLAÇÃO – INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Os tribunais superiores adotaram a teoria da apreensão, também denominada de amotio, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco

importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada. 3. No caso, o Tribunal de origem, alinhado com a orientação desta Corte e reformando a sentença, considerou desnecessária a posse tranquila do bem subtraído para ter por consumado o crime de roubo. (...)” (HC 314.642/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 01/09/2015)

Assim, basta que a coisa subtraída saia da esfera de vigilância do ofendido e ingresse na posse do agente, pouco importando se longo ou breve o espaço de tempo.

No caso dos autos, verifica-se que houve a efetiva inversão da posse do bem, tendo em vista que o apelante encontrava-se dentro do veículo da vítima quando foi surpreendido pela mesma, que tentou impedir o furto, porém os objetos foram levados pelo acusado até próximo ao local em que foi detido, tendo abandonado os pertences enquanto encontrava-se em fuga, momentos antes de ser preso.

Logo, na hipótese, houve a inversão da posse do objeto subtraído, tratando-se de furto consumado, não havendo que se falar em desclassificação para furto tentado.

Inimputabilidade e diminuição de pena pelo art. 46, da Lei nº 11.343/06

O apelante insurge-se contra a sentença condenatória, alegando que não goza plenamente de suas faculdades mentais, devendo ser considerada sua inimputabilidade com espeque no art. 45 e 46, da Lei nº 11.343/06.

Tenho que não lhe assiste razão.

Acerca da inimputabilidade, expõe a i. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, no julgamento do HC 246.439/SP:

“(…)

O art. 45 da Lei nº 11.343/2006, que repete exatamente o mesmo critério previsto pelo art. 26 do Código Penal, estabelece como exculpante, para qualquer que tenha sido a infração penal praticada (litteris), o fato de o agente, em razão de dependência de droga ou de efeito proveniente de caso fortuito ou força maior; ser, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Disso se segue que, pelo princípio lógico a maiori, ad minus (o que é válido para o mais, deve necessariamente sê-lo para o menos), também o redutor da pena previsto no art. 46 do mesmo estatuto legal para os casos de semi-imputabilidade não possui âmbito de incidência restrito aos crimes previstos na legislação de entorpecentes, podendo ser aplicado a toda e qualquer infração penal.”

O artigo 46, da Lei nº 11.343/2006, prescreve:

“As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Nas palavras de Nucci:

“(…) cuida-se, nesta hipótese, da semi-imputabilidade, um fator de redução da capacidade do agente de compreender inteiramente o que fez, realizando um juízo correto de censura sobre seus próprios atos. (...)” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 399)

Ensinam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha:

“O agente que, ao tempo da ação ou da omissão, não possua a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, terá a pena reduzida de um a dois terços.” (Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. Legislação criminal especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 227)

O reconhecimento da imputabilidade ou semi-imputabilidade, nos termos do art. 45 e 46, da Lei de Drogas, exige que o agente, quando da prática da infração, não seja inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A descrição contida no laudo pericial de f. 184-188, demonstra que ele apresentava-se consciente, orientado, vígil, neurologicamente normal, e em gozo pleno de suas faculdades mentais no momento da realização do exame que concluiu:

“(…) No momento do exame pericial não foram observados dados que comprovassem a perda efetiva de dominância sobre as atitudes praticadas pelo periciado”.

No mesmo norte, o laudo pericial também apontou que o acusado possui dependência química moderada, tendo o réu informado ao perito médico legista que: *“sabe e tem plena consciência de que furto é errado e é prática criminosa”.*

Relatou, ainda, que *“mesmo em virtude do uso e sob efeito da droga jamais deixou de entender a ilicitude do fato criminoso, contudo o vício o motiva a praticar o delito”*

Nesta trilha:

EMENTA – PENAL ESPECIAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PROCESSO PENAL – NULIDADE DO PROCESSO – INOCORRÊNCIA. Não se cogita de nulidade processual por cerceamento de defesa sem a devida demonstração de prejuízo.

ABSOLVIÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. A definição típica do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 é de conteúdo variado, prevendo diversas condutas como forma de um mesmo crime. A apreensão de droga que o agente trazia consigo, diante das circunstâncias fáticas e da prova testemunhal produzida, constituem elementos suficientes para manutenção da condenação pelo delito do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06.

REDUÇÃO DA PENA – ART. 46 DE LEI Nº 11.343/06 – DEPENDÊNCIA QUÍMICA NÃO COMPROVADA. A redução da pena nos termos do art. 46, da Lei nº. 11.343/06 exige prova da incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, circunstância esta que restou afastada in casu pela perícia técnica produzida.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – APLICAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. Restando demonstrada nos autos a dedicação do agente às atividades criminosas, afasta-se a possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena insculpida no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – SUBSTITUIÇÃO – DESCABIMENTO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. Acusado condenado a pena superior a quatro anos não faz jus à benesse da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, por expressa vedação legal (art. 44, I e II, do CP).” (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.15.202424-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 24/01/2018, publicação da súmula em 31/01/2018) - destaquei.

Assim, não ficou atestado a incapacidade parcial ou plena de entendimento do réu, o que levaria à inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Mantém-se inalterada a sentença.

Prequestionamento

Não houve violação ao prequestionamento ventilado.

Dispositivo

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0010010-03.2004.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator em Substituição Legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DE ESTELIONATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E INSERÇÃO DE DADOS FALSOS – PROCESSOS APENSOS – NULIDADE RECONHECIDA – FALTA DE INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DO CORRÉU – UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA SEM O DEVIDO CONTRADITÓRIO – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – PROVIDOS.

A falta de intimação da defesa da expedição da carta precatória para oitiva do corréu gera nulidade quando manifesto o prejuízo aos corréus, violando a Súmula 273, do STJ. Caracterizado ainda o cerceamento de defesa quando sequer foi oportunizado a manifestação das partes acerca da utilização não só do interrogatório do corréu, como das testemunhas arroladas nos autos apensos, sendo a prova emprestada, utilizada de surpresa em face dos apelantes, no momento do julgamento simultâneo dos feitos. Anulação da sentença condenatória e atos processuais antecedentes, que leva à extinção da punibilidade dos acusados pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, em razão decurso do lapso prescricional em face das penas máximas abstratas cominadas, tendo em conta que a sentença penal condenatória anulada não interrompe a prescrição.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 297, *CAPUT*, 299, *CAPUT*, E 171, TODOS DO CÓDIGO PENAL (CONCURSO FORMAL) – DECLARADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO – MÉRITO PREJUDICADO.

Conforme dispõe o artigo 119, do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade do agente incidirá sobre a pena de cada um dos delitos, consideradas isoladamente, de forma que, em se tratando de crime continuado ou concurso formal, por idêntico motivo, não será levado em conta o acréscimo de pena deles decorrente, para fins de extinção da punibilidade. A pena isolada a ser considerada é a de 04 anos de reclusão, cuja prescrição ocorre em 08 anos, nos termos do art. 109, IV, do CP. Transcorrido esse lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, já deduzido o período de suspensão do processo marcos interruptivos, impende decretar a extinção da punibilidade do acusado, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, restando prejudicado o mérito do recurso.

Contra os pareceres, acolho a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, por conseguinte, de ofício, declaro a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, II, III e IV, respectivamente, em face dos acusados Gersino Rodrigues Alves, Ivete Terezinha Caverzan e Antônio Marcos dos Santos, restando prejudicado o mérito.

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, de ofício, decretar a extinção da punibilidade do apelante pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Gersino Rodrigues Alves, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, 171 e 313-A, c/c o artigo 70, todos do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa; e Ivete Terezinha Caverzan condenada pela prática dos delitos contidos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, e artigo 171, c/c o artigo 70, todos do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, em face da sentença prolatada nos Autos 0001118-76.2002.8.12.0019 e, por Antônio Marcos dos Santos, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, e artigo 171, c/c o artigo 70 (concurso formal), todos do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, em face da sentença proferida pela M.^a Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã-MS nos Autos nº 0010010-03.2004.8.12.0019 (f. 987-1.058).

A defesa dos apelantes Gersino e Ivete, nas razões recursais de f. 1425-1469, nos respectivos autos, levanta preliminar de nulidade do processo a partir da oitiva do corréu Antônio Marcos dos Santos, argumentando cerceamento de defesa por não terem sido intimados da expedição de carta precatória e/ou designação de audiência para interrogatório do referido corréu em feito desmembrado, dizendo haver prejuízo à defesa em razão de ter dado suporte à condenação dos apelantes. No mérito, pugna pela absolvição pelo crime de inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A, do CP), em relação a Gersino, sob a alegação de que nem mesmo pedido de condenação por tal delito foi formulado pelo *Parquet*. Em relação aos demais delitos diz que as documentações representadas por fotocópias são inservíveis como prova e que inexistem provas hábeis à manutenção da condenação por tais delitos. Subsidiariamente, caso superadas as teses mencionadas, defende que o crime de falsificação é absorvido pelo delito de estelionato, na forma da Súmula 17, do STJ. Por fim, impugna o apenamento, requerendo a redução da pena-base. Apresentou prequestionamento.

Por sua vez, o recorrente Antônio Marcos, nas razões de f. 1.077-1.089, nos respectivos autos, requer sua absolvição, argumentando ausência dos elementos caracterizadores dos delitos de estelionato, falsidade ideológica e falsificação de documentos. Alternativamente, almeja a aplicação do princípio da consunção, a fim de que a conduta de falsificação de documentos seja absorvida pelo delito estelionato e a alteração do regime prisional.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público Estadual manifestou-se pelo não provimento dos recursos defensivos, respectivamente às f. 1513-1525 e 1203-1208).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, no mesmo sentido, respectivamente às f. 1535-1573 e 1216-1235.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Gersino Rodrigues Alves, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, 171 e 313-A, c/c o artigo 70, todos do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa; e Ivete Terezinha Caverzan condenada pela prática dos delitos contidos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, e artigo 171, c/c o artigo 70, todos do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, em face da sentença prolatada nos Autos 0001118-76.2002.8.12.0019 e, por Antônio Marcos dos Santos, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, e artigo 171, c/c o artigo 70 (concurso formal), todos do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de

39 (trinta e nove) dias-multa, em face da sentença proferida pela M.^a Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã-MS nos Autos nº 0010010-03.2004.8.12.0019 (f. 987-1.058).

A defesa dos apelantes Gersino e Ivete, nas razões recursais de f. 1425-1469, nos respectivos autos, levanta preliminar de nulidade do processo a partir da oitiva do corréu Antônio Marcos dos Santos, argumentando cerceamento de defesa por não terem sido intimados da expedição de carta precatória e/ou designação de audiência para interrogatório do referido corréu em feito desmembrado, dizendo haver prejuízo à defesa em razão de ter dado suporte à condenação dos apelantes. No mérito, pugna pela absolvição pelo crime de inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A, do CP), em relação a Gersino, sob a alegação de que nem mesmo pedido de condenação por tal delito foi formulado pelo *Parquet*. Em relação aos demais delitos diz que as documentações representadas por fotocópias são inservíveis como prova e que inexistem provas hábeis à manutenção da condenação por tais delitos. Subsidiariamente, caso superadas as teses mencionadas, defende que o crime de falsificação é absorvido pelo delito de estelionato, na forma da Súmula 17, do STJ. Por fim, impugna o apenamento, requerendo a redução da pena-base. Apresentou prequestionamento.

Por sua vez, o recorrente Antônio Marcos, nas razões de f. 1.077-1.089, nos respectivos autos, requer sua absolvição, argumentando ausência dos elementos caracterizadores dos delitos de estelionato, falsidade ideológica e falsificação de documentos. Alternativamente, almeja a aplicação do princípio da consunção, a fim de que a conduta de falsificação de documentos seja absorvida pelo delito estelionato e a alteração do regime prisional.

Passo a analisar.

Deve ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela defesa dos réus Gersino Rodrigues Alves e Ivete Terezinha Caverzan, nos Autos de Apelação nº 0001118-76.2002.8.12.0019,

Com efeito, verifica-se que houve tumulto processual nos autos em face do acusado Antônio Marcos dos Santos, segundo se verifica dos despachos de f. 838-839; 862 e 868, motivo pelo qual foi o feito desmembrado e registrado sob o nº 0010010-03.2004.8.12.0019.

Da expedição de carta precatória para interrogatório do codenunciado Antônio Marcos dos Santos, não foram intimados os apelantes, violando o disposto na Súmula 273, do STJ: “*Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.*”

É certo que a falta de intimação dos corréus gera nulidade relativa, devendo ser identificado o prejuízo, contudo, evidente no presente caso em face da colidência do teor dos interrogatórios dos codenunciados, sendo as declarações do corréu Antônio Marcos largamente utilizadas pela magistrada singular ao sentenciar conjuntamente ambas as ações penais.

Prejudicado está o devido processo legal, tendo em vista o manifesto prejuízo, à luz do art. 563, do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, porquanto fora suprimido à defesa dos acusados a prerrogativa de participar do interrogatório do corréu e de formular as perguntas consideradas pertinentes em face da contradição entre as alegações dos réus.

Oportuno consignar a inexigibilidade de maior diligência da defesa, pois além da complexidade do feito, o desmembramento foi determinado em 13.08.2004 – f. 862, sendo a carta precatória expedida nos Autos Desmembrados (nº 0010010-03.2004.8.12.0019) em 17.08.2005 (f. 753 daqueles autos), com audiência realizada em 01.06.2006 (f. 776 autos apensos).

Colaciono o julgado no mesmo sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL – NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO INTERROGATÓRIO DE CORRÉU EM QUE OCORRE DELAÇÃO. É corolário do princípio da ampla defesa que os réus tenham defensores técnicos nos atos em que codenunciados os delatam ou façam declarações contrárias a seus

interesses. A ausência da defesa técnica em tais atos, quando prejudicial aos acusados, impõe a nulidade daqueles. (TJMG - Apelação Criminal 1.0708.06.014678-2/001, Relator(a): Des. (a) Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal, julgamento em 02/03/2010, publicação da súmula em 24/03/2010)

Caracterizado ainda o cerceamento de defesa quando sequer foi oportunizado a manifestação das partes acerca da utilização não só do interrogatório do corréu, como das testemunhas arroladas nos autos apensos, diversamente do que foi realizado naqueles autos (f. 829), sendo a prova emprestada, utilizada de surpresa em face dos apelantes, no momento do julgamento simultâneo dos feitos. Logo, adianta que não há que se falar em preclusão.

Não houve submissão ao crivo do contraditório e mais uma vez o devido processo legal restou inobservado.

A respeito do tema leciona Marco Antonio de Barros¹:

“(...) Prova emprestada é a denominação que se dá a uma prova que foi originariamente produzida em processo judicial e que depois é trasladada para outro processo, a fim de ser examinada durante a instrução criminal.

(...)

Embora não exista referência alguma no Código de Processo Penal a esse meio de prova, a resposta dada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência é afirmativa. Porém, condicionada à constatação do fato de que em sua produção originária tenham sido respeitados os requisitos de validade do ato, segundo exigência que advém da cláusula constitucional do devido processo legal.

Assim sendo, para que a prova originária de um processo possa ser validamente trasladada para outro, entendemos que se deve observar a satisfação de ao menos três requisitos fundamentais: juiz natural; contraditório; e idêntico objeto da prova.

(...) isso não significa que em ambos os processos o juiz (pessoa física) deva ser o mesmo, pois o juiz em tela é aquele “cujo poder de julgar emana de fontes constitucionais.”

(...)

De qualquer modo, a prova emprestada pode sim contribuir para o descobrimento da verdade, mas sempre deverá ser sopesada em conjunto com as demais provas colhidas no curso da instrução do processo criminal.”

O interrogatório de Antônio Marcos serviu de prova para a sentença condenatória em face dos apelantes, todavia, não foram disponibilizadas para as partes durante toda a instrução desta ação penal, em que os réus sequer foram intimados da expedição da carta precatória e demais atos, o que no caso, seria imprescindível.

Sabidamente, nada impede a utilização de prova produzida em processo distinto; devendo ser assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa, tal como se fosse produzida nos autos em que é processado, conforme tem decidido o STF, ao mencionar que:

“(...) não há, em princípio, óbice à utilização de prova emprestada de interceptação telefônica realizada no bojo de outra investigação, desde que franqueado à Defesa o acesso a essa prova, garantindo-se o contraditório [...]” (HC nº 114.074/SC. Rel. Min. Rosa Weber. j. 7.5.2013. grifei).

