



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 212 - Abril a Junho de 2019



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 212 - Abril a Junho de 2019

Expediente

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

Ano 40, n. 212

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. 212(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
Departamento de Relações Públicas

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 Absis 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

Sumário

Doutrina	005
Jurisprudência Cível.....	031
Jurisprudência Criminal.....	462
Noticiário	779
Índice Onomástico	818
Índice de Assuntos	825

Doutrina



O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL E NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Nelice Martins de Almeida

Resumo: O presente trabalho, através da metodologia qualitativa e método de revisão bibliográfica, objetiva analisar o instituto da Audiência de Custódia no âmbito brasileiro e no estado de Mato Grosso do Sul, percorrendo os aspectos da fundamentação jurídica nacional e internacional, abordando a essência do conceito e da origem do tema, além de observar a relação entre o preso em flagrante e o magistrado, que antes era através de uma simples folha de papel e a partir da implementação da audiência passou a ser presencial, ou seja, se tornou uma relação mais humanizada. Além disso, verificou-se que a partir do momento em que o preso e o magistrado estão frente a frente os sentimentos são completamente diferentes do que seriam se fosse apenas através do auto de prisão em flagrante, de tal modo que a análise do magistrado se torna mais específica, verificando assim a real necessidade da manutenção da prisão, a sua legalidade, bem como, se houve algum ato de violência ou tortura. Sendo assim, restou demonstrado um aumento relativo na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e da concessão da liberdade provisória tanto no âmbito nacional quanto estadual. Desta maneira, foi possível verificar o reflexo deste cenário na comunidade carcerária do Brasil e do Mato Grosso do Sul. Portanto, restou evidenciado que a implementação do instituto da audiência de custódia não é uma questão de opção, mas sim, de necessidade. E que, além disso, a omissão do país em relação aos Tratados Internacionais ratificados desde 1992, deixou de trazer inúmeros benefícios no decorrer dos anos.

Palavras-Chave: 1 Audiência de Custódia. 2 Tratados Internacionais. 3 Processo Penal.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como primordial objetivo analisar os aspectos que fundamentam a Audiência de Custódia no Brasil e no Mato Grosso do Sul, perpassando pelas normas disciplinadas nos tratados internacionais, as quais até então foram deixadas de lado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como, pelas resoluções que foram implementadas com a finalidade de regularizar o instituto no país.

O tema é estritamente relevante e merece a devida atenção da sociedade, tendo em vista a sua importância social, política e jurídica. Por ser um assunto amplamente discutido, há quem o defenda, como também há quem o critique, cabe, portanto, à sociedade analisar os reflexos deste instituto, bem como, a sua finalidade social.

Desta forma, no item 2, será abordado, de maneira singela, a essência do conceito etimológico da audiência de custódia, bem como as disposições acerca do procedimento a ser seguido após a lavratura do auto de prisão em flagrante. E ainda, será analisado o histórico do instituto da audiência de custódia, tendo como base os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Neste sentido, apontar-se-á, em síntese, os direitos e os princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro que correlacionam o tema e trazem sustentação para a devida implementação do instituto no Brasil.

Em seguida, será esclarecido o significado do efeito priming, e a relevância deste aspecto para o tema, pois, é justamente um dos principais pontos que tornam a audiência de custódia algo singular e não genérico, já que, é através da apresentação física do conduzido que o magistrado verificará a ocorrência de prisão, e não mais, tão somente, pela folha do auto de prisão em flagrante.

Posteriormente, no item 3, de maneira genérica e pontual, será abordado o cabimento e a imprescindibilidade da realização da audiência de custódia, perpassando pelo conceito, pela natureza jurídica e pela fundamentação da prisão em flagrante, bem como por todas as espécies de flagrante.

E ainda, analisar-se-á a Audiência de Custódia nas prisões decorrentes de mandado, outro aspecto relevante que a Resolução nº 213/2015 assegurou em um de seus artigos.

Logo, no item 4, ver-se-á a implementação da audiência de custódia no âmbito nacional, tendo em vista as disposições do projeto piloto do Conselho Nacional de Justiça, a fim de compreender a legitimidade do instituto em face da realidade carcerária em que o país vivencia, principalmente, em relação à quantidade de presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda aguardam uma condenação definitiva.

E ainda, analisar-se-á os aspectos e os principais pontos da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, bem como, o funcionamento do Sistema da Audiência de Custódia (SISTAC).

Em seguida, no item 5, será observado o cenário específico do Mato Grosso do Sul, à luz das resoluções e da legislação complementar disciplinadas pelo Tribunal de Justiça, que regularizam a implementação da audiência de custódia no estado.

Por fim, no item 6, serão apontadas as considerações finais da pesquisa, onde se verificará que o instituto da audiência de custódia é de suma relevância para resguardar direitos inerentes da pessoa humana.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Conceito

Inicialmente se faz necessário analisar o significado da palavra “custódia”, a qual se deriva do latim “custodia” e possui a essência etimológica de guarda e tutela, ou seja, está intimamente relacionada com o fato de algo que se encontra sobre a proteção e responsabilidade de outrem. Nesse sentido, também denominada Audiência de Apresentação, o Instituto da Audiência de Custódia consiste no direito de toda pessoa presa em flagrante ser conduzida à autoridade judiciária competente.

Sendo assim, a Audiência de Custódia tem como objetivo e finalidade tutelar e resguardar direitos inerentes e fundamentais da pessoa do autuado, momento em que será apreciada adequadamente pelo Juiz competente a prisão imposta.

O Defensor Público Federal Paiva conceitua o instituto da audiência de custódia:

Como o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado. (2015, p. 31).

Para Prudente, a audiência de custódia:

Consiste em garantir o contato pessoal da pessoa presa com um juiz após sua prisão em flagrante. O objetivo de tal medida, que tem respaldo em normas internacionais de direitos humanos, é assegurar a integridade física, evitar abusos e violações aos direitos humanos dos presos, além de desafogar o sistema prisional, garantir o efetivo controle judicial das prisões e reforçar medidas alternativas ao encarceramento provisório. (2015, p.11).

Nesse sentido, ressalva Coutinho que:

Tal medida é essencial para garantir que o preso seja levado ao estabelecimento penal em situação absolutamente compatível com a lei, sem que sofra qualquer tipo de violação, sobre tudo a tortura, ou mesmo que não seja levado ao cárcere e sim colocado em liberdade de imediato, se assim for o caso. (2015, p. 98).