Neste sentido:

“(...) Permite tanto a doutrina quanto a jurisprudência a utilização de prova emprestada no processo criminal, desde que tenha sido produzida legalmente, ambas as partes dela tenham ciência e seja-lhes garantido o direito ao contraditório. (...) (HC 126.302/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009) (g.n.)

¹ BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

Em face de todo exposto, é de ser anulada a sentença e atos processuais antecedentes a esta, desde o encerramento da instrução processual, ocasião em que, ao menos o magistrado singular deveria ter aberto vista à defesa dos apelantes para manifestação acerca de toda prova produzida nos autos em apenso, oportunizando o contraditório, ainda que tardiamente, pois incabível seria a anulação desde o interrogatório do corréu e oitivas das demais testemunhas, pela inexigibilidade de renovação do ato, em face da conclusão de julgamento encartada em face do corréu, que adiante, será beneficiado pela prescrição da pretensão punitiva.

De igual modo, quanto aos apelantes Gersino e Ivete, de ofício, declaro a extinção da punibilidade dos acusados pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

Nesse contexto, tendo em conta que a sentença penal condenatória anulada não interrompe a prescrição e não havendo causa interruptiva nesse interim, decorrido, de sobejo, para ambos os codenunciados.²

Pelo que dispõe o artigo 119, do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade do agente incidirá sobre a pena de cada um dos delitos, consideradas isoladamente, de forma que, em se tratando de crime continuado ou concurso formal, por idêntico motivo, não será levado em conta o acréscimo de pena deles decorrente, para fins de extinção da punibilidade.

A respeito, trago lição de Masson³:

“(…)

Para o cálculo da prescrição, o juiz deve considerar somente a pena inicial, isto é, a pena derivada de um dos crimes, sem o aumento decorrente do concurso formal próprio ou da continuidade delitiva.

(…)

Nessa linha de entendimento é o teor da súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

A orientação da súmula incide também ao concurso próprio ou perfeito, por identidade de fundamentos: para as duas modalidades de concurso de crimes o legislador recepcionou, para fins de aplicação da pena, sistema da exasperação.

(…)” destaquei.

Desta feita, sem levar em conta o acréscimo decorrente do concurso formal (Súmula 497, do STF), a maior pena máxima abstrata isolada estabelecida na sentença a ser considerada para Ivete Teresinha Caverzam é referente ao delito de falsificação de documento público – art. 297 do Código Penal - 06 anos de reclusão, cuja prescrição ocorre em 12 anos, nos termos do art. 109, III, do Código Penal, ainda que não se considere a impossibilidade de proibição da *reformatio in pejus*, ocorrido o decurso do prazo, porquanto a denúncia foi recebida em 28.05.2002, ou seja, o processo ingressou nesta Corte com o lapso prescricional já transcorrido em 04.06.2018.

E para Gersino Rodrigues Alves, dentre os delitos que lhe foram imputados, o maior lapso temporal prescricional refere-se ao crime de inserção de dados falsos, previsto no art. 313-A, do Código Penal, cuja pena máxima em abstrato é de 12 anos, operando a prescrição em 16 anos. No mesmo norte, ainda que não se considere a impossibilidade de proibição da *reformatio in pejus*, ocorrido o decurso do prazo, porquanto a denúncia foi recebida em 28.05.2002, ou seja, o processo ingressou nesta Corte com o lapso prescricional já transcorrido em 04.06.2018, pois ultrapassados 16 anos.

2 “(...) *A sentença penal condenatória anulada não interrompe a prescrição.* (Precedentes do STJ e do STF.) (...) (HC 30.535/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 09/02/2004, p. 196); “(...) *No caso em exame, a Quinta Turma concedeu a ordem para anular a Ação Penal a partir da decisão que deferiu a suspensão condicional do processo, incluindo, portanto, a sentença condenatória. Assim, o lapso temporal para se verificar a possível prescrição da pretensão punitiva deve ser regulado pelo máximo da pena privativa cominada ao crime, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, qual seja, 8 anos.* (...) (EDcl nos EDcl no HC 419.787/AC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018)

3 Masson, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** - Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2010, v. 1, p. 895.

Quanto ao réu Antônio Marcos dos Santos, condenado nos Autos nº 0010010-03.2004.8.12.0018, de ofício, também declaro a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

O artigo 110, § 1º, do Código Penal, dispõe que a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada *in concreto*.

Aplicável também ao caso a Súmula 146 do STF: “*A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.*”

Ademais, pelo que dispõe o artigo 119, do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade do agente incidirá sobre a pena de cada um dos delitos, consideradas isoladamente, de forma que, em se tratando de crime continuado ou concurso formal, por idêntico motivo, não será levado em conta o acréscimo de pena deles decorrente, para fins de extinção da punibilidade.

A respeito, trago lição de Masson⁴:

“(…)

Para o cálculo da prescrição, o juiz deve considerar somente a pena inicial, isto é, a pena derivada de um dos crimes, sem o aumento decorrente do concurso formal próprio ou da continuidade delitiva.

(…)

Nessa linha de entendimento é o teor da súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

A orientação da súmula incide também ao concurso próprio ou perfeito, por identidade de fundamentos: para as duas modalidades de concurso de crimes o legislador recepcionou, para fins de aplicação da pena, sistema da exasperação.

(…)” destaquei.

Desta feita, sem levar em conta o acréscimo decorrente do concurso formal (Súmula 497, do STF), a pena isolada estabelecida na sentença a ser considerada é a de 04 anos de reclusão (f. 1056), cuja prescrição ocorre em 08 anos, nos termos do art. 109, IV do Código Penal.

No caso, a denúncia foi recebida em 28.05.2002 (f. 347). Foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366, do CPP, em 13.11.2003 (f. 720-721). A retomada processual ocorreu em 24.05.2004 (f. 727), e a sentença condenatória foi registrada em 27.01.2012 (f. 1.059).

Desse modo, deduzido o período de suspensão do processo e os marcos interruptivos, entre o recebimento da denúncia e o registro da sentença, decorreu o prazo superior a 09 anos, razão pela qual deve ser declarada extinta a punibilidade do acusado Antônio Marcos dos Santos, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação aos delitos previstos nos artigos 297, *caput*, 299, *caput*, e artigo 171, c/c o artigo 70 (concurso formal), todos do Código Penal, com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, IV, e art. 119, todos do Código Penal, restando prejudicado o mérito recursal.

Oportuno ressaltar que a prescrição é matéria prejudicial ao mérito, razão pela qual esta é analisada antes de ser proferido qualquer juízo acerca do tema propriamente debatido nos autos. Ocorrida a prescrição da pretensão punitiva, como na hipótese, os demais temas deixam de ser relevantes, pois referido desfecho faz desaparecer todos os efeitos, penais e extrapenais, de eventual condenação, como já dito.

A matéria prequestionada foi analisada.

⁴ Masson, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** - Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2010, v. 1, p. 895.

Contra os pareceres, acolho a preliminar de nulidade suscitada pela defesa (Autos nº 0001118-76.2002.8.12.0019) e, por conseguinte, de ofício, declaro a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, II, III e IV, respectivamente, em face dos acusados Gersino Rodrigues Alves, Ivete Terezinha Caverzan e Antônio Marcos dos Santos, restando prejudicado o mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, de ofício, decretaram a extinção da punibilidade do apelante pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação nº 0003727-98.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator em Substituição Legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS E DESOBEDIÊNCIA – PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO DO DENUNCIADO PELO DELITO DESCRITO NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06 – SENTENÇA REFORMADA – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – CONDUTA QUE CONSTITUI INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

O conjunto das provas produzidas nos autos aponta indubitavelmente que o denunciado praticou o delito de tráfico de drogas, impondo-se a sua condenação nas penas do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. A quantidade de droga apreendida, além das condições da prisão são condizentes com a condição de traficante. Deve-se registrar, ainda, que o simples fato de o apelante ser usuário de drogas não afasta a condição de traficante, tampouco torna a conduta atípica, pois, como é cediço, inúmeros são os casos de traficantes que, além de comercializarem, utilizam as drogas para o consumo, sendo comum a figura do usuário-traficante.

A conduta prevista no art. 330, do Código Penal, somente poderá ser considerada típica se não houver previsão de sanções civil ou administrativa pela desobediência de ordem legal emanada por funcionário público ou, havendo aludida previsão, seja salientado que as esferas penal, civil ou administrativa são independentes entre si. Considerando-se que a conduta praticada constitui infração de trânsito, aplica-se a norma especial evidenciada no art. 195, do CTB, que impõe o cumprimento de penalidade administrativa, devendo ser mantida absolvição do réu por atipicidade.

Com o parecer, dou provimento em parte ao recurso, para condenar Eduardo Lins Medeiros pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. Fica mantida a sua absolvição quanto ao crime previsto no art. 330, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença de f. 158-167 que julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida em face de Eduardo Lins Medeiros, desclassificando a conduta delitiva prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, para a do art. 28, da Lei de Drogas, bem como absolveu o denunciado do crime previsto no art. 330, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 186-201), o *Parquet* pugna pela condenação do apelado como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e art. 330, do Código Penal.

Em sede de contrarrazões (f. 204-210), o apelado manifestou-se pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 218-228, pelo provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença de f. 158-167 que julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida em face de Eduardo Lins Medeiros, desclassificando a conduta delitiva prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, para a do art. 28, da Lei de Drogas, bem como absolveu o denunciado do crime previsto no art. 330, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 186-201), o *Parquet* pugna pela condenação do apelado como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 330 do Código Penal.

Passo à análise do recurso.

Autoria

Narra a peça acusatória que no dia 19 de maio de 2017, policiais militares do serviço de inteligência receberam diversas denúncias noticiando que o acusado estaria comercializando entorpecentes na modalidade “disk drogas” próximo à região do supermercado Thomé, na cidade de Três Lagoas.

Em diligência até o local informado, os milicianos visualizaram o denunciado aparentemente negociando entorpecentes com um indivíduo desconhecido, oportunidade em que acionaram a viatura caracterizada para apoio na abordagem.

Assim, a guarnição policial avistando o denunciado deu-lhe ordem de parada, o qual desobedeceu e, empreendeu fuga do local em sua motocicleta. Ato contínuo, os policiais realizaram acompanhamento tático por algumas quadras, vindo o réu, posteriormente, a perder o controle da motocicleta e cair.

Ao ser realizada revista, os militares encontraram no bolso do apelado 10 (dez) pinos de “cocaína”, tendo o denunciado confirmado que a droga destinava-se à traficância.

Durante a abordagem, o aparelho celular do acusado tocava insistentemente, sendo atendido por um dos policiais, o qual se passou pelo acusado e constatou que a chamada era realizada por um usuário de drogas, que solicitava uma entrega de entorpecentes.

Os agentes públicos, então, dirigiram-se ao local combinado com usuário, que ao ser interrogado se identificou como sendo Márcio Rodrigo Bezerra dos Santos e, afirmou ter realizado a ligação para o apelado solicitando 2 (duas) “paradas” de “pó”, pela qual pagaria a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais), bem como esclareceu também, já ter adquirido droga com o denunciado em outras ocasiões.

Diante da desclassificação da conduta imputada ao denunciado para aquela prevista no art. 28, da Lei de Drogas, o *Parquet* interpôs o presente recurso, pugnando pela condenação de Eduardo Lins Medeiros pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06).

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (f. 08-09), boletim de ocorrência da polícia cível nº 1635/2017 (f. 28-30), boletim do ocorrência da polícia militar nº 1273/2017 (f. 31-33), autos de apreensão (f. 34-35), laudo preliminar de constatação (f. 37), laudo de exame toxicológico nº 255/2017 (f. 77-80), além dos depoimentos prestados pelas testemunhas durante a fase de instrução processual.

A autoria igualmente restou demonstrada.

O réu Eduardo Lins Medeiros, em juízo, negou veementemente a prática do tráfico de entorpecentes, alegando que naquela data após retornar do trabalho, dirigiu-se até a casa de seu amigo Márcio, e em conjunto decidiram solicitar uma compra de 10 (dez) pinos de “cocaína”, tendo se deslocado até próximo aos “predinhos” para buscar os entorpecentes, momento ao qual encontrava-se retornando para a residência de Márcio quando foi abordado por uma guarnição da polícia militar que solicitou sua parada. Ao parar, foi interrogado pelos militares que o questionaram se ele estava transportando drogas, ao passo que respondeu que sim e mostrou os 10 (dez) pinos de droga em seu bolso, afirmando que a droga era para consumo próprio. Disse, também, que não empreendeu fuga, nem caiu de sua motocicleta, respeitando a ordem de parada dado pelos agentes públicos.

Apesar de ter negado a prática delitiva em juízo, ao analisar os elementos trazidos aos autos, constata-se que há provas suficientes de que o entorpecente apreendido tinha por finalidade a traficância.

A testemunha Márcio Rodrigo Bezerra dos Santos, na fase inquisitorial, afirmou que:

“(...) O depoente é usuário de drogas do tipo cocaína há aproximadamente um ano, que ganha a vida como pintor autônomo; informa que nesta data ligou para o autuado, conhecido como “gordinho” e pediu dois “pinos” de cocaína, por volta das 23 horas; que, devido a demora o depoente ligou novamente para “gordinho” cobrando a mercadoria; que o depoente ficou do lado de fora da residência onde estava, nas proximidades da Lagoa Maior, aguardando a encomenda, quando foi abordado por policiais; que o depoente estava com R\$ 40,00 (quarenta Reais) nas mãos, que pagaria R\$ 20,00 (vinte Reais) por cada “pino”; O depoente afirma que não iria revender a droga; Afirma que faria o consumo do entorpecente que havia encomendado; que não chegou a receber a droga, uma vez que foi abordado antes; que confirmou aos policiais militares que havia encomendado o entorpecente e que iria consumi-lo; Afirma que é a primeira vez que negocia com o autuado; que não lembra quem passou o contato do autuado ao depoente; quem não lembra o número do telefone do autuado (...)” – f. 15-17.

A testemunha Rafael Guimarães Caiçara – policial militar, em juízo, afirmou que na data dos fatos foi acionado pelos policiais militares da inteligência, os quais constataram a venda de entorpecentes próximo à região do mercado Thomé. Ao se encaminhar até o local informado, avistou o denunciado, dando ordem de parada para o mesmo, que empreendeu fuga em sua motocicleta, vindo, posteriormente, a derrapar e cair ao chão. Realizada abordagem, constatou que ele possuía 10 (dez) pinos de “cocaína” em seu bolso esquerdo. Aduziu, também, que o apelado afirmou que vendia entorpecentes durante o momento da abordagem (f. 121 – arquivo audiovisual disponível no SAJ).

Na fase inquisitorial e em juízo, o Sargento da policial militar Luiz Carlos Moreira da Fonseca, prestou esclarecimentos no mesmo sentido as afirmações dadas pelo seu colega, corroborando assim as alegações de que o acusado se dedicava a traficância (f. 10-11 e f. 121 – arquivo audiovisual disponível no SAJ).

Importante ressaltar que apesar de haver alguma divergência no depoimento de Luiz Carlos Moreira da Fonseca, tal não é suficiente para invalidá-lo, visto que esclareceu, de forma cristalina, nos autos a razão de não ter abordado o acusado logo que o viu. Assim, como já visto acima, o agente policial informou que faz parte do serviço reservado da polícia militar, responsável pela parte da inteligência do órgão. Nesse sentido, informou que é atribuição do serviço reservado monitorar e apurar as informações recebidas, cabendo à equipe ostensiva efetuar as abordagens.

Como se vê, os depoimentos dos policiais militares são coesos entre si, e estão em harmonia com os demais elementos probatórios, tais como o depoimento prestado pelo usuário de drogas, as circunstâncias da apreensão do entorpecente, bem como as diversas denúncias indicando a comercialização do entorpecente pelo recorrente. Referidas provas apontam, sem sobre de dúvidas, que a droga encontrada na posse do réu teria como destino a mercancia.

Consigno que o depoimento de policiais é considerado idôneo, capaz de embasar uma condenação, quando em consonância com o conjunto probatório, conforme ocorreu no caso em apreço.

Ademais, não é crível que os policiais gratuitamente tivessem forjado toda a prova constituída em desfavor do recorrido, já que não indicado qualquer motivo plausível para tanto.

A realização de diligências pelos policiais só implica em mais trabalho para estes, seja na condução dos envolvidos para a delegacia, seja na longa espera para a coleta de seus depoimentos, seja ainda na posterior oitiva em juízo, dentre outros. Tal constatação, por seu turno, autoriza a conclusão no sentido de que os policiais não teriam qualquer interesse em incriminar falsamente o apelado, pois além de inexistir motivo para tanto, tal providência poderia causar-lhes o sério risco de serem responsabilizados nas esferas administrativa, civil e criminal.

Nem se diga que os depoimentos prestados pelos policiais que atuaram na ocorrência são inservíveis para corroborar a prática do crime, pois nos termos do art. 155, do Código de Processo Penal, o julgador o julgador formará a sua convicção pela livre apreciação da prova colhida em contraditório judicial.

Por fim, o simples fato de o denunciado ser usuário de drogas não afasta a condição de traficante, tampouco torna a conduta atípica, pois, como é cediço, inúmeros são os casos de traficantes que, além de comercializarem, utilizam as drogas para o consumo, sendo comum a figura do usuário-traficante.

Desta feita, de todos os elementos supramencionados, tem-se como configurado o tráfico de entorpecentes e não que o entorpecente encontrado na posse do acusado era destinado para o seu uso.

Assim, deve ser reformada a sentença de f. 158-167, para que o denunciado Eduardo Lins Medeiros seja condenado pelo delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Crime de Desobediência

O réu foi absolvido da prática do delito de desobediência, previsto no art. 330, do CP, por atipicidade da conduta. O Órgão Ministerial pugna pela condenação.

Não merece acolhimento a pretensão.

A conduta prevista no art. 330, do CP, somente poderá ser considerada típica se não houver previsão de sanções civil ou administrativa pela desobediência de ordem legal emanada por funcionário público ou, havendo a aludida previsão, seja salientado que as esferas penal, civil ou administrativa são independentes entre si.

No caso, restou demonstrado que o apelado não obedeceu à ordem de parada dada por policiais militares, empreendendo fuga. Apesar de caracterizada a desobediência, tem-se que tal conduta possui previsão específica pelo Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 195, sem explicitar qualquer ressalva acerca da possibilidade de cumulação entre as sanções administrativas ou civis e a penal.

Nesse aspecto, para aquele que desobedecer às ordens emanadas de qualquer autoridade que esteja fiscalizando o trânsito, aplica-se a norma especial evidenciada no art. 195, do CTB, que impõe o cumprimento de penalidade administrativa a quem infringir o disposto no tipo legal, consoante já me posicionei quando do julgamento da apelação nº 0056011-22.2012.8.12.0001¹.

Na mesma senda, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“2. Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica

¹ TJ-MS - Apl: 00560112220128120001 MS 0056011-22.2012.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 21/07/2016, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/07/2016

no caso de descumprimento (HC nº 22.721/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 30/6/2003). Precedentes. 3. *Necessária se faz, portanto, a reforma do acórdão recorrido para restabelecer a sentença de primeiro grau, que absolveu o paciente quanto ao crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal. (...)*”. (STJ, HC 186718/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. em 20/08/2013, Pub. em 06/09/2013)

“(…) É impossível a aplicação do princípio da consunção quando o crime de posse de arma de fogo for efetivado em contexto diverso do delito de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. Tratando-se de infrações de espécies distintas, é incabível o somatório das penas de detenção e reclusão para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Se o juiz rechaçar todas as teses da defesa, não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de apreciação de tese defensiva. Não comete o crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal o agente que desobedece à ordem de parada emanada por policiais militares para não ser preso em flagrante, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Demonstradas a autoria e a materialidade pelo conjunto probatório e comprovado que as ações do réu se amoldam perfeitamente aos tipos penais dos artigos 155, § 4º, II, e 157, § 2º, I, do Código Penal e do artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, deve ser rechaçada a tese de absolvição e a de desclassificação do crime de roubo para o de receptação. Não se aplica a minorante do art. 26, parágrafo único, do CP quando o exame de sanidade mental do acusado dispuser que ele era, à época dos fatos, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não constitui bis in idem punir o acusado pelo crime de furto da arma de fogo e majorar a pena do crime de roubo pelo emprego dessa arma quando as condutas forem praticadas em momentos distintos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.17.000598-7/001, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 20/11/2018, publicação da súmula em 30/11/2018)

Desta feita, mantenho a absolvição do réu Eduardo Lins Medeiros em relação ao crime descrito no art. 330, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Passo à dosimetria da pena do crime de tráfico.

A culpabilidade não apresenta gravidade fora do normal do tipo penal em questão. O acusado apresenta-se tecnicamente primário, de acordo com documento de f. 85-86. Não há elementos nos autos acerca da conduta social e da personalidade do acusado. Os motivos são comuns ao delito. As circunstâncias e as consequências são normais à espécie delitiva. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Diante disso, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria, embora presente atenuante da menoridade relativa, incabível a redução da pena aquém do mínimo legal, consoante disposto na Súmula 231, do STJ, restando a pena intermediária fixada em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, incabível o reconhecimento do tráfico privilegiado, visto que para a configuração da citada benesse é preciso que o acusado reúna, de forma cumulativa, todos os requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, quais sejam: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosas.

No caso dos autos, apesar da primariedade, as circunstâncias observadas a partir do flagrante demonstram que não se trata de envolvimento eventual com o tráfico, mas sim de agente que se dedica à atividade delitiva, visto que foi flagrado na iminência da comercialização do entorpecente, além de haver informações de que o réu atuava na modalidade “disk drogas”.

Logo, os referidos elementos dos autos são suficientes para caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa, consoante julgados do STJ, *in verbis*:

“Hipótese em que o Tribunal de origem deixou de aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em razão da quantidade, da natureza e da variedade de entorpecentes apreendidos, bem como pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, em um conhecido ponto de tráfico, o que demonstra sua dedicação às atividades criminosas.” (HC 451.755/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

Assim, não havendo outras causas de aumento e diminuição da pena, torno a pena definitiva em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Regime e substituição.

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, o *quantum* da pena fixado, bem como a quantidade de droga apreendida, cabível a fixação do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei nº 11.343/06.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal.

Prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento suscitado, registre-se que toda a questão foi enfrentada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos mencionados.

Dispositivo.

Com o parecer, dou provimento em parte ao recurso, para condenar Eduardo Lins Medeiros pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. Fica mantida a absolvição quanto ao crime previsto no art. 330, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2019.

Noticiário



Mesmo antes de regulamentação, TJMS já permitia uso de nome social - 11/01/2019

O Judiciário brasileiro deu mais um passo para a igualdade, transexuais e travestis já podem usar nome social ao utilizar serviços do Judiciário. Em dezembro de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 270 para regulamentar o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero nos órgãos do Poder Judiciário. Mesmo antes da regulamentação ser publicada, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já permitia o uso do nome social por parte do quadro de servidores, estagiários e mirins.

A Resolução nº 270 dispõe sobre o uso do nome social por pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros.

O diretor da Secretaria de Gestão de Pessoal do TJMS e integrante do Comitê de Gênero, Raça e Diversidade, Raphael Vicente Bilinski, afirma que, antes mesmo da resolução entrar em vigor, o Tribunal já fazia o uso do nome social de pessoas transgêneros, inclusive com um campo no fichamento para pessoas que optam pelo nome social.

“Desde o princípio, a preocupação do TJMS é que as pessoas se sintam bem e confortáveis em seu ambiente de trabalho para que possam ser tratadas da maneira que elas se enxergam. Independente de raça, cor, gênero, orientação sexual. Se é servidor, se é estagiário ou mirim, todos são tratados como ser humano e com o respeito que merecem”, completa o diretor.

Em Mato Grosso do Sul, o primeiro caso de uso do nome social no Judiciário veio há aproximadamente seis meses, com a nomeação do analista judiciário da comarca de Nioaque, Nivaldo Finelon. Nivaldo conta que, quando foi nomeado, entrou em contato com a Secretaria de Gestão de Pessoal comunicando seu desejo de utilizar o nome social, logo, o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, autorizou o uso.

“Antes de entrar no Tribunal de Justiça eu fui policial civil por 9 anos e, apesar de não ter sofrido nenhum tipo de preconceito dentro da corporação, nunca pude usar meu nome social. Quando cheguei no Tribunal de Justiça, o fato de poder usar meu nome social foi uma surpresa muito boa, uma coisa surreal, me senti extremamente acolhido. Vejo que o TJMS está muito a frente da maioria das instituições, tanto privadas como governamentais”, concluiu Nivaldo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mundo Novo faz depoimento especial com intérprete de língua indígena - 17/01/2019**Coordenadoria da Infância e da Juventude**

A comarca de Mundo Novo, assim como outras tantas do MS, possui a particularidade de contar com uma população indígena expressiva. Em 2018, a comarca realizou três depoimentos especiais, sendo de uma criança e duas adolescentes indígenas, vítimas de estupro de vulnerável. Ocorridas nos meses de julho, setembro e outubro, todas as audiências contaram com a participação de uma intérprete na língua materna (Guarani) das vítimas.

O depoimento especial é uma técnica humanizada para escuta judicial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência que começa a ganhar nova estrutura no judiciário para atender públicos específicos.

Titular da Comarca, o juiz Guilherme Henrique Berto de Almada fala sobre a importância da medida. “A experiência foi exitosa, permitindo que a vítima relatasse os fatos de forma mais tranquila. Mesmo quando o indígena fala português é nítido que se sente mais à vontade para falar em guarani, que aprendem desde pequenos, trazendo mais qualidade para a colheita da prova.”

Com o apoio do TJMS, em parceria com a Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), a Coordenadoria Infância e Juventude (CIJ) está capacitando servidores e outros profissionais para serem entrevistadores forenses onde recebem orientações de ordem teórica e prática. As servidoras Rosa Rosângela e Doêmia Ignês da CIJ são as responsáveis pelos treinamentos e enfatizam que todos os juizes podem utilizar os intérpretes treinados no depoimento especial, tanto na língua indígena, espanhol, libras e etc.

O assistente social Vagner Nunes, servidor lotado na comarca, iniciou a experiência como entrevistador forense e ressaltou que tem sido um desafio permanente dando os primeiros passos neste novo aprendizado, ouvindo crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de alguma violência sofrida. Vagner comenta ainda que garantir o direito destes indivíduos comunicarem-se em sua língua materna tem sido uma experiência única e exitosa.

“O diálogo que é partilhado com a intérprete durante a audiência garante que determinadas palavras ou perguntas remetidas aos infantes sejam contextualizadas a partir do universo em que estes sujeitos estão inseridos, alcançado assim os princípios básicos que norteiam a técnica do depoimento especial”, frisou o assistente social.

Para a intérprete Mirta Elizabeth Melgarejo Fernandes, que participa das audiências de depoimento especial desde 2013, foi uma grande satisfação poder ajudar estas crianças e jovens indígenas: “Vejo com muito bons olhos esta questão de ter um intérprete junto nas audiências para poder transmitir tudo que as crianças expressam na língua deles e traduzir para o português. Estar ali foi muito proveitoso e sempre será uma honra poder ajudar com a minha profissão,” frisou Mirta.

Saiba mais - A partir da lei 13.431/2017 o depoimento de crianças e adolescentes vítimas de crimes, inclusive contra a dignidade sexual passaram a ser ouvidas de uma forma especial, não diretamente pelo juiz, mas através de entrevistador treinado para lidar com as especificidades da pessoa em desenvolvimento e, notadamente evitar que a presença do fórum, imprescindível para elucidação dos fatos, torne-se nova situação de constrangimento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza Elizabete Anache é empossada desembargadora de MS - 23/01/2019

A sexta mulher a compor a mais alta Corte de Justiça do Poder Judiciário sul-mato-grossense foi empossada como desembargadora, nesta quarta-feira (23), em sessão solene presidida pelo Des. Divoncir Schreiner Maran.

Com um discurso singelo, que emocionou muitos dos presentes, a agora Desa. Elizabete Anache contou um pouco de sua história de vida e apontou os compromissos que pretende assumir com o novo cargo, no que ela chamou de uma espécie de carta de intenções.

Ela reverenciou a memória do Des. Manoel Mendes Carli, que faleceu há pouco mais de 60 dias, deixando enorme lacuna na magistratura sul-mato-grossense. Outro a ser lembrado com carinho foi o Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, de quem Elizabete foi assessora e sempre que a tratou com doçura e generosidade ímpares, despertando nela vocação para a magistratura.

“Sempre me preocupei com a falta de efetividade das decisões, com a “sentença de papel”, que encerra o processo, mas não o problema das partes. E me incomoda sobremaneira a morosidade na solução dos conflitos. Minha vida funcional foi sempre focada em combater esses problemas: no início, trabalhando de forma intuitiva e depois, ao perceber que o bom funcionamento da justiça depende de gestão. Rendo minhas homenagens aos colegas que pensam e agem com os mesmos propósitos, dedicando-se à causa da boa gestão judiciária, muitas vezes abdicando do descanso ou do lazer em prol do atingimento de metas e redução de acervo. A judicatura não é uma tarefa simples. É necessário trabalhar com presteza, qualidade e ainda fazer justiça. O magistrado não consegue agradar as duas partes ao proferir uma sentença. Daí o peso da toga que enverga”, disse ela.

Antes de encerrar, a desembargadora destacou as inovações e o crescimento do Poder Judiciário de MS, fez uma breve análise sobre o momento pelo qual atravessa o Poder Judiciário e seus integrantes, quando estes são severamente criticados, e garantiu: o magistrado não é um simples servidor do povo, é um servidor da lei, que não deve curvar-se a pressões. Ela agradeceu ao Des. Divoncir Schreiner Maran, Presidente do TJMS, pela acolhida; e dedicou o momento aos familiares e a todos que fizeram parte de sua trajetória.

Primeira juíza a alcançar a função de desembargadora pelo critério merecimento, ela endereçou um agradecimento especial às magistradas deste Estado, a quem chamou de verdadeiras fortalezas, íntegras e corajosas, capazes de enfrentar todos os desafios que lhes são postos.

“A todas elas asseguro que não medirei esforços para honrar a trajetória construída por elas ao passar a integrar esta Corte. Ao concluir, permito-me dizer que tomo posse no cargo de desembargador com o

mesmo espírito que assumi como juíza substituta neste mesmo plenário em 1º de fevereiro de 1994, com o compromisso de continuar a preservar a autoridade da ordem jurídica, coerente com a minha trajetória de vida. E repito: passarei por este caminho somente uma vez, portanto todo o bem que eu puder fazer, devo fazê-lo agora. Não devo adiar-lo nem negligenciá-lo, pois não passarei por este caminho novamente. Muito obrigada”.

Recepcionar a nova desembargadora, em nome do Tribunal de Justiça, foi responsabilidade do Des. Dorival Renato Pavan. Ele chamou Elizabete Anache de amiga querida, reconhecendo que a posse da magistrada é uma das atividades administrativas mais importantes do TJMS, em especial nesse ocasião porque ela chegou pelo critério de merecimento, tratando-se de um evento significativo para a desembargadora empossada, seus familiares, amigos e para o Poder Judiciário de MS.

“Para esse Tribunal, a posse de Elizabete Anache reforça a certeza de que passaremos a contar com seu talento e saber jurídico incomparáveis, mercê de um valoroso trabalho desenvolvido ao longo de sua carreira. Para a nova desembargadora positiva-se um misto de alegria, mas também de inquietação em razão dos novos e grandes desafios que aqui a esperam. Temos certeza que serão facilmente superados por essa excepcional magistrada, qualidade que já demonstrou como membro efetiva do TRE/MS, sempre firme, segura e precisa em seus votos e intervenções”.

Segundo o Des. Pavan, Elizabete galga uma nova etapa da vida, agora mais forte, madura, experiente, sabia e mais resiliente. Respeitada, honrada, culta, profícua, rápida na prestação funcional de qualidade, junto a seus colegas, advogados, membros do MP, advocacia pública, defensoria, procuradorias e colaboradores que com ela laboraram, detentora da técnica do processo, do conhecimento jurídico, da aura de humildade que marca os grandes nomes da história, foram alguns dos predicados que Pavan utilizou para falar sobre a nova colega de toga.

“O TJMS a recebe carinhosamente e tem imenso orgulho de tê-la em nosso Sodalício, mercê de sua experiência e qualificação profissional, levando consigo a probidade e a honestidade de uma mulher que, pelo brilho e fulgor de sua carreira profissional, serve de exemplo a todos quantos exercem essa difícil tarefa, que é a de judicar”.

O presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, destacou que a escolha da juíza Elizabete Anache é um momento feliz do TJMS e, para esclarecer a afirmação, apontou que o país atravessa importantes transformações históricas e que a escolha da notável magistrada enriquece o colegiado.

“Elizabete Anache dispensa elogios. Todos que a conhecem são unânimes em associar seu nome às palavras competência, inteligência, altivez, honestidade e coerência. Ser humano de altíssima qualidade, uma personalidade cuja admiração é compartilhada por seus pares, servidores e pela classe de advogados do nosso MS”.

Karmouche lembrou que muitos afirmam que indicar mulheres para postos importantes das instituições é um modismo exigido pelos tempos modernos e confessou que não compartilha dessa visão equivocada. Para ele, não há lugares de homens e mulheres: há lugar para o mérito, para a criatividade, para o esforço, dedicação e coerência.

“Louvo a chegada da Desa Elizabete Anache a essa Corte de Justiça. Temos a certeza de que, com sua experiência e sabedoria, ela nos ajudará e, à sua maneira, fará do pouco o muito; do essencial o fundamental, do pequeno o grande, do individual a grandeza do coletivo. Saudações, desembargadora. Sucesso nessa nova jornada de sua vida”.

Em nome do Ministério Público falou o Procurador-Geral de Justiça, Paulo César dos Passos. Ele lembrou do Des. Manoel Mendes Carli, falou da excelência da justiça de MS, lembrou do tempo em que ele e a Desa Elizabete estudaram juntos e estagiaram em um escritório de advocacia.

“Inteligente, obstinada, justa, estudiosa, responsável, amiga e uma série de outras qualidades que trazia consigo e marcaram-me profundamente. Lembro-me da garra e determinação para os estudos, experiências profissionais e jurídicas, que decerto contribuíram para sua vasta cultura e formação humanística”.

Passos citou Nelson Mandela para dizer que sonha com o dia em que todos levantar-se-ão e compreenderão que foram feitos para viverem como irmãos, lembrou que o Brasil é um país de desigualdade e o foco do do Poder judiciário não pode outro senão os jurisdicionados.

“O Ministério Público de MS tem a absoluta convicção que V. Excia, sexta mulher a integrar o TJMS e a primeira a ser promovida por merecimento – juntamente com os demais desembargadores que compõem esta Corte, continuará a honrar a justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Seja feliz!”.

Representando a magistratura sul-mato-grossense, a vice-presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), Denize de Barros Doder, lembrou que a escolha da primeira magistrada para o cargo de desembargadora, pelo critério de merecimento, já seria motivo suficiente para comemoração e verdadeiro marco na história do nosso Poder Judiciário.

“Mas essa conquista tem uma conotação ainda mais especial, pela referência a uma juíza que representa uma verdadeira instituição em nosso meio jurídico, com uma trajetória irrepreensível e dotada dos mais qualificados princípios profissionais, éticos e morais. Esse o motivo da solenidade de hoje representar não somente os sonhos e esperanças do porvir, mas a celebração e consolidação de quem já é, de quem conhece e realiza o seu propósito, tanto na carreira, como em todas as nuances de sua individualidade!, disse ela.

No entender de Denize, em razão dos mais altos valores que Elizabete Anache representa, personifica e inspira, todo o primeiro grau do Poder Judiciário de MS toma posse juntamente com ela.

“Receba nosso respeito, lealdade, admiração, orgulho e amizade. Pela nossa Amamsul, desejamos todo sucesso, sabedoria e serenidade, que Deus continue abençoando e iluminando seus caminhos. Mas, acima de tudo, que a felicidade esteja presente, o riso seja constante e a fé sua companheira, afinal, parafraseando Fernando Pessoa: Tudo vale a pena/ Se a alma não é pequena./Quem quer passar além do Bojador/ Tem que passar além da dor./ Deus ao mar o perigo e o abismo deu,/ Mas nele é que espelhou o céu....”. Parabéns querida Betinha... por hoje, por sempre!!”, cumprimentou.

Prestigiaram a solenidade de posse juízes da Capital e do interior, juízes e desembargadores aposentados, a Procuradora-Geral do Estado, Fabíola Marquetti S. Rahim; o presidente da Assembleia Legislativa, Junior Mochi; o prefeito Marcos Trad; o presidente do TRT da 24ª região, Des. Nicanor de Araújo Lima; o Corregedor-geral do TEC/MS, Ronald Chadid; a segunda Subdefensora-geral da Defensoria Pública, Angela Rosseti Chamorro, além de outras autoridades civis e militares.

Discurso de posse da Desembargadora Elizabete Anache - 23/01/2019

“Passarei por este caminho somente uma vez, portanto todo o bem que eu puder fazer, devo fazê-lo agora. Não devo adia-lo nem negligenciá-lo, pois não passarei por este caminho novamente.” (Quaker/Sabedoria Oriental).

Boa tarde a todos!

Cumprimento todas as pessoas que estão aqui representando as mais relevantes instituições deste Estado, cuja presença muito me orgulha, na pessoa do nosso Presidente Des. Divoncir Schreiner Maran.

Cumprimento os senhores Desembargadores com os quais terei a honra de partilhar a tarefa de julgar, os servidores do Poder Judiciário, os colegas Juizes deste Estado aqui presentes. Procuradores e Promotores de Justiça, advogados, professores, familiares e amigos. Sintam-se todos abraçados. É muito importante para mim a presença de vocês neste evento, em plena quarta-feira, às duas horas da tarde, horário de expediente.

Sei do sacrifício que fizeram para aqui estar. Dedico as minhas primeiras palavras, como não poderia deixar de ser, à memória do inesquecível Des. Manoel Mendes Carli, que partiu para o outro plano há pouco mais de sessenta dias, deixando enorme lacuna na magistratura sul-mato-grossense, após trinta e seis anos de dedicação completa à carreira. Registro as minhas homenagens a essa figura ímpar, tanto pelo espírito público, como também pela personalidade afável, sincera, alegre, simples, enfim, um homem bom. Restaram em todos nós a saudade e a gratidão. E para mim, talvez pelos insondáveis desígnios divinos, ficou a imensa responsabilidade de honrar a vaga por ele deixada neste Sodalício e continuar a missão que ele aqui cumpria.

E nesse sentido peço a proteção de Deus, que me guiou até aqui, permitindo a minha ascensão ao mais elevado cargo da magistratura estadual neste momento da minha vida, mediante aprovação do meu nome pelos eminentes integrantes desta Corte, por unanimidade, aos quais agradeço a confiança em mim depositada.

Ser conduzida para entrar neste plenário pelo Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, decano desta Corte, meu mestre, a quem só tenho palavras de agradecimento, e pela integrante mais moderna, Desa. Dileta Terezinha de Souza Thomaz, amiga sincera de tantos anos, é uma grande emoção. Ser recebida com as saudações generosas do Excelentíssimo Senhor Presidente da OAB, Mansour Karmouche, do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Paulo Cezar dos Passos, com quem já dividi experiências únicas na época de estágio, ainda nos anos 80 e que lacram fortes laços de amizade, assim como com a saudação generosa do meu grande amigo, Des. Dorival Renato Pavan, fez meu coração transbordar de alegria.

Eu recebo essa promoção consciente da minha responsabilidade, com coragem e serenidade. Assumo o compromisso de realizar o possível e o impossível para dignificar o nome deste Tribunal e de seus integrantes. O acesso ao Tribunal não me torna maior nem mais importante, ao contrário, apenas aumenta os meus deveres e o meu empenho para exercer a magistratura com lucidez, serenidade, honestidade, humildade, ética e independência.

Ao mesmo tempo que me atormentam muitas dúvidas sobre o que o futuro me reserva, gostaria de expressar o entusiasmo e a grande alegria pela recepção generosa e acolhedora que me foi proporcionada por todos aqui neste Tribunal e também por esse evento prestigiado por tantas pessoas queridas, que me lembram diversas passagens ao longo da minha vida.

Acredito que quase todo magistrado imagina o dia em que chegará ao Tribunal, afinal, o tempo passa, sem piedade, e o tempo passa mesmo. Como diria o Des. Elpídio: ‘O tempo passa igual para todo mundo.’ E eu confesso que pensava já no que poderia dizer quando chegasse essa ocasião. Talvez um discurso retórico, com toque poético ou citações de efeito. Mas o fato é que não posso fugir do simples e do óbvio, ou seja, contar um pouco da minha história até aqui e expor os objetivos que pretendo alcançar na judicatura de segundo grau, uma espécie de carta de compromisso.

Começando a minha história, posso dizer que sou o registro vivo de que o estudo, o trabalho e a dedicação podem transformar a condição humana. Veja pelas minhas origens. Meu pai, Fehmi João Anache, foi um imigrante turco que chegou ao Brasil na década de 50, cruzando os mares. Veio da cidade de Mardin, hoje na fronteira entre Turquia, Síria e Iraque. Fugindo dos conflitos naturais daquele ambiente. Desembarcou no Porto de Santos em 1953, vindo para Campo Grande ao encontro dos irmãos Abraão e Adib. Não trazia recursos, somente sonhos, e aqui se deparou com um novo horizonte e a possibilidade de concretizá-los. E um desses sonhos foi o de formar a sua família, o que o fez com minha mãe, Ermelinda Gonçalves Anache, também filha de imigrante, mas de Portugal, e juntos ficaram por quarenta e nove anos. Nasceram três filhos, eu e meus dois irmãos mais velhos, João Jamil e Samir, dos quais muito me orgulho, e os netos, Jamil Alexandre, Alina, Felipe, Maria Eduarda e Luís Felipe, que transformaram as nossas vidas.

Sou campo-grandense, estudei nos Colégios Nossa Senhora Auxiliadora e Dom Bosco, que moldaram minha personalidade, com lições que nunca esqueci, e me proporcionaram amizades de uma vida toda, algumas das quais visualizo emocionada neste plenário. Cursei Direito nas Faculdades Unidas Católicas Dom Bosco (FUCMAT), onde tive professores e colegas incríveis, sem os quais minha formação não seria a mesma. Também vejo alguns deles aqui, no dia de hoje, o que torna mais difícil ainda controlar a emoção. Trabalho desde cedo, e disso muito me orgulho, recordando da época em que, ainda menina, ajudava meu pai a fazer pacotes na loja de sapatos da Rua 14 de julho. Com dezessete anos tive meu primeiro emprego formal, como professora de inglês, fiz estágio no fórum com a Desa. Dagma Paulino dos Reis, aqui presente, com o próprio Des. Elpídio, e ao terminar a faculdade permaneci na instituição para lecionar Direito Civil. Advoguei, fui assessora jurídica do Planejamento Urbano Municipal, e depois assessora de gabinete do Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, que sempre me tratou com tanta doçura e generosidade e despertou a minha vocação para a magistratura.

E aqui abro um parênteses para registrar que somente os desígnios de Deus explicam o fato de ter sido promovida para a vigésima vaga de Desembargador deste Estado, ocupada por Sua Excelência de 1990 a 2010, que a transmitiu na sequência ao Des. Manoel. Minha gratidão.

Pois bem. Após alguns anos de estudo, obtive êxito na aprovação no concurso, que me levou às comarcas de Bataguassu, Bela Vista e Aquidauana, proporcionando a vivência de momentos marcantes, dos quais sinto enorme saudade. Depois, aqui em Campo Grande, nove anos, praticamente, na Vara de Família, em que pude exercer a judicatura de uma forma plena, com muita satisfação, tentando solucionar o conflito de pessoas, de famílias, e me senti muito útil. Essa foi uma experiência muito marcante em minha vida. Fiquei muito feliz. Em momento algum a Vara de Família me trouxe angústia ou preocupação, muito pelo contrário, gostei muito, muito. Sinto saudades. E, depois, as experiências valiosíssimas nas funções administrativas que exerci, sob as administrações dos Desembargadores já nominados. Des. Elpídio que me convocou para ser Juíza Auxiliar da Presidência. Na sequência, o Des. Paulo Alfeu Puccinelli, o Des. Luiz Carlos Santini, que também vejo aqui presente, o Des. Joenildo de Souza Chaves, também aqui. Na Corregedoria, com a Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges. E por fim, com o meu dileto Des. Julizar Barbosa Trindade que tanto me ensinou e de quem sou extremamente grata. Enfim, e a história chegou até aqui. E tudo isso demonstra que essa conquista não é pessoal.

Nunca foi um projeto individual. Dizia eu há alguns dias que a minha forma de exercer a judicatura sempre se pautou por atitudes que buscavam reduzir a distância entre o juiz e o jurisdicionado. Sempre me preocupei com a falta de efetividade das decisões, com a ‘sentença de papel’. Aquela que encerra o processo, mas não o problema das partes. E me incomoda sobremaneira a morosidade na solução dos conflitos. Minha vida funcional foi sempre focada em combater esses problemas: no início não tinha muito método, trabalhando de uma forma mais intuitiva. Depois, passei a perceber que o bom funcionamento da justiça depende de gestão, não só material e tecnológica, mas essencialmente de pessoas. É preciso olhar nos olhos das pessoas. E eu tentei, através disso, implantar mecanismos que a agilizassem, através de muito estudo, diálogo e troca de experiências. Dessa forma, rendo minhas homenagens a todos os colegas que pensam e agem com os mesmos propósitos, dedicando-se à causa da boa gestão judiciária, muitas vezes abdicando do descanso ou do lazer em prol do atingimento de metas e redução de acervo.

A judicatura, todos sabem, não é uma tarefa simples. É necessário trabalhar com presteza, qualidade e ainda fazer justiça. O magistrado nunca consegue agradar as duas partes em um litígio. Um processo sempre tem um vencedor e um vencido. Daí o peso da toga que enverga. Não posso deixar de mencionar o momento pelo qual atravessa o Poder Judiciário e seus integrantes. Somos severamente criticados, diuturnamente, mas as críticas, em si, não incomodam, até porque muitas delas são justas e mesmo as injustas são bem-vindas, desde que de boa-fé. O que exaspera e inquieta é o espírito delas. O magistrado não é um simples servidor do povo, mas sobretudo um servidor da lei, que não deve curvar-se a pressões de toda ordem, partam elas da opinião pública, da mídia ou de setores governamentais ou da política. Esses intensos ataques desferidos contra a justiça brasileira parecem fazer parte de uma estratégia deliberada de tentar nos colocar em conflito com a população, em um verdadeiro assédio moral contra profissionais sérios que formam a justiça brasileira.

Notem que os desafios do magistrado são amplos e extrapolam a nobre missão de julgar. Alguns não percebem o grau do aumento do número de processos, pois com a democratização do acesso à Justiça, determinada pela Carta Cidadã de 1988, a judicialização dos conflitos atingiu patamares estratosféricos. Aqui em Mato Grosso do Sul, o Tribunal de Justiça vem realizando há décadas sólidos investimentos na informatização e na qualificação dos servidores, tendo implantado o processo eletrônico em 100% das comarcas do Estado e também no segundo grau desde 2012. E diversas outras ferramentas tecnológicas, diversas outras práticas foram implantadas, fazendo com que obtivéssemos em destaque nacional. Paralelamente, o Tribunal tem se empenhado para fortalecer a mediação e a conciliação, com a criação de setores específicos, de forma a incentivar todas as formas de solução amigável e reconhecendo a importância das formas alternativas de solução dos conflitos.

Não poderia encerrar minha fala sem expressar meus agradecimentos, pois em minha caminhada recebi o apoio de tantas pessoas, mas tantas, que até me angustia o fato de não poder nomeá-las todas. Mas receba o meu muito obrigada, em primeiro lugar, o Des. Divoncir Schreiner Maran, Presidente deste Sodalício, que me recebeu de forma tão distinta e generosa, que vai muito além dos laços de admiração e amizade que lhe dedico. Agradeço à minha família. Eu nada seria sem vocês. Mãe, este dia é seu, não me esqueço de nenhuma das oportunidades em que me acompanhou em todas as cidades por onde passei, ajudando no que podia. Eu tenho certeza que meu pai está por aqui. Fisicamente ele nos deixou há dez anos, mas ele está aqui, pode ter certeza. Felipe, meu marido há 12 anos, meu amor, meu parceiro de todas as horas, que me incentiva e me apoia incondicionalmente. Maria Eduarda e Luís Felipe, amo vocês mais do que tudo! Meu irmão aqui presente, João Jamil, minha cunhada Alexandra, meus sobrinhos que estão aqui, Jamil e Felipe, que considero como filhos, meus sogros Coronel Reis e Dona Célia, meu cunhado Frederico e sua esposa Sandra, meus tios, meus primos, muito obrigada pelo apoio. Eu não seria nada sem vocês. Amigos presentes, vocês também são muito importantes na minha vida. A pessoa sem amigos não consegue nada, não consegue nem fazer inimigos.