Após a lavratura na Delegacia do auto de prisão em flagrante, este deverá ser encaminhado sem demora, juntamente com a pessoa detida, para a realização da audiência de custódia, a qual será presidida por um Juiz competente, na presença do Promotor de Justiça e do Defensor Público ou Advogado, onde será verificada a legalidade da prisão e analisada a possibilidade da aplicação dos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, o qual prevê, *in verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Desta forma, tendo o Juiz o contato direto com o preso, e não somente com o papel, assunto que será abordado mais adiante, poderá na audiência aplicar medidas cautelares diversas da prisão, conforme disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal, o qual dispõe, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1o (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2o (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3o (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Insta salientar que, a Audiência de Custódia é um ato que antecede o processo pois ainda não existe ação penal, ou seja, é um ato pré-processual. Sendo assim, não tem como objetivo nem faculdade discutir o mérito do caso, por tal motivo, não cabe neste momento a antecipação de provas, logo, o indivíduo não presta um interrogatório, ele apenas presta esclarecimentos acerca da situação em que se encontra, bem como, a da sua prisão, informando se sofreu tortura e tudo que lhe couber esclarecer.

2.2 Histórico

A ideia proposta pela audiência de custódia não é algo inédito, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, adotada pelo Conselho da Europa em 1950, já tinha a essência da audiência de custódia como embasamento através de seu artigo 5º, item 3, o qual dispõe que:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 678 em 1992, determina em seu artigo 7º, item 5, que:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592 em 1992, em seu artigo 9º, item 3:

Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Todavia, somente em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o projeto Audiência de Custódia no Brasil. Vislumbra-se que o lapso temporal entre a ratificação do CADH e do PIDCP que já abordavam o tema até o lançamento do projeto para implantação é de cerca de 23 (vinte e três) anos, ou seja, todo esse tempo o país não cumpriu com as normas incorporadas ao ordenamento jurídico, mesmo tendo eficácia perante o sistema legal, pois segundo o STF os tratados internacionais que abordam matéria de Direitos Humanos são infraconstitucionais e supralegais.

Insta salientar que antes da Resolução do CNJ já tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011, o qual visava uma alteração no Código de Processo Penal para incluir a apresentação do indivíduo preso em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas à autoridade competente, todavia, com a demora da tramitação, o CNJ lançou a resolução nº 213/2015, a qual teve um resultado um tanto quanto eficaz, tendo em vista que vários Tribunais de Justiça aderiram sua regulamentação.

Além disso, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região também aderiu à implementação da Audiência de Custódia nos crimes federais, nos estados de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, o que será melhor pontuado no decorrer da pesquisa.

2.3 Princípios Correlacionados

Além dos tratados internacionais que fundamentam o instituto da Audiência de Custódia, os princípios também contribuem para sua sustentação, através dos quais inúmeras garantias constitucionais e processuais penais são efetivadas.

Desta maneira, há a necessidade de esclarecer o sentido da palavra “princípio”, a qual expressa inúmeros significados, dentre os quais se enquadram: fundamento, base e origem. Levando em consideração tais significados para o âmbito jurídico pode-se considerar que os princípios são ordenações que imanizam a aplicação do direito.

Segundo Nucci, no sentido jurídico, princípio significa uma ordenação que irradia e imanta o sistema normativo, e proporciona o alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo. (2005, p. 25).

De tal maneira, a seguir elencá-lo-ei os princípios mais importantes que estruturam o instituto da audiência de custódia.

2.3.1 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório e o da ampla defesa estão previstos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, o qual dispõe que: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Desta forma, são considerados como uma garantia de justiça tanto para a parte autora quanto para a parte ré, já que cada uma tem o seu direito reconhecido de expor a sua verdade dos fatos, sendo assim, possuem um caráter relevante para o instituto da audiência de custódia, pois é o primeiro momento em que o autuado exercerá o direito de esclarecer os fatos aos quais está sendo acusado.

2.3.2 Princípio da Razoabilidade

Previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o qual prevê que: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

À vista disso, faz-se necessário esclarecer que, conforme o dicionário, a palavra “razoável” significa demonstrar bom senso, logo, relacionando com a audiência de custódia, significa adequar a medida necessária a ser decretada pelo juiz.

2.3.3 Princípio da Humanidade

Também denominado princípio da dignidade da pessoa humana, é um dos fundamentos previstos na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 1º, inciso III, o qual dispõe, *in verbis*, que:

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:

III - a dignidade da pessoa humana;

Assim como os demais princípios, o da humanidade tem a função de delimitar o poder punitivo do Estado, e de garantir o respeito aos direitos inerentes ao indivíduo, principalmente à sua integridade física. Este princípio é de suma importância para a audiência de custódia, já que um de seus objetivos é proteger o conduzido da tortura e de maus tratos.

Segundo Nucci:

Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando que o Estado, através da utilização das regras de direito penal, deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinquiram, até porque uma das finalidades da pena é a sua ressocialização. Determina-se, então, que não haverá penas “de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, “de caráter perpétuo”, “de trabalhos forçados”, “de banimento”, “cruéis” (art. 5º, XXLVII), além de se estabelecer que ao preso deve ser assegurado o respeito a integridade física e moral (art. 5º, XLIX). (2005, p. 40).

2.3.4 Princípio da Presunção de Inocência

Também denominado princípio da não-culpabilidade ou não culpa, está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual prevê, que: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desta maneira, vislumbra-se que a inocência é presumida, por isso, se na audiência de custódia o magistrado entender que a prisão preventiva deve ser decretada pois não cabe medida cautelar diversa, o indivíduo ainda não é considerado culpado.

2.3.5 Direitos

Além dos princípios supramencionados, outros direitos também são de suma importância para a fundamentação do instituto, são eles:

a) o direito de que ninguém pode ser preso sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo o caso do flagrante ou de transgressão militar (art. 5º, LXI da CF);

b) o direito da apresentação imediata da pessoa presa (art. 5º, LXV da CF);

c) o direito de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou seu fiança” (art. 5º, inciso LXVI da CF

d) o direito de não produzir provas contra si mesmo;

e) o direito ao processo legal (art. 5º, inciso LIV da CF);

f) o direito de a prisão ilegal ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, inciso LXV da CF);

A Constituição Federal garante inúmeros direitos e deveres relacionados à prisão, os quais são utilizados para embasar e fundamentar decisões judiciais, conforme exemplo:

EMENTA – HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – INVALIDADE DOS FUNDAMENTOS LANÇADOS PELO MAGISTRADO – ILEGALIDADE EVIDENTE – SÚMULA 691/STF – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A garantia da fundamentação das decisões judiciais importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação cautelar atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2. O Supremo Tribunal Federal entende que a alusão à gravidade do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico não validam a ordem de prisão cautelar. O juízo de que a liberdade de determinada pessoa se revela como sério risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto prisional. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade da segregação processual do acusado e o efetivo acautelamento do meio social.

3. O instituto do flagrante delito há de incidir por modo coerente com o seu próprio nome: situação de ardência ou calor da ação penalmente vedada. Ardência ou calor que se dissipa com a prisão de quem lhe deu causa. Não é algo destinado a vigorar para além do aprisionamento físico do agente, mas, ao contrário, algo que instantaneamente se esvai como específico efeito desse trancafiamento; ou seja, a prisão em flagrante é ao mesmo tempo a causa e o dobre de sinos da própria ardência (flagrância) da ação descrita como crime. Por isso que a continuidade desse tipo de custódia passa a exigir fundamentação judicial. O que explica as normas constitucionais de que: a) “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (inciso LXII do art. 5º); b) “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (inciso LXV do art. 5º); c) “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou seu fiança” (inciso LXVI). Tudo a revelar a ideia-força de que o instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Donde a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (quando resultante do flagrante-delito).