E quero, por fim, fazer um agradecimento especial às magistradas deste Estado, verdadeiras fortalezas, íntegras e corajosas, capazes de enfrentar todos os desafios que lhes são postos. A todas elas asseguro que não medirei esforços para honrar a trajetória construída por elas ao passar a integrar esta Corte. Já concluindo, permito-me dizer que tomo posse no cargo de Desembargador com o mesmo espírito que assumi como Juíza Substituta neste mesmo plenário em 1º de fevereiro de 1994, portanto há quase vinte e cinco anos. Continuo a mesma pessoa e com o compromisso de continuar a preservar a autoridade da ordem jurídica, coerente com a minha trajetória de vida.

E repito: ‘Passarei por este caminho somente uma vez, portanto todo o bem que eu puder fazer, devo fazê-lo agora. Não devo adiá-lo nem negligenciá-lo, pois não passarei por este caminho novamente.’ Muito obrigada.”



Corregedor acompanha apresentação de apenados por biometria em Mundo Novo - 27/02/2019



O Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins, esteve na comarca de Mundo Novo essa semana para realizar inspeções ordinárias e acompanhou o início da operação de um sistema facilitador, que permite a apresentação de sentenciados em liberdade condicional, de forma mais fácil e rápida.

A nova ferramenta tecnológica permite o registro de presença dos apenados que têm a obrigação de se apresentar pessoalmente ao juízo. Na prática, o apenado não precisará mais ir até o cartório e assinar fisicamente a presença - basta colocar a digital na unidade eletrônica para que sua presença seja confirmada.

Assim, a unidade disponibilizada pela Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS garante mais rapidez, transparência e fidelidade ao processo, pois evita que os apenados façam a apresentação no balcão, insiram os dados no sistema e assinem o comprovante, que precisaria ser digitalizado.

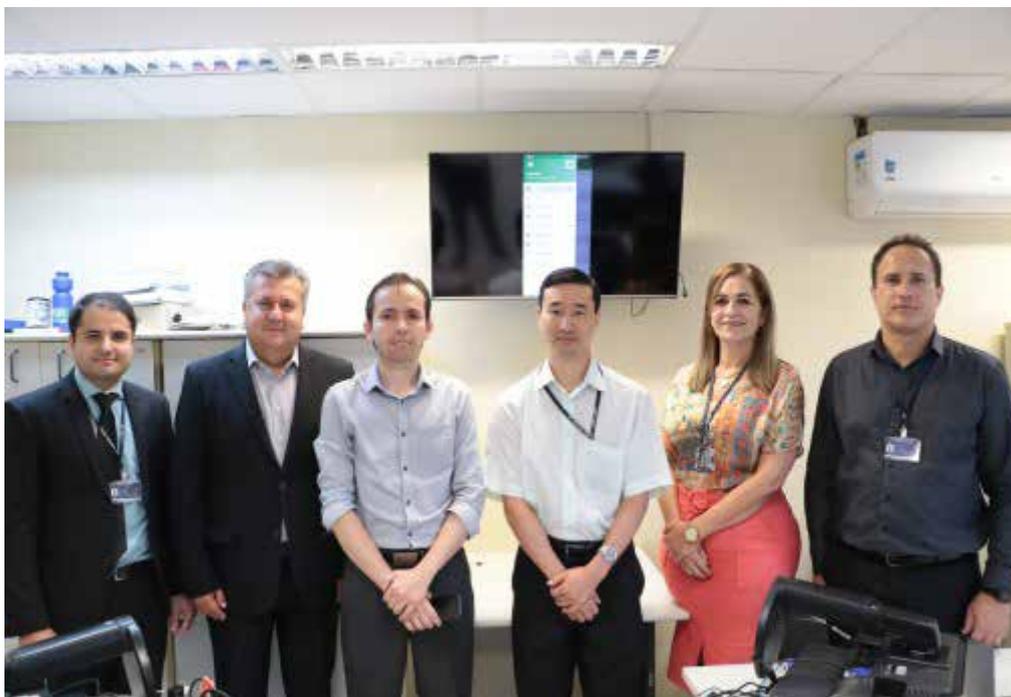
Saiba mais – O projeto-piloto da Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo foi iniciado em Campo Grande, em junho de 2018, e a nova solução tecnológica será implantada aos poucos nas comarcas do interior. A comarca de Nova Alvorada instalou o totem em agosto do ano passado.

Pelo novo sistema, o registro é feito pelo cadastramento das digitais e a unidade faz a leitura biométrica do apenado, emitindo o comprovante de comparecimento, além de evitar filas e o envolvimento de servidores para fazer o processo manualmente.

Outra vantagem é a alimentação automática no sistema, tornando possível verificar se existe alguma pendência e, em caso positivo, indicando ao apenado a necessidade de se dirigir ao balcão de atendimento para resolver a questão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS lança projeto-piloto do aplicativo de mandados para oficiais de justiça 01/03/2019



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Secretaria de Tecnologia da Informação (STI), lançou nesta sexta-feira (1º) o projeto-piloto do Aplicativo de Mandados, desenvolvido para auxiliar o trabalho dos Oficiais de Justiça. O evento contou com a participação do juiz diretor da Central de Processamento Eletrônico (CPE), Wilson Leite Corrêa, da diretora da Secretaria Judiciária de 1º Grau, Conceição Pedrini Pereira, e do diretor da STI, Altair Junior Ancelmo Soares. Inicialmente o aplicativo será disponibilizado para alguns oficiais, como um teste.

A criação do software visa racionalizar o dia a dia dos oficiais de justiça, pois estará interligado a uma central. O aplicativo notifica o oficial, a qualquer momento, sobre o cumprimento de um mandado específico, podendo ter acesso a todas as informações do documento, por meio de smartphones.

A diretora da Secretaria Judiciária de 1º Grau explicou que o software possui uma interface que auxilia o trabalho do Oficial de Justiça. “Ele tem várias funções, entre elas organizar a rotina dos oficiais, ao invés de ser guiado por um controle manual, eles mesmos poderão controlar os vencimentos dos mandados, de modo on-line, ver a localização, priorizar os urgentes, entre outras funções”, explicou Conceição Pedrini.

O juiz diretor da CPE, Wilson Leite Corrêa, ressaltou a importância do aplicativo para os oficiais de justiça. “Visa dinamizar o trabalho dos oficiais de justiça facilitando os controles sobre os mandados que ele possui, aqueles que estão cumpridos ou não, isso vai auxiliar na prática dos atos processuais, evitando adiamento de audiências e, com isto, contribuindo para a prestação jurisdicional”, ressaltou Corrêa.

Ainda segundo o magistrado, os mandados são lançados no sistema e é criada a rota que o oficial de justiça seguirá pelo programa de GPS. Com isto, é possível ter controle a respeito do cumprimento e dará mais certeza no cumprimento de mandado.

O software de mandados foi desenvolvido dentro da Coordenadoria de Desenvolvimento de Sistemas do Departamento de Sistemas Administrativos da STI. Os servidores que atuam no desenvolvimento do projeto são Ricardo Manabu Kimura Nakasima e Eder Carlos Jacomini Ramos, sob supervisão dos gestores Gilliard Santos Cordeiro e Daren Dobrinsky Soares.

Saiba mais – A Central de Processamento Eletrônico (CPE) é uma das propostas de maior sucesso da justiça sul-mato-grossense. Iniciou sua atuação em 2013, nas varas de execução penal do Estado e depois alcançou as varas dos juizados de comarcas do interior e justiça comum. Atualmente, os cerca de 240 servidores da CPE atuam em aproximadamente 300 mil processos, divididos em juizados de 36 comarcas e em 8 comarcas com feitos da justiça comum. Desde setembro de 2015, a Central movimentou 100% dos processos de execução penal do Estado.

Pela excelência nos resultados do trabalho e por ser uma inovação, a CPE ganhou destaque como Cartório do Futuro e vem despertando interesse por parte de vários tribunais brasileiros, inclusive com recomendação do Conselho Nacional de Justiça para que conheçam esta prática exitosa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza participa do diálogo “Cidadania na Perspectiva de Gênero, Raça e Etnia” 15/03/2019



A juíza coordenadora da Mulher do TJMS, Jacqueline Machado, participou, nesta quinta-feira (14), no auditório da Governadoria, do encontro “Cidadania na perspectiva de Gênero, Raça e Etnia”. O evento promoveu um diálogo sobre os direitos civis, sociais e políticos das mulheres, com discussões sobre o preconceito e a discriminação do gênero.

A magistrada foi uma das convidadas a participar e ressaltou a importância de se discutir o tema, pertinente ao cenário atual no país. “É de extrema importância dialogar e discutir sobre a questão de gênero com comissões de raça e etnia, porque sabemos que as mulheres negras e indígenas têm vulnerabilidade social muito maior do que as outras. Conversando com as lideranças é possível entender a necessidade de se fazer projetos e políticas específicos para estas categorias de mulheres e o Judiciário tem que reconhecer a realidade desses grupos para saber como adaptar melhor as leis e ajudar quem está em situação de vulnerabilidade”, disse a juíza.

Além de representantes de diversos municípios de Mato Grosso do Sul, participaram também da rodada de conversas Marta Nunes da Costa, doutora em filosofia e ciência política, com atuação em estudos feministas e professora da UFMS, e Ângela Vanessa Epifânio, feminista, membro do coletivo de mulheres negras e do Conselho Estadual dos Direitos da mulher e das pessoas negras.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Portaria normatiza funcionamento do Comitê de Gênero, Raça e Diversidade do TJ 21/03/2019



Está publicada no Diário da Justiça desta quinta-feira (21) a Portaria nº 1.445, que dispõe sobre o funcionamento do Comitê de Gênero, Raça e Diversidade do TJMS. A partir de agora, o Comitê de Gênero, Raça e Diversidade é órgão auxiliar permanente da estrutura do TJMS, com a atribuição de identificar problemas e propor ações de melhoria e igualdade no ambiente de trabalho, nos aspectos físico, social, psicológico e organizacional.

As reuniões serão realizadas sempre na última terça-feira do mês, das 9 às 11 horas. Em caso de urgência, a reunião pode ser antecipada com 2/3 dos membros, já que o comitê possui caráter consultivo e propositivo, sendo ainda possível encaminhar sugestões/projetos à Presidência sobre necessidades dos servidores.

Comporão o comitê um desembargador, que coordenará o grupo de trabalho; dois magistrados, indicados pela Amamsul, sendo um obrigatoriamente mulher; um representante da Direção-Geral, um da Coordenadoria Estadual da Mulher do TJMS, um da Secretaria da Comunicação, um da Secretaria de Gestão de Pessoal; uma servidora, servidor negro, um servidor com deficiência, um servidor LGBTI e um servidor idoso (ativo ou inativo) – todos escolhidos, por votação secreta, pelos servidores do Poder Judiciário.

A composição do Comitê pode ser alterada a cada dois anos, permitida apenas uma recondução, para garantir a alternância dos integrantes. O período para as inscrições será compreendido entre 1º e 29 de abril dos anos ímpares. É obrigatória a ampla divulgação das eleições no TJMS, Fórum da Capital, Cijus e interior para garantir a inscrição de todos os interessados. A inscrição e a votação serão realizadas pela intranet.

Ao Comitê compete propor, promover e realizar ações, projetos, vídeos, campanhas e eventos voltados ao tema da Política de Gênero, Raça e Diversidade, bem como estimular as áreas administrativas e judiciárias a encaminharem propostas com o objetivo de promover a integração das áreas e encadear ações para garantia da igualdade no ambiente de trabalho, nos aspectos físico, social, psicológico e organizacional.

Estão ainda entre as atribuições acompanhar os encaminhamentos dos relatos de violações de direitos humanos, discriminação ou conflitos nas relações de trabalho, no âmbito de sua competência; revisar e propor atualizações deste normativo, nos planos e políticas realizadas, sempre que necessário.

A Presidência do TJMS deverá garantir a implementação desses regramentos, aprovar as revisões e atualizações, além de estudar a viabilidade da execução dos projetos. Aos gestores, magistrados e servidores caberá efetivar as ações decorrentes desta política e acompanhar sua efetivação; propor, ao Comitê, alterações que considerem importantes para sua aplicação e efetividade, assim como ações e projetos que estejam em consonância com os seus objetivos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Zaloar Murat Martins de Souza é empossado desembargador do TJMS - 24/04/2019

Com o plenário lotado de autoridades, amigos e familiares, o juiz Zaloar Murat Martins de Souza foi empossado desembargador e passa a integrar a mais alta Corte de Justiça de MS. O Des. Zaloar atuará em uma das Câmaras Criminais e uma das Seções Criminais.

Ao ser empossado pelo Des. Paschoal Carmello Leandro, Presidente do Tribunal de Justiça de MS, o magistrado foi muito aplaudido. Zaloar Murat ingressou na magistratura em janeiro de 1989, na 10ª circunscrição, após aprovação no XI Concurso para o cargo de Juiz Substituto. Em agosto do mesmo ano, uma promoção o levou para a comarca de Sete Quedas, onde permaneceu até março de 1991, quando, por remoção, passou a judicar em Itaporã.

Em março de 1995, foi promovido para a 1ª Vara de Amambai, comarca de segunda entrância. Foi diretor do Foro. Foi promovido para Dourados em março de 2001 e na comarca de entrância especial julgou na 6ª Vara Cível, sendo removido em 2004 para a Vara da Infância, onde permaneceu até a promoção para desembargador.

Antes dos discursos, representando a Assembleia Legislativa, o deputado Marçal Filho entregou ao Des. Zaloar Murat uma moção de congratulação, em reconhecimento ao trabalho do magistrado em três décadas dedicadas à distribuição da justiça.

O procurador Marcos Antonio Martins Sottoriva falou em nome do Ministério Público e lembrou do início de sua carreira, quando trabalhou na comarca de Sete Quedas e lá atuava o então juiz Zaloar. Ele ressaltou que teve a chance de conhecer o homem que é magistrado por excelência. Sottoriva garantiu que a humildade e a altivez de Zaloar são sua marca registrada e enobrecem a magistratura sul-mato-grossense.

“V. Excia se encaixa perfeitamente no perfil conciliador que deve ser o norte de todos os magistrados e demais operadores do direito. Esse Tribunal tem dado exemplo por sempre buscar a conciliação entre as partes e tenho certeza que, com seu perfil conciliatório, será mais um soldado a perfilar esse egrégio Tribunal de Justiça para que tenhamos novos horizontes no sistema de justiça. Que Deus o ilumine na nova função”, desejou.

O vice-presidente da OAB/MS, Gervásio de Oliveira Jr., saudou o novo desembargador em nome dos advogados e garantiu que ele saberá manter a já conhecida linha de correção, competência e sabedoria nas decisões. Para a advocacia, o trabalho de Zaloar na mais alta Corte de justiça sul-mato-grossense será motivo de orgulho.

“O homem é a sua história e vivemos em momento importante no Poder Judiciário. Seu percurso profissional e humano revela sua personalidade, sua inteligência, seus propósitos e seu compromisso. O juiz Zaloar ganhou reconhecimento entre seus pares pelo equilíbrio, capacidade de diálogo e interesse de manter-se em sintonia com as coisas do nosso tempo. Todas as referências e conquistas enobrecem sua biografia. Seja bem-vindo”.

Em nome do Poder Judiciário, ele foi recepcionado pela Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, que atuou com ele em Dourados por muitos anos. Ela confessou estar honrada com a incumbência de saudar um notável magistrado e querido amigo, e apontou que este é um momento de júbilo que a magistratura sul-mato-grossense está vivendo para coroar a carreira de um juiz vocacionado, dedicado e seriamente comprometido com o direito e a justiça.

“Convido todos a uma breve viagem no tempo: janeiro de 1989, ano em que fomos aprovados no 11º concurso para o cargo de Juiz Substituto de MS para o exercício da judicatura. Somos da mesma turma. Saímos do Rio Grande do Sul para nos enveredarmos pelo caminho da justiça. Nossa amizade nasceu logo depois do ingresso na magistratura e se fortaleceu ao longo de mais de 30 anos, em uma relação fraternal e de respeito, que também uniu nossos cônjuges e filhos”, disse ela emocionada.

A magistrada relatou que suas trajetórias confundem-se com as vidas profissionais e pessoais. “A admiração que conquistou, Des. Zaloar, ao longo de sua trajetória profissional, certamente deve-se à técnica e sensatez de suas decisões, sempre regadas, ao mesmo tempo, de humanidade e razoabilidade. Por toda essa caminhada, estamos hoje aqui reunidos, nesta solenidade tão importante: o coroamento de uma carreira vitoriosa. Estou convencida que o novo ciclo profissional continuará sendo marcado pelo mesmo entusiasmo e sensatez que nortearam a sua trajetória desde o ingresso na magistratura. Seja muito feliz!”, concluiu.

“Quis Deus, na sua infinita bondade, propiciar-me dádivas incomensuráveis, que muito dignificaram minha existência. Destaco a graça de poder fazer parte da magistratura sul-mato-grossense, cujo ápice da carreira culmina neste momento emocionante, de galgar a um assento nesta egrégia corte de Justiça”.

Assim começou o discurso do novo desembargador de Mato Grosso do Sul, que relatou como iniciou sua carreira na magistratura, as comarcas pelas quais passou até finalmente galgar a entrância especial na comarca de Dourados, onde julgou por 18 anos. “Pelas terras por onde passei, procurei ser um bom juiz, desempenhando a contento a missão - parte do meu juramento de posse - de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis”, disse ele.

Ele garantiu que, nas três décadas de exercício da magistratura, procurou nortear-se pelo princípio do bom senso, que considera inarredável do bom juiz, demonstrando a capacidade de fazer escolhas sensatas e inteligentes, com cautela e equilíbrio. O magistrado agradeceu as pessoas com que conviveu.

“Enfatizo, em especial, os servidores das comarcas de Paranaíba, Sete Quedas, Itaporã, Amambai e Dourados, e em outras cidades onde exerci a substituição legal. Um agradecimento especial aos meus assessores Robson Moraes dos Santos e Cristiane Nogueira Câmara, por caminharem comigo por 18 anos na comarca de Dourados e também a Adriana, primeiro como assessora e depois como chefe do cartório. A vocês devo parte do sucesso obtido nessa longa jornada”.

Zaloar também homenageou a família e fez uma declaração de amor para a mulher. “Meu reconhecimento e profunda admiração à minha esposa Maria Inês, incansável companheira de todas as horas, mulher de muita fibra, determinada, forte personalidade, que abdicou de sua vida profissional para dedicar-se ao nosso filho André, portador de necessidades especiais. A você, querida Maria Inês, devo e dedico todo o sucesso profissional alcançado”, declarou.

Com os filhos André e Leonardo, a netinha Isabella e a nora Andréia, dividiu as honras do cargo assumido. Agradeceu a presença das irmãs Nazaré e Dionéia, vindas de Porto Alegre para trazer apoio incondicional a nova etapa de sua carreira profissional e, por último, lembrou dos pais falecidos, que moldaram seu caráter e souberam dar a melhor das educações: aquela que vem de berço.

“Peço vênica para emprestar as palavras do magistrado catarinense João Alfredo Medeiros Vieira, citadas pelo Des. José Augusto de Souza, em seu discurso de posse na presidência desta Côrte, para delas fazer uso como prece: ‘Quão pesado e terrível é o fardo que puseste no meu ombro: ajuda-me Senhor! Faze com que eu seja digno desta excelsa missão! Que não me seduza a vaidade do cargo, não me invada o orgulho, não me atraia a tentação do mal, não me fascinem as honrarias, não me exaltem as glórias vãs. Unge as minhas mão, cinge a minha frente, bafeja o meu espírito, a fim de que eu seja um sacerdote e do direito, que Tu criaste para a sociedade humana. Faze da minha toga um manto incorruptível e da minha pena não o estilete que fere, mas a seta que assinala a trajetória da Lei no caminho da justiça. Muito obrigado”.

Além das autoridades já citadas, prestigiaram a cerimônia juizes e desembargadores aposentados, os juizes substitutos em segundo grau Luiz Antonio Cavassa de Almeida, Waldir Marques e Lúcio Raimundos da Silveira, os juizes auxiliares da Corregedoria Renato Antonio de Liberali e César Castilho Marques, e o juiz auxiliar da Vice-presidência Fernando Paes de Campos.

Estiveram também na solenidade a juíza Denize Dodero, vice-presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), representando o presidente Eduardo Siravegna; a procuradora-geral do Estado, Fabíola Marqueti S. Shain, representando o governador Reinaldo Azambuja; o Corregedor-geral do MP, procurador Marcos Antonio M. Sottoriva, representando o PGJ Paulo César dos Passos; o defensor público Marcos Francisco Perassolo, representando o Defensor Público Geral Luciano Montali, o conselheiro Jerson Domingos, representando o TCE/MS.



Zaloar Murat Martins de Souza é empossado desembargador do TJMS

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Discurso de posse do Desembargador Zaloar Murat Martins De Souza 24/04/2019

Quis Deus, na sua infinita bondade, propiciar-me dádivas incomensuráveis, que muito dignificaram a minha existência. Certamente, destaco a graça de poder fazer parte da magistratura sul-mato-grossense, cujo ápice da carreira culmina neste momento, para mim emocionante, de galgar a um assento nesta egrégia corte de Justiça.

Não poderia deixar de narrar, como a ação amorosa do Senhor traça a nossa caminhada terrena de maneira nem sempre sonhada. Digo isto, fazendo uma retrospectiva, por episódio ímpar, marcante em minha vida e de minha família, por fato ocorrido no início do ano de 1988, quando minha esposa Maria Inês, tendo ido ao litoral paranaense com um casal amigo, e lá, desfrutando do seu lazer, eis que vê ao seu alcance na areia, um exemplar de jornal impresso naquele estado, tomando-o em suas mãos chamou-lhe a atenção o edital de concurso público ao cargo de juiz substituto do Estado de Mato Grosso do Sul.

Retornando ao lar, comentou-me sobre o que havia lido. Como eu decidiria prestar concurso público, pensei, porque não me inscrever nesse concurso em Mato Grosso do Sul, muito embora não conhecesse esse Estado, no qual jamais sonhara residir e trabalhar. Provavelmente não teria tomado conhecimento desse concurso, em tempo hábil, caso não tivesse ocorrido o passeio da minha esposa. Movimentei-me para inscrição ao certame, quando tomei conhecimento de um obstáculo, o prazo estava por vencer. Todavia, eis que surge a voz tranquilizadora da Diretora do Tribunal, animando-me, ao observar que o prazo do edital estaria prestes a ser prorrogado, efetivamente ocorrido, possibilitando-me a inscrição. Desejo frisar, que naquele momento apenas exercia a advocacia no estado do Paraná, época na qual inexistiam as facilidades de hoje no tocante a busca de aperfeiçoamento dos conhecimentos jurídicos. Porém, o Senhor, conhecedor de nossos corações, estendeu-me a mão, como que dizendo “vai lá meu filho, é a sua hora”, uma vez que naquele ano de 1988, o Tribunal de Justiça realizou quatro concursos públicos para o cargo de juiz substituto. Deu-me tempo, ainda que breve, de dedicar-me aos estudos, sendo aprovado no 3º concurso daquele ano, no mês de setembro. É a força consagradora do Senhor.

Iniciei a carreira, tomando posse na comarca de Paranaíba, ali conhecendo dois juízes de direito de grande conhecimento jurídico e diletos amigos, que me acolheram de braços abertos, os quais presentemente fazem parte desta Corte, os desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence e Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Obrigado colegas pelo carinho da recepção e o companheirismo naquele momento de insegurança no começo da carreira.

Poucos meses se passaram, iniciei a caminhada profissional pelo estado na comarca de Sete Quedas, recentemente instalada, onde fui promovido, tornando-me o seu primeiro Juiz de Direito titular. A pedido fui promovido à comarca de Itaporã e, na sequência, promovido à comarca de Amambai, para finalmente galgar a entrância especial na comarca de Dourados, a qual judiquei por 18 anos. Confesso não haver me tornado envaidecido pelo cargo assumido – sendo do conhecimento de quem bem me conhece, mantive a conduta humilde de sempre, mas sem subserviência, humilde para compreender os problemas das pessoas que acorrem ao Poder Judiciário. Pelas terras por onde passei neste Estado, procurei ser um bom Juiz, desempenhar a contento a missão parte do meu juramento de posse, de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis.

Buscando integrar-me as sociedades com as quais convivemos, muito aprendi e experiências somei, podendo com convicção afirmar que as lições da vida angariadas nos trinta anos de magistratura inegavelmente muito ajudaram a moldar-me como ser humano. E como é próprio do ser humano, com minha família vivemos em Mato Grosso do Sul dias de alegria, e outros de menos alegria. Mas estes foram insignificantes, se comparados às vitórias alcançadas, quer no terreno profissional, quer no farto relacionamento social angariado. Os laços formados pelos sentimentos não se desfazem facilmente, pois a amizade, o carinho, o afeto e a dedicação são alguns dos bens da vida que não tem preço, muito embora às vezes o cotidiano nos sufoca tanto que até esquecemos dessas que estão dentre as melhores coisas da vida.

É muito gratificante quando reencontramos pessoas das comunidades das quais participamos – felizmente é muito frequente, e ver em seus rostos e alegria sincera e espontânea pelo reencontro, demonstração da consideração pelo trabalho ali realizado, as boas relações sociais mantidas e a amizade que persiste. Por outro lado, procurei nas três décadas de exercício da magistratura, nortear me sempre pelo princípio do bom senso, inarredável do bom juiz, demonstração da capacidade de fazer escolhas sensatas e inteligentes, com cautela e equilíbrio, pois assim espera de nós o jurisdicionado. Por trilhar um longo caminho de amizades angariadas em Mato Grosso do Sul, não posso, juntamente com meus familiares, olvidar de levar um grande e fraterno abraço às pessoas com quem convivemos, e de dizer-lhes que estarão sempre em nossos corações, uma vez que a amizade sincera e espontânea deve ser perene. Enfatizo, em especial, aos servidores do Poder Judiciário das comarcas de Paranaíba, Sete Quedas, Itaporã, Amambai e Dourados, e em outras cidades que por várias vezes exerci a substituição legal.

Um agradecimento especial aos meus assessores Robson Moraes dos Santos e Cristiane Nogueira Câmara, por caminharem comigo por 18 anos na comarca de Dourados, e também Adriana, por menor tempo, primeiramente como assessora, posteriormente como chefe do cartório. A vocês devo parte do sucesso obtido nessa longa jornada. Em momento tão significativo, não poderia olvidar daquelas pessoas que trilharam comigo as alegrias e os anseios do dia a dia de minha vida, palpitarão as mesmas horas e alimentaram os meus dias.

Primeiramente, meu reconhecimento de profunda admiração à minha esposa Maria Inês, incansável companheira de todas as horas, mulher de muita fibra, determinada, forte personalidade, vindo a abdicar de sua atividade profissional para dedicar-se aos cuidados diuturnos ao nosso filho André, portador de necessidades especiais, que no dizer dos médicos que o trataram ao nascer, não duraria mais que algumas semanas, mas com a graça divina, hoje está com 32 anos de idade e gozando de boa saúde, como podemos vê-lo. A você querida Maria Inês, devo e dedico todo o sucesso profissional alcançado. Aos meus filhos André, por não ter pecado, é um anjo colocado em nossas vidas pelo Senhor, e Leonardo, o qual nos trouxe a mais recente dádiva, a netinha Isabella, e minha nora Andréia. Divido com todos as honras do cargo assumido.

Gostaria também de agradecer a tocante presença de minhas irmãs, Nazaré e Dionéia, as quais deixando seus afazeres profissionais, deslocaram-se de Porto Alegre, na noite passada, para trazer apoio incondicional à nova etapa de minha carreira profissional. Deixei por último minha homenagem aos meus pais, Faustino e Dorilda, já falecidos, os quais moldaram o meu caráter e souberam dar-me a melhor das educações, a educação que vem de berço. O que significa? Quer dizer algo bem simples e verdadeiro: a educação, a ética, os princípios, os valores e o respeito começaram a ser ensinados desde cedo. E, óbvio, que em casa. Meu pai foi um homem simples, ordeiro, detentor de forte senso de justiça em tudo o que fez na vida, sendo meu inspirador a cursar a faculdade de Direito. Que Deus o tenha.

Minhas senhoras, meus senhores, colegas, amigos e parentes, termino esta oração pedindo vênias para tomar por empréstimo palavras do eminente magistrado catarinense, o doutor João Alfredo Medeiros Vieira, citadas por nosso estimado Desembargador aposentado José Augusto de Souza, em seu discurso de posse na presidência desta Corte, para delas fazer uso como prece:

“Quão pesado e terrível é o fardo que puseste no meu ombro: ajuda-me, Senhor! Faze com que eu seja digno desta excelsa missão! Que não me seduza a vaidade do cargo, não me invada o orgulho, não me atraia a tentação do mal, não me fascinem as honrarias, não me exaltem as glórias vãs. Unge as minhas mãos, cinge a minha fronte, bafeja o meu espírito, a fim de que eu seja um sacerdote do Direito, que Tu criaste para a sociedade humana. Faze da minha toga um manto incorruptível e da minha pena não o estilete que fere, mas a seta que assinala a trajetória da Lei no caminho da justiça”.

Muito obrigado.

Índice Onomástico



Jurisprudência Cível

Des. Alexandre Bastos

Apelação nº 0805428-32.2015.8.12.0021 - Três Lagoas	81
Embargos de Declaração nº 1400975-03.2018.8.12.0000/50004 - Paranaíba.....	93
Agravo de Instrumento nº 1408098-52.2018.8.12.0000 - Campo Grande	105

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0801562-57.2017.8.12.0017 - Nova Andradina	111
Apelação nº 0800491-11.2012.8.12.0012 - Ivinhema.....	116
Agravo de Instrumento nº 1409538-83.2018.8.12.0000 - Dourados.....	120

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Agravo de Instrumento nº 1409808-10.2018.8.12.0000 - Aparecida do Taboado.....	128
Mandado de Segurança nº 1405684-81.2018.8.12.0000 - Campo Grande.....	142
Agravo de Instrumento nº 1413490-70.2018.8.12.0000 - Paranaíba.....	159

Des. Divoncir Schreiner Maran

Direta de Inconstitucionalidade nº 1401253-72.2016.8.12.0000 - Campo Grande	179
Apelação nº 0843441-34.2013.8.12.0001 - Campo Grande	184
Mandado de Segurança nº 1408601-73.2018.8.12.0000 - Campo Grande.....	189

Des. Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0800479-88.2013.8.12.0035 - Iguatemi	193
Apelação nº 0023669-31.2007.8.12.0001 - Campo Grande	203
Agravo Interno nº 1414718-80.2018.8.12.0000/50000 - Dourados	215

Des. Eduardo Machado Rocha

Agravo de Instrumento nº 1413048-07.2018.8.12.0000 - Bonito.....	220
Apelação nº 0804514-75.2013.8.12.0008 - Corumbá.....	225
Apelação nº 8000356-15.2016.8.12.0800 - Ribas do Rio Pardo	233

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0002339-71.2009.8.12.0012 - Ivinhema	241
Apelação nº 0002120-89.2008.8.12.0013 - Jardim.....	252
Agravo de Instrumento nº 1401459-81.2019.8.12.0000 - Campo Grande	261

Des. João Maria Lós

Mandado de Segurança nº 1408710-87.2018.8.12.0000 - Campo Grande.....	264
Agravo de Instrumento nº 1412517-18.2018.8.12.0000 - Campo Grande	273
Apelação nº 0820066-96.2016.8.12.0001 - Campo Grande	285

Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso

Remessa Necessária nº 0840468-72.2014.8.12.0001 - Campo Grande.....	290
Mandado de Segurança nº 1408933-40.2018.8.12.0000 - Campo Grande.....	295
Agravo de Instrumento nº 1414037-13.2018.8.12.0000 - Corumbá	300

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0810666-55.2016.8.12.0002 - Dourados	305
Apelação nº 0837778-70.2014.8.12.0001 - Campo Grande	312
Apelação nº 0802614-81.2018.8.12.0008 - Corumbá.....	319

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0821838-31.2015.8.12.0001 - Campo Grande	324
Apelação nº 0830251-67.2014.8.12.0001 - Campo Grande	328
Apelação/Remessa Necessária nº 0801643-70.2016.8.12.0007 - Cassilândia	332

Des. Marco André Nogueira Hanson

Agravo de Instrumento nº 1412754-52.2018.8.12.0000 - Campo Grande	338
Apelação/Remessa Necessária nº 0802571-88.2016.8.12.0017 - Nova Andradina.....	346
Remessa Necessária nº 0805175-07.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....	358