4. A regra geral que a nossa Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (inciso XV); b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Daí o instituto da prisão comparecer no mesmo corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º da CF/88). Mais ainda, desse último dispositivo ressaí o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro,

por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da nossa Lex Maxima); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Daí a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o vetor interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação.

5. O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhes sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, adstrito que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). Pelo que a inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança.

6. Daqui se segue que nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão. Pelo que, nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, só posso concluir que tal resposta normativa de maior rigor penal não tem a força de minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. Em suma: a liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante delito há de ser “imediatamente” comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do art. 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da “Ordem Pública”, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de “Segurança Pública” (art. 144 da CF/88). Ordem Pública, por sinal, que está a exigir do Supremo Tribunal Federal uma interpretação que lhe dê claro teor semântico e franca operatividade.

7. Habeas corpus não conhecido, dado o óbice da Súmula 691/STF. Ordem, todavia, concedida de ofício para cassar a desfundamentada decisão que indeferiu a liberdade provisória ao paciente, assegurando-lhe o direito de responder a ação penal em liberdade. Ressalvada a expedição de nova ordem de prisão, embasada em novos e válidos fundamentos. (HC 108508, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, Processo Eletrônico DJe-022 Divulg 31-01-2012 Public 01-02-2012 RJP v. 8, n. 44, 2012, p. 113-119).

Percebe-se que a reunião destes direitos é de suma importância para fundamentar o processo penal e garantir a defesa dos direitos humanos.

2.4 Efeito *Priming*

Um dos aspectos mais importantes do Instituto da Audiência de Custódia é, justamente, a apresentação física do indivíduo preso em flagrante perante a autoridade judiciária, pois, neste momento, ficando frente a frente, percebe-se que os sentimentos e os olhares são completamente diferentes do que seriam se fosse apenas o auto de prisão em flagrante por si só, conforme dispõe o artigo 306 § 1º do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Segundo Lopes Júnior e Paiva a audiência de custódia tem:

A importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. (2014, p. 03).

Neste sentido, faz-se necessário analisar que a simples leitura de uma notícia descrevendo um fato criminoso, automaticamente, faz com que o imaginário tome conta do pensamento e idealize o agente criminoso com traços negativos. De acordo com o exemplo de Lopes Júnior e Morais da Rosa:

Ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas com a imaginação. Não nos lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. (2015, I)

Esta conduta humana de preencher as características do perfil do agente do fato criminoso de acordo com a imaginação, cria o denominado efeito priming, que segundo Lopes Júnior e Morais da Rosa é:

O efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido. (2015, I)

Azevedo e Souza ressalva que:

Enquanto o magistrado não somente idealizar a figura da pessoa cuja conduta está sendo descrita no auto de prisão (sem conhecer, portanto, maiores informações sobre sua pessoa e acerca dos motivos que o levaram a cometer o crime), há uma maior probabilidade de que converta, por exemplo, uma prisão em flagrante em prisão preventiva. Assim, um dos motivos para implementar a audiência é o de que o julgador tenha a oportunidade de conhecer, em carne e osso, o indiciado, buscando evitar uma compreensão inicial (e incompleta) sobre os fatos pela mera leitura do auto de prisão. (2015, p.35)

Sendo assim, por meio do Instituto da Audiência de Custódia esta problemática é solucionada, pois, o magistrado passa a conhecer e a entender a situação que fez o agente praticar o fato, e, portanto, não utiliza o efeito priming, pois não há a necessidade de imaginar e atribuir traços para formular um perfil, sendo que, o indivíduo, de carne e osso, encontra-se diante de seus olhos.

Deste modo, a decisão se torna mais humana e conseqüentemente evita prisões ilegais, pois, tendo o magistrado a oportunidade de avaliar a conduta do agente, olhando em seus olhos, podendo avaliar o seu caráter e dar a ele uma nova chance, é muito mais válido do que encarcerá-lo em um ambiente hostil que é o presídio.

3. CABIMENTO E IMPRESCINDIBILIDADE

3.1 Prisão em Flagrante

Vislumbra-se que envolta da Audiência de Custódia está a apresentação da pessoa presa em flagrante delito, deste modo, faz-se necessário esclarecer os detalhes que norteiam o que é o flagrante, quando que se configura o estado de flagrância e a prisão em flagrante, bem como, quais são as suas espécies.

A expressão flagrante está intrinsicamente ligada ao seu sentido etimológico, o qual se deriva do latim “*flagare*”, e possui o significado de flamejar, arder e queimar, ou seja, de ação ainda quente, sendo assim, do momento em que a ação está sendo feita, logo, é o que acabou de ocorrer ou está ocorrendo.

Neste sentido, é considerado flagrante o instante do cometimento do delito, ou seja, o momento em que a pessoa pratica os elementos do tipo penal. Para esclarecer, o artigo 302 do CPP dispõe acerca de quem é considerado em flagrante delito, *in verbis*:

Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Deste modo, após observar o estado de flagrância, a Autoridade Policial analisará se os requisitos da prisão flagrante foram preenchidos, são eles: *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) e *periculum in mora* (*periculum libertatis*), conforme esclareceu Tourinho Filho:

Tratando-se, como se trata, de providência cautelar, indispensável a coexistência dos dois pressupostos: fumus boni iuris e periculum libertatis, mesmo porque medida cautelar não há que dispense sua conglomeração (2007, p. 445).

Todavia, para Paulo Rangel, são ainda necessários dois outros requisitos, além dos acima descritos: a atualidade e a visibilidade:

A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade a visibilidade tem-se o flagrante delito” (2007, p. 585).

Sendo assim, em relação à prisão em flagrante, Fernando Capez a conceitua como sendo uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do Juiz competente, de quem é surpreendido cometendo ou logo após cometer um crime ou uma contravenção (2006, p. 175).

Após verificar, mesmo que de maneira genérica, o conceito e a natureza jurídica do flagrante, faz-se necessário apontar quais são as suas espécies. Nestes termos, o flagrante pode ser: facultativo; obrigatório; próprio ou real; impróprio ou quase-flagrante; presumido ou ficto; preparado ou provocado; forjado; esperado; e prorrogado.

O flagrante facultativo e o obrigatório estão intimamente ligados à legitimidade ativa da prisão, ou seja, a quem possui capacidade para prender. Deste modo, o flagrante obrigatório está relacionado ao dever de prender, ou seja, ao estrito cumprimento do dever legal que os agentes e as autoridades policiais possuem, já o facultativo está relacionado à possibilidade que o art. 301 do Código de Processo Penal dispõe a qualquer pessoa do povo legitimidade ativa para prender quem for encontrado em estado de flagrância.

O flagrante próprio/real está relacionado à imediatidade, ou seja, é quando o agente é encontrado exatamente no momento em que pratica a infração ou imediatamente após cometê-la, conforme disposto no art. 302, incisos I e II, do CPP. Já o flagrante impróprio/quase-flagrante é a situação descrita no inciso III do art. 302 do CPP, quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração. É importante ressaltar que a expressão “logo após” quer dizer o lapso temporal da contínua e interrupta perseguição, e não tem um limite legal estabelecido.

O inciso IV do art. 302 do CPP dispõe acerca do flagrante presumido/ficto, e estabelece que é quando o agente é encontrado logo depois de praticar o delito com instrumentos, objetos, armas ou qualquer coisa que faça presumir ser ele o autor da infração. Neste sentido, o flagrante presumido se diferencia do impróprio pois não precisa de perseguição.

Já o flagrante preparado/provocado é quando o agente é induzido, por terceiros ou pela própria polícia, a praticar um delito e ser pego em flagrante, impedindo assim a consumação, caracterizando, portanto, um crime impossível. Esta espécie de flagrante é ilegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 145: “não há crime quando a preparação do flagrante pela autoridade policial torna impossível a sua consumação”. E a jurisprudência entende que a respectiva Súmula também se aplica no caso de a preparação ter sido feita por terceiros.

Segundo Aury Lopes Junior:

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. Bitencourt explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal)” (2012, p. 807/808).

Outra espécie ilegal de flagrante é o flagrante forjado, o qual é caracterizado pela falsa situação de flagrante armada para incriminar uma pessoa, por exemplo, quando um policial ou particular coloca droga dentro do veículo do indivíduo com a finalidade de incriminá-lo e prendê-lo.

A diferença entre o flagrante preparado e o forjado foi interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça:

No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede que ele se consume, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado, a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico, (...). (STJ. HC. 204.426/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. T5. Julg. 23.04.2013).

O flagrante esperado ocorre quando a autoridade policial ou particular tem a prévia ciência de que vai acontecer um crime e esperam a execução do mesmo para efetuarem a prisão em flagrante. Logo, não há preparação, sendo assim, o flagrante é legal.

Por fim, a última espécie de flagrante é o flagrante prorrogado, também conhecido como estratégico ou postergado, o qual ocorre por intermédio de autorização judicial para que a polícia retarde o momento do flagrante, para uma melhor oportunidade de colheita de provas. Esta espécie de flagrante tem previsão na Lei de Drogas, na Lei de Lavagem de Capitais e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

3.2 Prisão Decorrente de Mandado

A realização da Audiência de Custódia nas prisões cautelares ou definitivas decorrentes de mandado foi outro aspecto relevante que a Resolução nº 213/2015 assegurou, especificamente em seu artigo 13, o qual dispõe *in verbis*:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente

apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Nota-se que além da prisão em flagrante, a Resolução assegurou a aplicabilidade da Audiência de Custódia nas prisões cautelares (temporárias ou preventivas), bem como, nas condenações definitivas. Deste modo, em regra, toda pessoa presa deverá passar pela audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar do cumprimento do mandado de prisão.

Todavia, há muitas críticas em relação a eficiência da audiência de custódia nesses tipos de prisões, pois, de acordo com o parágrafo único do referido artigo, o mesmo Juiz que expediu o mandado de prisão deve ser o Juiz que vai presidir a respectiva audiência de custódia, logo, para muitos operadores do direito este raciocínio não tem nexos, tendo em vista que o magistrado não vai revogar a sua própria decisão de prisão tão logo cumprida, pois se ele vislumbrou os requisitos necessários para expedir o mandado de prisão, logo, não teria motivos para voltar atrás na audiência de custódia, e então a prisão será mantida.

Porém, muitos não enxergam a essência da Audiência de Custódia, pois, mesmo nestes casos de ser o próprio magistrado que expediu o mandado a realizar a audiência, ela tem a sua relevância, pois, no momento em que o magistrado analisa os autos e expede o mandado ele está tendo contato apenas com o papel, ele já criou o estereótipo do indivíduo, ou seja, teve o efeito *priming*, porém, logo depois, ao realizar a audiência, ele fica frente a frente com o custodiado, e pode sim voltar atrás com sua decisão.

3.3 Imprescindibilidade da Realização

Após a implementação da Audiência de Custódia, os Tribunais de Justiça de todo país tiveram que se reorganizar e cumprir com as determinações da Resolução nº 213/2015, todavia, muitos cumprem apenas com o protocolo de realizar a audiência de custódia, e não se importam com a sua real relevância.

Sendo a Audiência de Custódia uma fase procedimental imprescindível para a efetivação da prisão, por consequência a sua não realização geraria a ilegalidade do ato, o que provocaria o relaxamento da prisão, por força do art. 5º, LXV, da Constituição Federal.

Sob esse prisma, inúmeros advogados começaram a impetrar Habeas Corpus com o fundamento de que a Audiência de Custódia não foi realizada e consequentemente a prisão de seu cliente deveria ser relaxada.

No entanto, os Tribunais ignoraram tal preceito constitucional sob a égide de que a ausência da audiência de custódia não é suficiente para tornar o ato ilegal e relaxar a prisão, tendo em vista que os requisitos da prisão foram preenchidos. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado sob a mesma perspectiva, e ainda, que convertido o flagrante em prisão preventiva, ficaria superado o argumento de nulidade no flagrante, conforme alguns precedentes:

A ausência de audiência de custódia não constitui irregularidade suficiente para ensejar a ilegalidade da prisão cautelar, se observados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal (STJ, RHC 76.100/AC, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 8-11-2016, DJe de 2-12-2016).

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de não reconhecer a nulidade da prisão apenas em razão da ausência da audiência de custódia, se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso concreto (STJ, RHC 76.734/MG, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22-11-2016, DJe de 2-12-2016).

Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, 'a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais'

(AgRg no HC 353.887/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19-5-2016, DJe 7-6-2016) (STJ, RHC 76.906/SP, 6ª T., rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-11-2016, DJe de 24-11-2016).

A não realização de audiência de custódia não induz a ilegalidade do decreto preventivo, cujos fundamentos e requisitos de validade não incluem a prévia realização daquele ato, vinculados, por força de lei, ao que dispõem os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (Precedentes) (STJ, RHC 76.653/PR, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 22-11-2016, DJe de 7-12-2016).

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

Decisão: Trata-se de habeas corpus com pedido de medida liminar, impetrado por Habib Ribeiro David, em favor de Alex Hudson Lourenço da Silva, contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que denegou a ordem nos autos do HC 402.366/MG. Eis a ementa desse julgado: HABEAS CORPUS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – NÃO REALIZAÇÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA – PRISÃO PREVENTIVA – ART. 312 DO CPP – PERICULUM LIBERTATIS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.

1. A não realização de audiência de custódia não induz a ilegalidade do decreto preventivo, cujos fundamentos e requisitos de validade não incluem a prévia realização daquele ato, vinculados, por força de lei, ao que dispõem os arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (Precedentes).