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0805810-88.2016.8.12.0021 - Três Lagoas	361
Agravo de Instrumento nº 1413633-59.2018.8.12.0000 - Cassilândia	370
Apelação nº 0814365-91.2015.8.12.0001 - Campo Grande	373

Des. Nélio Stábile

Apelação nº 0803129-94.2015.8.12.0017 - Nova Andradina	378
Agravo de Instrumento nº 1413207-47.2018.8.12.0000 - Caarapó	382
Apelação nº 0801361-24.2015.8.12.0021 - Três Lagoas	386

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0800285-20.2018.8.12.0001 - Campo Grande	389
Apelação nº 0801146-58.2018.8.12.0016 - Mundo Novo	398
Apelação nº 0801153-48.2016.8.12.0007 - Cassilândia	403

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0009259-26.2011.8.12.0001 - Campo Grande	411
Agravo de Instrumento nº 1406241-68.2018.8.12.0000 - Campo Grande	424
Conflito de Competência nº 1603995-52.2017.8.12.0000 - Jardim.....	431

Des. Sérgio Fernandes Martins

Agravo de Instrumento nº 1407053-47.2017.8.12.0000 - Campo Grande	438
Apelação nº 0805575-87.2017.8.12.0021 - Três Lagoas	448
Apelação nº 0600109-72.2012.8.12.0021 - Três Lagoas	452

Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0012872-46.2014.8.12.0002 - Dourados	466
Apelação nº 0839472-11.2013.8.12.0001 - Campo Grande	471
Agravo de Instrumento nº 1411747-25.2018.8.12.0000 - Fátima do Sul	475

Des. Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1410062-80.2018.8.12.0000 - Coxim.....	483
Apelação nº 0807837-15.2014.8.12.0021 - Três Lagoas	491
Agravo de Instrumento nº 2000842-25.2018.8.12.0900 - Três Lagoas	498

Des. Vladimir Abreu da Silva

Remessa Necessária nº 0800917-75.2017.8.12.0035 - Iguatemi.....	501
Remessa Necessária nº 0801317-27.2015.8.12.0046 - Chapadão do Sul.....	504
Remessa Necessária nº 0821262-09.2013.8.12.0001 - Campo Grande.....	514

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação nº 0801738-67.2016.8.12.0018 - Paranaíba.....	518
Conflito de Competência nº 1600541-30.2018.8.12.0000 - Campo Grande	526
Apelação nº 0822987-28.2016.8.12.0001 - Campo Grande	530

Jurisprudência Criminal

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Apelação nº 0001582-45.2016.8.12.0008 - Corumbá.....	536
Apelação nº 0366376-04.2008.8.12.0001 - Campo Grande	547
<i>Habeas Corpus</i> nº 1402095-47.2019.8.12.0000 - Nova Andradina	559

Des. Emerson Cafure

Apelação nº 0045682-09.2016.8.12.0001 - Campo Grande	565
Apelação nº 0007130-95.2010.8.12.0029 - Naviraí.....	572
Agravo Interno nº 1601829-13.2018.8.12.0000/50000 - Tribunal de Justiça.....	582

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Apelação nº 0000522-52.2016.8.12.0003 - Bela Vista	590
Apelação nº 0833746-80.2018.8.12.0001 - Campo Grande	594
Recurso em Sentido Estrito nº 0803440-74.2018.8.12.0019 - Ponta Porã	597

Des. Jairo Roberto de Quadros

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001010-15.2015.8.12.0044/50000 - Sete Quedas.....	602
Apelação nº 0019868-63.2014.8.12.0001 - Campo Grande	608
<i>Habeas Corpus</i> nº 1400290-59.2019.8.12.0000 - Campo Grande	619

Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação nº 0001796-52.2016.8.12.0035 - Iguatemi	632
Apelação nº 0034634-97.2009.8.12.0001 - Campo Grande	639
Apelação nº 0009312-60.2018.8.12.0001 - Campo Grande	649

Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0001070-16.2013.8.12.0025 - Bandeirantes.....	655
Apelação nº 0040130-97.2015.8.12.0001 - Campo Grande	662
Apelação nº 0001508-38.2018.8.12.0002 - Dourados	667

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0017864-14.2018.8.12.0001 - Campo Grande	673
Agravo de Instrumento nº 1412453-08.2018.8.12.0000 - Campo Grande	683
Apelação nº 0001164-76.2009.8.12.0033 - Eldorado	689
Recurso em Sentido Estrito nº 0000228-08.2015.8.12.0044 - Sete Quedas.....	694

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso em Sentido Estrito nº 0004735-18.2014.8.12.0021 - Três Lagoas	704
Apelação nº 0002493-84.2017.8.12.0020 - Rio Brillhante.....	715
Apelação nº 0029729-05.2016.8.12.0001 - Campo Grande	725

Des. Paschoal Carmello Leandro

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001486-12.2016.8.12.0014/50000 - Maracaju.....	730
Agravo de Execução Penal nº 0042046-64.2018.8.12.0001 - Campo Grande	739
Agravo de Execução Penal nº 0043581-28.2018.8.12.0001 - Campo Grande	744

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000112-38.2014.8.12.0011/50000 - Coxim	750
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000729-71.2015.8.12.0040/50000 - Porto Murtinho	767
Apelação nº 0000874-25.2017.8.12.0019 - Ponta Porã	772

Juiz Waldir Marques

Apelação nº 0003399-20.2016.8.12.0017 - Nova Andradina	775
Apelação nº 0010010-03.2004.8.12.0019 - Ponta Porã	782
Apelação nº 0003727-98.2017.8.12.0021 - Três Lagoas	789

Índice de Assuntos



Jurisprudência Cível

Ação Civil Pública

Direito dos deficientes. Tratamento isonômico. Fornecimento de transporte adequado. Demanda ajuizada contra Fundação com personalidade jurídica própria. Inclusão do Estado de Mato Grosso do Sul no polo passivo. Aplicação dos dispositivos da Constituição Federal e da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Apelação nº 0801643-70.2016.8.12.0007 332

Improbidade administrativa. Doação de bem imóvel público. Pressupostos legais. Ausência de licitação prévia. Transferência da propriedade do município para empresa particular. Autorização legislativa específica com a descrição do bem. Violação aos princípios constitucionais. Ato de improbidade configurado. Apelação nº 0002339-71.2009.8.12.0012 241

Ministério Público. Inconstitucionalidade de Lei Complementar Estadual. Investidura de servidores em cargo de auditor fiscal. Princípio constitucional do concurso público. Pedido de ressarcimento ao erário pela diferença salarial. Inconstitucionalidade e danos ao erário não se submetem à regras de prescrição. Agravo de Instrumento nº 1414037-13.2018.8.12.0000 300

Políticas públicas. Intervenção do Poder Judiciário. Suspensão de contrato de publicidade. Inadimplência com servidores públicos municipais. Ausência de violação à separação dos poderes. Agravo de Instrumento nº 1410062-80.2018.8.12.0000 483

Ação de Busca e Apreensão

Reconvenção. Princípio do *pacta sunt servanda*. Revisão das cláusulas contratuais. Seguro proteção financeira. Apelação nº 0800285-20.2018.8.12.0001 389

Ação de Cobrança

Desapropriação amigável. Pedido de complementação do valor indenizatório. Vício de consentimento. Princípio constitucional da justa indenização.

Apelação nº 0801153-48.2016.8.12.0007 403

Seguro obrigatório. Danos pessoais causados por embarcações ou suas cargas. Acidente fluvial. Aplicação analógica da Lei nº 6.194/1974. Causa madura. Falta do pagamento do prêmio ou da apresentação do bilhete do seguro. Irrelevância. Responsabilidade da seguradora configurada.

Apelação nº 0800479-88.2013.8.12.0035 193

Ação de Execução de Título Executivo Extrajudicial

Embargos à execução. Legitimidade da Petrobrás para figurar no polo passivo. Responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço. Omissão. Dever de fiscalização.

Apelação nº 0805428-32.2015.8.12.0021 081

Impenhorabilidade do bem de família. Pequena propriedade rural. Matéria de ordem pública. Provas suficientes. Desconstituição da penhora.

Agravo de Instrumento nº 1409538-83.2018.8.12.0000 120

Ação de Imissão na Posse

Arrematação de imóvel no curso de contrato de locação. Notificação para pagamento de aluguéis. Denúncia para desocupação não realizada no prazo legal. Manutenção da locação. Posse justa.

Apelação nº 0839472-11.2013.8.12.0001 471

Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais

Exercício do mandato parlamentar. Supostas ofensas proferidas por vereador na tribuna. Inviolabilidade parlamentar. Imunidade material. Artigo 29, inciso VIII, da Constituição Federal.

Apelação nº 0801738-67.2016.8.12.0018 518

Facebook. Postagens veiculadas. Críticas ao prefeito. Colisão de direitos fundamentais. Ausência de *Aninus injuriandi vel difamandi*. Liberdade de expressão. Pessoa pública. Críticas dirigidas à gestão e não à personalidade do gestor. Inexistência de dano moral.

Apelação nº 0802614-81.2018.8.12.0008 319

Instauração indevida de inquérito policial. Ato de perseguição. Informações constrangedoras ao órgão de classe. Responsabilidade objetiva do Estado. Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação nº 0023669-31.2007.8.12.0001 203

Intervenção cirúrgica. Erro em diagnóstico. Fatos não comprovados. Inexistência de danos materiais e morais.

Apelação nº 0801361-24.2015.8.12.0021 386

Morte em lava-jato. Ato ilícito imputado ao empregador e a outro funcionário. Causa de pedir sem pertinência com a relação de trabalho. Competência da justiça comum.

Agravo de Instrumento nº 1406241-68.2018.8.12.0000 424

Negligência médica. Óbito do neonato. Alegação de erro médico. Omissão do Município. Ausência de UTI neonatal. Gravidez de alto risco. Nexo causal comprovado. Responsabilidade subjetiva da Administração Pública. Indenização devida. Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Remessa Necessária nº 0801317-27.2015.8.12.0046 504

Preliminar de nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado da lide. Desnecessária instrução probatória. Resultado positivo de exame de HIV. Início de tratamento para soropositivos. Cautela médica. Diagnóstico e receituário equivocados. Ausência de ato ilícito.

Apelação nº 0814365-91.2015.8.12.0001 373

Ação de Obrigação de Fazer

Dissolução de sociedade empresarial. Suposta violação de cláusula de não concorrência pela ex-sócia. Concorrência desleal. Captação ilícita de clientela. Ausência do requisito legal da probabilidade do direito invocado pela recorrente. Necessidade de contraditório.

Agravo de Instrumento nº 1401459-81.2019.8.12.0000 261

Exibição de documento. Arrendamento mercantil. ISS. Incompetência tributária. Falta de interesse de agir. Artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

Apelação nº 0800491-11.2012.8.12.0012 116

Identidade de marcas. Confusão. Contrafação. Mimetismo visual. Concorrência desleal. Marcas distintas.

Apelação nº 0012872-46.2014.8.12.0002 466

Plano de saúde. Pedido de tutela de urgência. Serviços de *home care* e fonoaudiologia. Abusividade da cláusula contratual que exclui o tratamento domiciliar. Recomendação médica. Aplicação do artigo 35-C, inciso I, da Lei nº 9.656/1998.

Agravo de Instrumento nº 1409808-10.2018.8.12.0000 128

Ação de Reintegração de Posse

Doação de imóvel com encargo. Bens dominicais. Possibilidade. Turbação ou esbulho. Não comprovado. Anulação do ato administrativo. Observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Litigância de má-fé. Configurada.

Apelação nº 0805810-88.2016.8.12.0021 361

Servidão de passagem. Audiência de justificação. Desnecessário. Artigo 562, do Código de Processo Civil. Concessão de tutela provisória de urgência.

Agravo de Instrumento nº 1413048-07.2018.8.12.0000 220

Ação de Prestação de Contas

Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Mérito. Pedido de revogação da gratuidade judicial. Não comprovação da hipossuficiência. Falsa declaração de pobreza. Ausência de crime.

Apelação nº 0843441-34.2013.8.12.0001 184

Ação de Recuperação Judicial

Plano homologado. Alegação de inaplicabilidade do artigo 58, § 1º, da Lei 11.101/2005. Possibilidade de aplicação *do cramdown*. Supervisão judicial. Dação em pagamento em favor de credor formentador. Ausência de nulidade. Princípio da preservação da empresa.

Agravo de Instrumento nº 1413490-70.2018.8.12.0000 159

Reconhecimento da constitucionalidade dos §§ 3º e 4º, do Artigo 49 da Lei 11.101/2005. Mitigação. Registro de cédula de crédito bancário perante o cartório de registro de títulos e documentos.

Agravo de Instrumento nº 1407053-47.2017.8.12.0000 438

Ação de Retificação

Supressão do patronímico do avô materno e acréscimo da avó materna. Justificativa insuficiente. Regra da inalterabilidade do registro civil. Princípio da imutabilidade. Lei de Registros Públicos.

Apelação nº 0805575-87.2017.8.12.0021 448

Ação Declaratória de Nulidade

Ausência de citação do cônjuge do réu inventariante. Ação de sonogados. Formação de litisconsórcio passivo necessário. Regime de comunhão universal de bens. Nulidade processual insanável.

Apelação nº 0600109-72.2012.8.12.0021 452

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Lei municipal. Assinatura de plantas de construção de moradia para pessoas de baixa renda. Norma programática. Iniciativa do legislativo. Matéria de competência privativa do chefe do executivo. Artigo 23, inciso IX a Constituição Federal.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1401253-72.2016.8.12.0000 179

Ação Monitória

Débitos locatícios. Prazo prescricional trienal. Termo de confissão da dívida. Consumo de água. Débito anterior à locação. Inexigibilidade do locatário anterior. Dívida de natureza pessoal.

Apelação nº 0837778-70.2014.8.12.0001 312

Ação Popular

Preliminar. Inadequação da via eleita. Afastada. Mérito. Aumento do subsídio dos vereadores por meio de resolução. Ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal. Artigo 21, Parágrafo único.

Apelação nº 8000356-15.2016.8.12.0800..... 233

Ação Redibitória

Compra de moto. Defeito oculto. Termo inicial. Ciência inequívoca. Artigo 445, § 1º, do Código Civil. Prazo decadencial de 30 dias dessa ciência.

Apelação nº 0801562-57.2017.8.12.0017..... 111

Agravo de Instrumento

Ação civil pública. Atos de improbidade administrativa. Desvio de verba pública Indisponibilidade de bens. Inexistência de motivos. Artigo 7º da Lei nº 8.249/1992.

Agravo de Instrumento nº 1408098-52.2018.8.12.0000..... 105

Cancelamento de inscrição estadual. Falta de entrega de escrituração fiscal digital. Sanções sumárias. Impossibilidade. Necessidade de oportunidade do contraditório e da ampla defesa em procedimento administrativo próprio. Plausibilidade do direito invocado.

Agravo de Instrumento nº 2000842-25.2018.8.12.0900..... 498

Cumprimento provisório de sentença. Obrigação de fazer. Descumprimento. Multa. Incidência de juros legais sobre a multa moratória. Descabimento. Bitributação.

Agravo de Instrumento nº 1413633-59.2018.8.12.0000..... 370

Levantamento de numerário não autorizado. Ausência de caução por parte dos exequentes. Pendência de julgamento de agravo em recurso especial. Hipótese de levantamento permitida. Artigo 521, inciso III, do Código de Processo Civil.

Agravo de Instrumento nº 1413207-47.2018.8.12.0000..... 382

Liquidação individual de sentença em face de ação coletiva. Prescrição da pretensão executória. Imutabilidade do título executivo. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Correção monetária. Supremo Tribunal Federal. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Lei 9.494/1997.

Agravo de Instrumento nº 1412517-18.2018.8.12.0000..... 273

Servidores municipais. Restabelecimento de bolsa alimentação. Salário base inferior a dois salários mínimos. Alteração legislativa para restringir gratificação. Probabilidade do direito e risco de dano. Natureza alimentar. Agravo de Instrumento nº 1412754-52.2018.8.12.0000..... 338

Apelação Cível

Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. Cobrança de IPTU. Pretensão de continuar pagando ITR. Impossibilidade. Imóveis localizados na zona urbana. Destinação rural não comprovado. Artigo 32, caput, do Código Tributário Nacional, c/c o artigo 15 do Decreto-Lei nº 57/1966.