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

3. O Juízo singular, ao converter a prisão em flagrante em custódia preventiva, evidenciou a periculosidade do acusado e a conseqüente necessidade de preservação da ordem pública, ante o modus operandi adotado na prática ilícita – concurso de quatro agentes, com emprego de arma de fogo – e o fundado risco de reiteração delitiva, ante os indícios de se tratar de associação criminosa voltada à prática habitual de delitos de tal natureza.

4. Por idênticas razões, as demais medidas cautelares não se prestariam ao acautelamento da ordem pública.

5. Ordem denegada.” (eDOC 7, p. 2) Consta dos autos que o paciente, juntamente com outros dois acusados, foi preso em flagrante na data de 3.3.2017, em razão da prática em tese do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso I c/c art. 180, ambos do Código Penal, porquanto supostamente se associou com o fim específico de cometer roubo de cargas. Referida custódia foi convertida em preventiva. (eDOC 4) Declinado pedido de liberdade provisória, este restou indeferido. (eDOC 5) Irresignada, a defesa manejou habeas corpus no Tribunal de Justiça mineiro, objetivando a revogação do decreto prisional. A ordem foi denegada em acórdão assim ementado: “HABEAS CORPUS – ROUBO MAJORADO – AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – CONVERSÃO DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA – QUESTÃO SUPERADA – PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – HIPÓTESES ELENCADAS NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PENA MÁXIMA COMINADA SUPERIOR A QUATRO ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – NECESSIDADE DA MEDIDA RESTRITIVA – CONDIÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE – IRRELEVÂNCIA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – DESCABIMENTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA. Não há que se falar em constrangimento ilegal se o decreto prisional encontra-se adequadamente fundamentado nos requisitos previstos no art. 312 do CPP, a fim de garantir a ordem pública. Evidenciada a periculosidade do agente, a prisão

preventiva é medida que se impõe. As condições favoráveis do Paciente não são suficientes para lhe garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes outras circunstâncias autorizadoras da cautela. Incabível é a substituição da prisão por medida cautelar conforme disposto no artigo 282 § 6º do CPP e presentes estando os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma legal associado à gravidade, inadequadas são tais medidas. Ordem denegada.” (eDOC 6) Daí a impetração do citado HC 402.366/MG no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu da ordem nos termos da ementa transcrita. Nesta Corte, o impetrante reitera os pedidos pretéritos e enfatiza a ilegalidade da custódia preventiva, sustentando: a) ausência de realização de audiência de custódia, violando o art. 15 da resolução 213/2015 do CNJ e b) que a segregação estaria baseada apenas na gravidade abstrata do delito, de forma que ausentes os requisitos autorizadores da preventiva, previstos no art. 312 do CPP. Ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente, tais como a primariedade e os bons antecedentes. Requer, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura. Subsidiariamente, postula a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. É o relatório. Decido. A concessão de liminar em habeas corpus dá-se em caráter excepcional, em face da configuração do fumus boni iuris e do periculum in mora. Após análise característica à cognição sumária, não vislumbro constrangimento ilegal manifesto a justificar o deferimento da medida de urgência. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 402.366/MG, consignou o seguinte: “Feito esse registro, passo ao exame das teses defensivas. II. Não realização da audiência de custódia – ausência de nulidade A respeito do tema, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a ausência de realização de audiência de custódia não configura ilegalidade a ponto de invalidar o decreto prisional. É que a prisão preventiva é título autônomo de segregação cautelar, normatizado pelos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, cujos fundamentos e requisitos não dependem da prática da referida audiência. Como a prisão em flagrante – título precário, de feição administrativa – deixou de existir com a custódia preventiva, eventual ilegalidade ocorrida no flagrante ou na audiência de custódia não tem o condão de contaminar o decreto construtivo provisório posterior. Nesse sentido é, insista-se, a jurisprudência de ambas as turmas deste Tribunal: (...) III. Prisão preventiva – motivação idônea É assente na doutrina e na jurisprudência pátrias que, para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP. Apoiado nessa premissa, constato que são suficientes as razões invocadas pelo Juízo de origem para embasar a ordem de prisão do paciente, porquanto contextualizou, em dados concretos dos autos, o periculum libertatis. Com efeito, a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em custódia preventiva evidenciou sua periculosidade e a consequente necessidade de preservação da ordem pública, ante o modus operandi adotado na prática ilícita – concurso de quatro agentes, com emprego de arma de fogo – e o fundado risco de reiteração delitiva, ante os indícios de se tratar de associação criminosa voltada à prática habitual de delitos de tal natureza. A respeito do tema, a jurisprudência desta Corte de Justiça é firme ao asseverar que o modus operandi empregado, quando indicativo da maior gravidade da conduta perpetrada, é fundamento idôneo para imposição da custódia provisória. (...) Além disso, os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça são uníssomos em asseverar que ‘se justifica a decretação de prisão de membros de organização criminosa como forma de interromper as atividades do grupo’ (RHC n. 70.101/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 5/10/2016, destaquei).

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa e o risco concreto de reiteração delitiva justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública” (AgR no HC n. 138.522/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª T., DJe 19/6/2017).

Concluo, portanto, haver motivos suficientes para justificar a prisão preventiva do réu, ante o fundado risco de reiteração delitiva. IV. Substituição por medidas cautelares diversas – impossibilidade Pelos mesmos motivos acima delineados, diante da maior periculosidade do réu, em face da gravidade da conduta perpetrada e do risco de reiteração delitiva, a adoção de medidas cautelares diversas não se prestaria ao acautelamento da ordem pública.” (eDOC 7, p. 4/7). Dessa forma, salvo melhor juízo quanto ao mérito, os fundamentos adotados pela decisão proferida pelo STJ, assim como os demais elementos

constantes dos autos, não autorizam a concessão da liminar. Ante o exposto, indefiro a liminar. Abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 19 de outubro de 2017. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. (STF - MC HC: 148932 MG - Minas Gerais 0011852-39.2017.1.00.0000, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/10/2017, Data de Publicação: DJe-243 24/10/2017).

Percebe-se que muitos julgadores ainda não se deram conta da importância que há na realização da Audiência de Custódia, e por isso ainda a relativizam e não a consideram imprescindível para o Processo Penal.

4. IMPLEMENTAÇÃO NO ÂMBITO BRASILEIRO

Além da fundamentação dos tratados internacionais, a implementação nacional da Audiência de Custódia se deu, objetivamente, em virtude da realidade carcerária que o país vivencia através da superlotação prisional, tendo em vista que o Brasil é o 3º país do mundo em taxa de encarceramento e a 2º maior democracia que mais prende, contando, ainda, com um percentual extremamente elevado de presos provisórios, ou seja, que ainda não foram condenados definitivamente.

Vislumbra-se, pela figura a seguir, os dados até julho de 2017 do sistema prisional feito pelo Geopresídios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

QUADRO NACIONAL (quantidade)						
Presos em Regime Fechado	Presos em Regime Semiaberto	Presos em Regime Aberto	Presos Provisórios	Presos em Prisão Domiciliar	Total	Internos em Cumprimento de Medida de Segurança
298.109	101.714	9.871	243.280	5.370	658.344	3.412

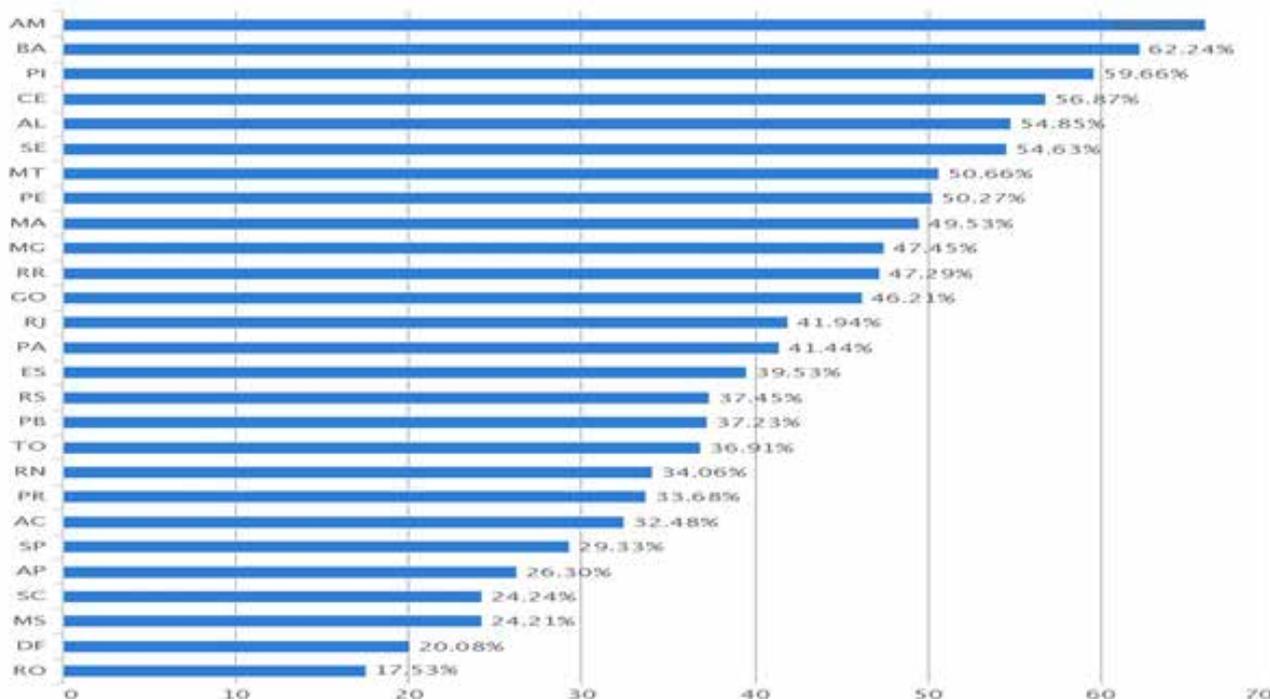
Figura 1: Radiografia do sistema prisional nacional feita pelo Geopresídios.

É de suma relevância observar a quantidade de presos provisórios, são mais de 243 mil presos aguardando julgamento, apenas 55 mil de diferença com os que já foram condenados a responder em regime fechado.

Este cenário envolto da prisão provisória representa, aproximadamente, 37% do total de presos no país, seja em regime fechado, semiaberto, aberto, domiciliar ou provisório.

O gráfico a seguir, também do Geopresídios, demonstra a porcentagem de presos provisórios por estado:

% Presos Provisórios



Presos Provisórios

Figura 2: Porcentagem de presos provisórios por Estado.

Percebe-se que de todos os 27 estados, Mato Grosso do Sul apresenta a terceira menor porcentagem de presos provisórios, possuindo 24,21% do total.

Um dos objetivos do instituto da audiência de custódia é, especialmente, dirimir a quantidade de presos provisórios no país, pois através da realização da audiência e conseqüentemente da apreciação da licitude e da legalidade da prisão, a necessidade da mesma também é analisada.

À vista deste quadro, em setembro de 2011, o Senador Antônio Carlos Valadares, apresentou o Projeto de Lei nº 554/2011, que visa alterar o parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, a fim de determinar o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para conduzir o preso em flagrante à presença da autoridade judicial para apreciação de sua prisão. O projeto que regulamenta a audiência de custódia foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em dezembro de 2016 e remetido à Câmara dos Deputados.

Logo, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançaram o projeto “Audiência de Custódia”, através das mesmas linhas adotadas pela proposta legislativa.

Segundo o CNJ (online), o projeto consiste:

Na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

O projeto foi propagado e instalado em inúmeros Tribunais de Justiça do país, todavia, precisava de uma regulamentação a fim de uniformizar o funcionamento das audiências de custódia, sendo assim, em 15 de dezembro de 2015 o CNJ aprovou a resolução nº 213/2015, ponto que será esclarecido a seguir.

Conforme os dados disponibilizados pelo CNJ, até junho de 2017 foram realizadas cerca de 258.485 (duzentos e cinquenta e oito mil quatrocentos e oitenta e cinco) audiências de custódia no Brasil, das quais 115.497 (cento e quinze mil quatrocentos e noventa e sete) resultaram em liberdade e 142.988 (cento e quarenta e dois mil novecentos e oitenta e oito) em prisão preventiva, além disso, houve alegação de violência no ato da prisão em 12.665 (doze mil e seiscentos e sessenta e cinco) casos, e em 27.669 (vinte e sete mil seiscentos e sessenta e nove) houve encaminhamento social/assistencial.

À vista disso, é possível verificar que 44,68% do total de audiências resultaram em liberdade, ou seja, se não houvesse este instituto seriam mais cento e quinze mil quatrocentos e noventa e sete pessoas que estariam presas preventivamente aguardando uma oportunidade para serem ouvidas perante uma Autoridade Judicial para então poderem responder em liberdade.

4.1 Projeto de Lei 554/2011 e a Resolução nº 213/2015 do CNJ

Desde o ano de 2011 tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, o qual tem como finalidade alterar o Código de Processo Penal, incluindo a realização da Audiência de Custódia, conforme art. 1º, in verbis:

Alterar o § 1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para dispor que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O Supremo Tribunal Federal, no dia 09 de setembro de 2015, concedeu parcialmente a cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, a qual consignou a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa em flagrante à autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão. Sendo assim, após o julgamento do Supremo, o CNJ decidiu uniformizar a prática procedimental das audiências de custódia que vinham sendo adotadas pelos Tribunais de Justiça do País.

Enquanto o Projeto de Lei continuava em trâmite no Senado Federal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e o Ministério da Justiça lançaram, no dia 06 de fevereiro de 2015, o “Projeto Audiência de Custódia”, que teve seu termo de abertura no dia 15 de janeiro de 2015, após a aprovação do Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ.