Apelação nº 0810666-55.2016.8.12.0002..... 305

Ação indenizatória. Doação de terreno por municipalidade. Destinação exclusiva à moradia familiar. Desvio de finalidade constatado. Possibilidade de cobrança do valor do lote. Prazo quinquenal vigente. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade atendidos.

Apelação nº 0803129-94.2015.8.12.0017..... 378

Registro de marca. Colisão do uso de marca e nome empresarial. Observância dos princípios da territorialidade e especialidade. Princípio da anterioridade de registro. Regiões de atuação distintas não havendo risco de confusão pelos consumidores.

Apelação nº 0820066-96.2016.8.12.0001 285

Rescisão de contrato. Restituição de valores. Proposta enganosa. Preço do imóvel modificável. Condições de pagamento diversas da estipulada. Descumprimento do dever de boa-fé contratual. Indevida negativação de valores.

Apelação nº 0830251-67.2014.8.12.0001 328

Agravo Interno

Execução de alimentos. Decreto de prisão civil. Não cumprimento da obrigação alimentar. Decisão mantida.

Agravo Interno nº 1414718-80.2018.8.12.0000/50000 215

Conflito Negativo de Competência

Inventário. Autor da herança com duplo domicílio. Bens imóveis em ambos domicílios. Competência concorrente. Litispendência. Competência do juízo preventivo.

Conflito de Competência nº 1603995-52.2017.8.12.0000 431

1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. Dano moral. Irregularidades em aterro sanitário. Questão ambiental por via reflexa. Direito individual. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Conflito de Competência nº 1600541-30.2018.8.12.0000 526

Embargos à Execução Fiscal

Autos de lançamento. Imposição de multa. Obrigação acessória. Substituição tributária. Terceiros. Dever de registro da empresa em livros fiscais. Princípio gravitacional do direito privado não se aplica às obrigações tributárias.

Apelação nº 0821838-31.2015.8.12.0001 324

Sociedade de advogados. ISSQN. Incidência sobre o faturamento. Impossibilidade. Cobrança. Base de cálculo prevista em lei específica. Alíquota fixa. Legitimidade da CDA. Readequação do valor.

Apelação nº 0009259-26.2011.8.12.0001 411

Embargos de Declaração

Agravo de instrumento. Gratuidade da justiça. Omissão e contradição. Perda do objeto. Sentença terminativa.

Embargos de Declaração nº 1400975-03.2018.8.12.0000/50004 93

Exceção de Pré-Executividade

Cédula rural pignoratícia. Prorrogação da dívida. Não comprovação de requerimento do devedor. Cláusula nula. Prazo prescricional trienal a contar do vencimento da dívida.

Agravo de Instrumento nº 1411747-25.2018.8.12.0000 475

Embargos de Terceiro

Ação de reintegração de posse movida contra viúva meeira antes da abertura do inventário do de cujus. Ausência de citação dos herdeiros. Ação de usucapião. Defesa da posse, propriedade e benfeitorias. Legitimidade. Sentença insubsistente.

Apelação nº 0002120-89.2008.8.12.0013 252

Fazenda Pública

Transferência interestaduais de mercadorias. Propriedade rural do mesmo proprietário. Não incidência do ICMS. Obrigação tributária. Controvérsia entre: súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, Lei Kandir e o Código Tributário Estadual. Incentivo. Risco à sonegação. Guerra fiscal. Ofensa ao pacto federativo.

Apelação/Remessa Necessária nº 0802571-88.2016.8.12.0017 346

Habeas Data

Preliminar de ausência de interesse de agir. Rejeitada. Obrigação de prestar informações ao consumidor. Direito de acesso às informações. Cadastro de dados. Histórico de crédito. Critérios pessoais valorados na definição do *scoring*. Súmula 550 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação nº 0822987-28.2016.8.12.0001 530

Jurisdição Voluntária

Registro tardio. Registro administrativo de nascimento indígena – Rani. Documento válido para registro tardio. Artigo 4º, inciso I, da Resolução conjunta nº 3 do CNJ e CNMP. Formalismo desarrazoados. Violação ao direito de ação.

Apelação nº 0801146-58.2018.8.12.0016 398

Mandado de Segurança

Cancelamento de inscrição estadual. Ato praticado pelo superintendente de administração tributária. Ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda do Estado e do Governador. Teoria da encampação. Impossibilidade. Incompetência do Tribunal. Artigo 64, § 3º do Código de Processo Civil.

Mandado de Segurança nº 1408601-73.2018.8.12.0000 189

Concurso público. JUCEMS. Preliminar de ilegitimidade do Estado. Rejeitada. Reserva de vagas para pessoas portadoras de necessidades especiais. Inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Observância pelo impetrado dos princípios da isonomia, alternância, proporcionalidade e da razoabilidade.

Mandado de Segurança nº 1405684-81.2018.8.12.0000 142

Empresa de construção civil. Não contribuinte do ICMS. Retenção de mercadorias como meio de coerção. Impossibilidade. Súmula 432 do Superior Tribunal de Justiça. Violação aos princípios da legalidade e razoabilidade. Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.

Remessa Necessária nº 0821262-09.2013.8.12.0001 514

Estrangeiro residente no Brasil. Menor de idade. Matrícula em escola pública. Documentação brasileira. Direito subjetivo. Direito fundamental extensivo ao estrangeiro.

Remessa Necessária nº 0800917-75.2017.8.12.0035 501

Intervenção do ente público municipal. Regras de cobrança. Estacionamento em propriedade privada. Inconstitucionalidade do artigo 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Municipal nº 5.166/2012. Reconhecida.

Remessa Necessária nº 0840468-72.2014.8.12.0001 290

Pensão por morte. Beneficiários. Ex-cônjuge e filhos. Pensão alimentícia em favor da ex-esposa. Artigo 46, § 2º, da Lei nº 3.150/2005. Pensão vitalícia. Impossibilidade. Artigo 51, § 2º, VIII, “b”, 5, da Lei 3.150/2005. Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça.

Mandado de Segurança nº 1408933-40.2018.8.12.0000 295

Poços para captação de água subterrânea. Inconstitucionalidade formal orgânica. Incompetência do município legislar sobre gestão de recursos hídricos.

Remessa Necessária nº 0805175-07.2015.8.12.0001 358

Plano de Saúde

Ação de obrigação de fazer. Cobertura obrigatória de implante de eletrodo cerebral. Diretrizes de utilização da ANS. Fator de coparticipação. Ausência de prova quanto à previsão de cobrança. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Juízo de retratação não exercido

Apelação nº 0804514-75.2013.8.12.0008 225

Precatório

Doença grave. Adiantamento de valores. Colisão de princípios. Dignidade da pessoa humana. Efetividade da jurisdição. Necessidade demonstrada.

Mandado de Segurança nº 1408710-87.2018.8.12.0000 264

Recurso Adesivo

Instauração de juízo arbitral. Cláusula compromissória cheia. Desnecessária intervenção do Poder Judiciário. Alegação de nulidade. Divergência a ser decidida pelo próprio árbitro Extensão da validade da medida cautelar. Aplicabilidade da teoria do juízo do mal maior.

Apelação nº 0807837-15.2014.8.12.0021 491

Jurisprudência Criminal

Agravo de Execução Penal

Afastamento da causa de aumento. Artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Revogado. Superveniência de *novatio legis in melius*. Inconstitucionalidade formal. Inconstitucionalidade material por ofensa ao postulado da proibição deficiente.

Agravo de Execução Penal nº 0043581-28.2018.8.12.0001 744

Progressão de regime. Pena unificada. Concessão do livramento condicional. Impossibilidade. Condição de reincidência. Crime equiparado a hediondo. Artigo 83, V, do Código Penal.

Agravo de Execução Penal nº 0042046-64.2018.8.12.0001 739

Agravo de Instrumento

Ato infracional equiparado a homicídio. Infratora transgênero. Transferência. Unidade educacional de internação compatível com sua identidade de gênero. Dever de proteção à integridade física, psíquica e moral de crianças e adolescentes. Preservação do direito à identidade e personalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Agravo de Instrumento nº 1412453-08.2018.8.12.0000 683

Agravo Interno

Associação criminosa. Corrupção ativa e passiva. Continuidade delitiva. Prisão preventiva. Substituição por prisão domiciliar. Não acolhimento. Ausência de comprovação idônea do estado de saúde.

Agravo Interno nº 1601829-13.2018.8.12.0000/50000 582

Apelação

Casa de prostituição e rufianismo. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com relação ao delito previsto no artigo 230, *caput* do Código Penal. Extinção da punibilidade. Absolvição por insuficiência probatória. Princípio da Consunção. Não incidência. Crimes autônomos.

Apelação nº 0001164-76.2009.8.12.0033 689

Crime de disparo de arma de fogo. Posse irregular de arma. Pleito de afastamento do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas com o mesmo contexto fático.

Apelação nº 0000874-25.2017.8.12.0019 772

Insurgência ministerial. “Operação Las Vegas”. Pleito pela nulidade da sentença. Inépcia da denúncia quanto às infrações penais. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de alguns denunciados. Recebimento da denúncia restabelecida. Crime do artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/1998. Atipicidade.

Apelação nº 0034634-97.2009.8.12.0001 639

Restituição de coisa apreendida. Interesse ao processo. Probabilidade de confisco. Origem lícita não demonstrada. Artigo 243 da Constituição Federal.

Apelação nº 0833746-80.2018.8.12.0001 594

Crime Contra as Relações de Consumo

Pescados sem registro em serviço de inspeção e rotulagem obrigatória. Laudo lavrado por fiscais estaduais agropecuários do IAGRO. Prova idônea. Materialidade demonstrada.

Habeas Corpus nº 1402095-47.2019.8.12.0000..... 559

Crimes de Peculato

Denunciado nove vezes por peculato. Extinção da punibilidade em relação a cinco crimes. Prescrição punitiva retroativa. Incompatibilidade do réu com a função exercida. Perda do cargo. Artigo 92, I, “a”, do Código Penal. Apelação nº 0007130-95.2010.8.12.0029 572

Crime de Sequestro

Violência doméstica contra ex-mulher. Disparo de arma de fogo. Princípio da consunção não aplicável. Incidência da Lei Maria da Penha. Apelação nº 0366376-04.2008.8.12.0001 547

Crime de Trânsito

Homicídio qualificado. Dolo eventual. Materialidade do delito. Indícios suficientes da autoria. Pretensão para desclassificação para homicídio culposo. Recurso em Sentido Estrito nº 0004735-18.2014.8.12.0021 704

Crime Militar

Crime de perigo abstrato. Delito previsto no artigo 290 do Código Penal Militar. Princípio da insignificância. Inaplicável. Fato típico. Sentença condenatória. Suspensão condicional da pena. Maus antecedentes. Apelação nº 0009312-60.2018.8.12.0001 649

Desacato a superior. *Emendatio libelli* aplicado com observância do artigo 437, “a”, do Código de Processo Penal Militar e súmula 5 do Superior Tribunal Militar. Crime que se amolda ao tipo penal. Princípio do livre convencimento motivado. Apelação nº 0040130-97.2015.8.12.0001 662

Embargos Infringentes

Desacato. Pedido absolutório por ausência de dolo. Embriaguez voluntária. Teoria da *actio libera in causa*. Ação livre na causa. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001010-15.2015.8.12.0044/50000 602

Furto qualificado. Dosimetria da pena. Antecedentes negativos. Afastados. Privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal. Súmula 511 do Superior Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000729-71.2015.8.12.0040/50000 767

Tentativa de homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Absolvição decretada com base em resposta afirmativa dos jurados ao quesito geral. Juízo de íntima convicção. Decisão insuscetível de controle recursal. Respeito à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000112-38.2014.8.12.0011/50000 750

Tráfico de drogas. Pretendida a prevalência do voto vencido que afastava a reincidência. Ausência da folha de antecedentes nos autos. Impossibilidade. Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito. Inviabilidade. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001486-12.2016.8.12.0014/50000 730

Estupro

Cárcere privado. Práticas criminosas com finalidades distintas e independentes entre si. Crime previsto no artigo 241-B, da Lei 8.069/1990. Farto conjunto probatório. Indenização por danos morais. Súmula 54 do

Superior Tribunal de Justiça.	
Apelação nº 0001582-45.2016.8.12.0008	536
Furto Qualificado	
Princípio da Insignificância. Contumácia delitiva. Qualificadora do rompimento de obstáculo. Aplicação do Artigo 46, da Lei nº 11.343/2006.	
Apelação nº 0003399-20.2016.8.12.0017	775
Habeas Corpus	
Crime militar. Corrupção passiva. Trancamento da ação penal. Competência da justiça militar. Prisão preventiva. Ordem pública e princípios militares afetados. Necessidade da custódia por conveniência da instrução.	
Habeas Corpus nº 1400290-59.2019.8.12.0000.....	619
Injúria Racial	
Perturbação. Alegada ausência de dolo por inexistência do <i>animus injuriandi</i> . Réu em estado de embriaguez e animosidade elevada. Contravenção. Ação penal pública incondicionada.	
Apelação nº 0001508-38.2018.8.12.0002	667
Receptação	
Autoria e materialidade comprovadas. Ônus do acusado em comprovar a licitude do bem. Não incidência em crimes patrimoniais. Suspensão condicional do processo. Artigo 77, III do Código Penal. Requisito não preenchido.	
Apelação nº 0001070-16.2013.8.12.0025	655
Recurso Acusatório	
Homicídio. Nulidade do julgamento popular. Adoção de uma das possíveis teses. Princípio da soberania dos veredictos.	
Apelação nº 0019868-63.2014.8.12.0001	608
Recurso em Sentido Estrito	
Homicídio. Concurso material. Exercício irregular da medicina. Falsa identidade. Impronúncia. Artigo 414 do Código de Processo Penal. Juízo de prelibação. Duas versões. Submissão das teses ao Conselho de Sentença. Soberania do julgamento.	
Recurso em Sentido Estrito nº 0000228-08.2015.8.12.0044	694
Revogação de prisão preventiva. Inadmissibilidade. Recebimento como <i>habeas corpus</i> . Interrogatório policial. Procedimento dispensável. Presentes o <i>fumus comissi delicti</i> e o <i>periculum libertatis</i> .	
Recurso em Sentido Estrito nº 0803440-74.2018.8.12.0019	597
Roubo Circunstanciado	
Corrupção de menor. Crime formal. Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça. Circunstância judicial desfavorável. Transporte de veículo subtraído para o exterior. Majorante configurada. Aplicação do artigo 387, § 2º do Código Penal.	
Apelação nº 0001796-52.2016.8.12.0035	632
Tráfico de Drogas	
Autoria e materialidade comprovadas. Certidão de nascimento. Prova de idade do adolescente. Documentos	

que tenham fé pública. Delito previsto no artigo 244-B, da Lei nº 8.069/1990.

Apelação nº 0045682-09.2016.8.12.0001 565

Crime de desobediência. Absolvição. Provas suficientes para condenação do denunciado pelo delito no descrito no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006. Sentença reformada. Conduta que constitui infração de trânsito. Apelação nº 0003727-98.2017.8.12.0021 789

Nulidade do processo. Ausência de citação. Inobservância do art. 56 da Lei nº 11.343/2006. Inocorrência. Princípio Constitucional da motivação na individualização da pena. Dedicção a atividades criminosas. Regime fechado impositivo. Ausência dos requisitos objetivos e subjetivos.

Apelação nº 0017864-14.2018.8.12.0001 673

Pleito preliminar de nulidade da apreensão realizada no domicílio. Negado. Flagrante do delito. Desclassificação do crime de tráfico para o delito capitulado no artigo 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Reincidência. Regime prisional fechado. Artigo 33, § 3º, “a”, do Código Penal.

Apelação nº 0002493-84.2017.8.12.0020 715

Uso de Documento Falso

Atestados médicos. Artigos 304 e 297 do Código Penal. Pedido de condenação. Acolhimento. Provas suficientes. Crimes configurados.

Apelação nº 0029729-05.2016.8.12.0001 725

Crimes de estelionato. Falsidade ideológica. Uso de documento e inserção de dados falsos. Processos apensos. Falta de intimação. Expedição de carta precatória para oitiva do corréu. Nulidade. Prova emprestada sem o devido contraditório. Prescrição reconhecida.

Apelação nº 0010010-03.2004.8.12.0019 782

Documento falso. Falsidade grosseira. Autodefesa. Crime formal. Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça. Apelação nº 0000522-52.2016.8.12.0003 590