Deste modo, durante a 223ª Sessão Ordinária, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a resolução nº 213/2015, a qual veio justamente com a intenção de normatizar e regulamentar as audiências de custódia em todo território nacional.

A Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, é composta por 17 (dezessete) artigos que detalham o procedimento da apresentação dos presos em flagrante, além disso, possui 2 (dois) protocolos de atuação, um sobre os procedimentos para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão para os custodiados apresentados nas audiências de custódia, e o outro sobre os procedimentos para oitiva, registro e o encaminhamento de denúncia de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Conforme dispôs o último artigo, a resolução entrou em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016, deste modo, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais tiveram o prazo de 90 dias para se adequar e implantar as novas disposições, bem como, tiveram que apresentar, durante o mesmo prazo, aqueles que tinham sido presos em flagrante antes da implantação da audiência de custódia.

No dia 09 de abril de 2015, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) fizeram três acordos que tem como finalidade: difundir o projeto em todo o território nacional, a utilização de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica.

Segundo o CNJ (2015, on line):

a) O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a “conjugação de esforços” para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a 1202 necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas.

b) O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas.

c) O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher; criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Difundidas e incentivadas em todos os Estados da Federação, havia a necessidade uma regulamentação, já que, nos diferentes tribunais do país, as audiências de custódia foram instaladas mediante acordos firmados entre o CNJ e os órgãos do Judiciário e do Executivo.

Insta salientar que a Audiência de Custódia também foi implementada no âmbito da Justiça Federal, pelo Tribunal Regional da 3ª Região, através da Resolução conjunta PRES/CORE nº 2, de 01 de março de 2016, *in verbis*:

Art. 1º Implantar a audiência de custódia, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, para determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão, observados os termos da Resolução CNJ nº 213/2015.

§ 1º Nos termos do artigo 13 da Resolução CNJ nº 213/2015, a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva.

§ 2º Para a realização da audiência de custódia deverá ser utilizado o Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), nos termos da referida Resolução.

§ 3º A audiência de custódia será implantada, a partir de 15 de março de 2016, inicialmente nas Subseções Judiciárias de São Paulo/SP, Guarulhos/SP e Campo Grande/MS.

§ 4º A partir de 30 de março de 2016, a audiência de custódia será implantada em todas as Subseções Judiciárias dos Estados de São Paulo e de Mato Grosso do Sul.

§ 5º Até que seja editado ato conjunto da Presidência e da Corregedoria Regional disciplinando a realização de audiências de custódia nos dias de funcionamento do plantão judiciário, as medidas a que se referem os parágrafos anteriores deverão ser observadas pelos Juízos Federais apenas nos dias de expediente forense ordinário, postergando-se para o primeiro dia útil subsequente à prisão a realização da audiência de custódia relativa a pessoa presa durante os feriados legais e finais de semana.

Art. 2º Ressalvados os dias de plantão judiciário, as audiências de custódia serão realizadas pelo Juízo Federal competente após a distribuição, por sorteio ou prevenção, do respectivo comunicado de prisão em flagrante.

§ 1º Na hipótese do artigo 1º, § 1º, desta Resolução, a audiência de custódia deverá ser realizada pelo Juízo Federal ordenador da prisão, preferencialmente, ou pelo Juízo do local da prisão, quando a distância entre ambos ou outras circunstâncias assim o recomendarem.

§ 2º A partir da entrada em vigor desta Resolução, na confecção de mandados de prisão deverá ser observado o comando do artigo 13, parágrafo único, da Resolução CNJ nº 213/2015.

Art. 3º Não se adiará a realização de audiência de custódia se o advogado constituído pelo preso ou o Defensor Público, embora regularmente intimados, deixarem de comparecer ao ato.

§ 1º Ausente o advogado constituído ou o Defensor Público, nomear-se-á ao preso defensor ad hoc.

§ 2º Compete ao Coordenador do respectivo Fórum assegurar a existência de local apropriado para a entrevista prévia entre a pessoa presa e o seu advogado ou defensor, nos termos do artigo 6º, caput e parágrafo único, da Resolução CNJ nº 213/2015.

Art. 4º Não sabendo ou não podendo o preso comunicar-se em língua portuguesa, e não sendo localizado intérprete em tempo hábil para a realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no artigo 1º desta Resolução, o ato ocorrerá em data próxima, tão logo superado o obstáculo à oitiva do preso, consignando-se em ata ou certidão o motivo determinante do adiamento.

Art. 5º Nos termos do parágrafo único do artigo 15 da Resolução CNJ nº 213/2015, os Juízos Federais deverão assegurar às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia na respectiva Subseção Judiciária, e que ainda não tenham sido colocadas em liberdade ou apresentadas em outra audiência no curso do processo, a apresentação à autoridade judicial.

§ 1º A existência de situações que se enquadrem no caput, deverá ser informada pelos Juízos Federais à CORE, no prazo de 15 (quinze) dias após a publicação desta Resolução, no processo SEI nº 0005580-86.2016.4.03.8000.

§ 2º As providências previstas no caput deste artigo deverão ser adotadas até a implantação definitiva da Audiência de Custódia e o seu cumprimento deverá ser relatado à CORE.

Art. 6º As disposições desta Resolução aplicam-se aos processos da competência originária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, podendo a apresentação do preso ser delegada pelo Relator, por carta de ordem, a Juízo Federal sorteado para esse fim.

Art. 7º Ademais do previsto na Resolução CNJ nº 213/2015, deverão ser observados, para a realização da audiência de custódia, os procedimentos disciplinados pela Corregedoria-Regional.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Percebe-se que a principal fonte que fundamentou esta resolução do TRF foi a 213/2015 do CNJ, bem como, os tratados internacionais.

4.2 Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC)

O Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC) é uma plataforma criada pelo Conselho Nacional de Justiça para reunir os registros das audiências de custódia que acontecem em todo o território nacional. De acordo com o CNJ, a finalidade do sistema é registrar as audiências e produzir as atas.

A Resolução nº 213/2015 do CNJ determinou que toda apresentação da pessoa presa em flagrante deverá ser, obrigatoriamente, precedida de um cadastro no SISTAC, conforme disposto no artigo 7º da resolução, o qual prevê, *in verbis*:

Art. 7º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC).

§ 1º O SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz e tem por objetivos:

I - registrar formalmente o fluxo das audiências de custódia nos tribunais;

II - sistematizar os dados coletados durante a audiência de custódia, de forma a viabilizar o controle das informações produzidas, relativas às prisões em flagrante, às decisões judiciais e ao ingresso no sistema prisional;

III - produzir estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas a tortura e maus tratos, entre outras;

IV - elaborar ata padronizada da audiência de custódia;

V - facilitar a consulta a assentamentos anteriores, com o objetivo de permitir a atualização do perfil das pessoas presas em flagrante delito a qualquer momento e a vinculação do cadastro de seus dados pessoais a novos atos processuais;

VI - permitir o registro de denúncias de torturas e maus tratos, para posterior encaminhamento para investigação;

VII - manter o registro dos encaminhamentos sociais, de caráter voluntário, recomendados pelo juiz ou indicados pela equipe técnica, bem como os de exame de corpo de delito, solicitados pelo juiz;

VIII - analisar os efeitos, impactos e resultados da implementação da audiência de custódia.

§ 2º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito em juízo acontecerá após o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e respectiva nota de culpa perante a unidade judiciária correspondente, dela constando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do flagrante, perante a unidade responsável para operacionalizar o ato, de acordo com regramentos locais.

§ 3º O auto de prisão em flagrante subsidiará as informações a serem registradas no SISTAC, conjuntamente com aquelas obtidas a partir do relato do próprio autuado.

§ 4º Os dados extraídos dos relatórios mencionados no inciso III do § 1º serão disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ, razão pela qual as autoridades judiciárias responsáveis devem assegurar a correta e contínua alimentação do SISTAC.

O Sistema ainda prevê a coleta do seguinte rol de informações: Faixa etária da pessoa custodiada; Raça/Cor; Estado Civil; Escolaridade; Antecedentes Criminais; Informações sobre trabalho; Informações sobre gestação (no caso de mulheres); Possuir ou não dependentes; Identidade de Gênero; Dependência Química; Ser portador de Deficiência; Possuir ou não doença grave; Tipo de Decisão Judicial aplicada; Gênero; Investigação de violência policial; Apreensão ou não de arma; Aplicação ou não de Medida Protetiva; Apreensão ou não de droga e o tipo.

5. IMPLEMENTAÇÃO NO MATO GROSSO DO SUL

O assunto referente à audiência de custódia foi bastante pleiteado perante o judiciário de todo país. Desta forma, os tribunais, com o decorrer do tempo, foram tomando providências para instalar em seus respectivos estados, sendo assim, em outubro de 2015, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) passou a integrar o projeto, se tornando, portanto, o penúltimo estado a adotar o instituto da audiência de custódia.

Vislumbra-se, através do gráfico, que desde a implementação do instituto em Mato Grosso do Sul até julho de 2017 foram realizadas 11.842 (onze mil oitocentos e quarenta e duas) audiências, das quais 4.182 (quatro mil cento e oitenta e duas) tiveram liberdade provisória concedida.

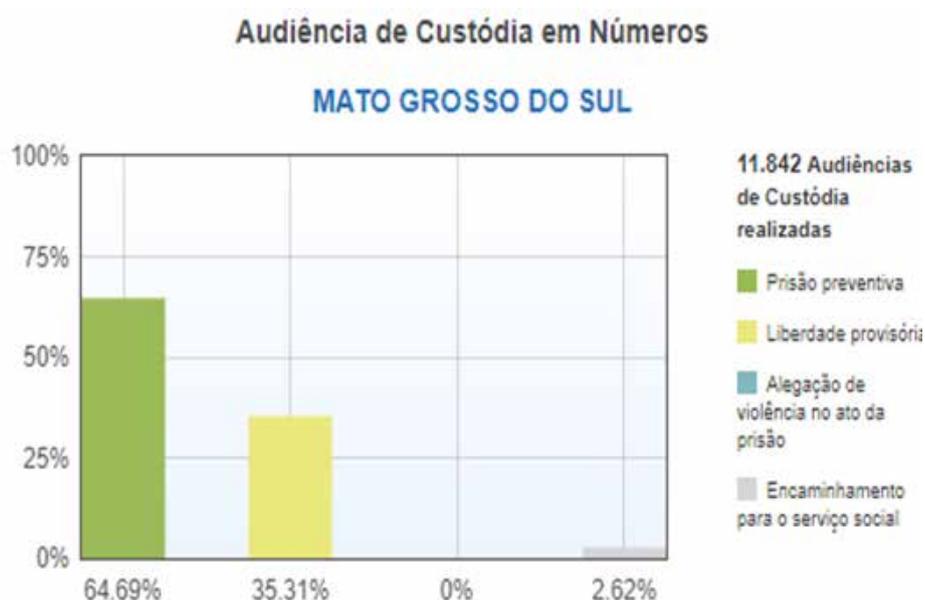


Figura 3: Fonte CNJ/TJMS período: 05/10/2015 a 05/07/2017

Conforme disposto no quadro resumo a seguir, é possível verificar que do total de 16.635 (dezesesseis mil seiscentos e trinta e cinco) presos, aproximadamente 23,4% são presos provisórios, ou seja, 3.888 (três mil oitocentos e oitenta e oito).

QUADRO RESUMO												
QTD de estabelecimentos	QTD de vagas	QTD de presos	QTD de vagas	QTD de presos em regime fechado	QTD de presos em regime semiaberto	QTD de presos em regime aberto	QTD de presos provisórios	QTD de presos em prisão domiciliar	QTD de presos estrangeiros	QTD de presos indígenas	QTD de presos em monitoramento eletrônico	Internos em Cumprimento de Medida de Segurança
107	8340	16635	7162	8649	2535	1233	3888	12162	126	165	32	39

Figura 4: Radiografia do sistema prisional no estado do Mato Grosso do Sul.

À vista disso, o TJMS tomou decisões importantes para implementar o instituto no âmbito das comarcas do estado, tais decisões resultaram em 3 (três) provimentos que serão elencados a seguir, bem como, a composição da audiência de custódia e os aspectos da primeira audiência que inaugurou a implementação no estado.

5.1 Provimentos

Em 01 de outubro de 2015 o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), através de seu Conselho de Magistratura, implantou o provimento nº 352, o qual é apreciado como sendo a resolução base que disciplinou a audiência de custódia no estado, que teve como embasamento: a restrição da liberdade individual como medida de exceção, as disposições da Lei nº 12.403/2011, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e as diversas providências tomadas pelo Poder Judiciário em parceria com o Poder Executivo com a finalidade de contribuir para a solução dos problemas afetos à superlotação do sistema carcerário.

O provimento nº 352, de 1º de outubro de 2015, é a resolução base que implantou e disciplinou a audiência de custódia no âmbito do Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul. As demais resoluções têm como essência completar e modificar determinados dispositivos, a fim de esclarecer, ampliando ou restringindo, o sentido de sua aplicação.

As 3 (três) resoluções possuem aspectos semelhantes e também divergentes entre si, porém, a inconsonância se refere ao fato da alteração das demais em relação ao provimento base, que mesmo contendo todo um embasamento teórico por meio das considerações e dos dispositivos, alguns pontos geraram dúvidas em decorrência das práticas rotineiras e houve a necessidade de alterá-los.

Todavia, após 57 (cinquenta e sete) dias, mais precisamente em 26 de novembro de 2015, o Conselho precisou alterar alguns dispositivos, especialmente em relação a realização das audiências em plantões e feriados forenses, com tal finalidade, adveio o provimento nº 355, o qual modificou 5 (cinco) dos 11 (onze) artigos da resolução base, mais precisamente os artigos 1º, 5º, 6º, 7º e 9º, e acrescentou 3 parágrafos.

Com o passar do tempo, novas necessidades de alteração foram constatadas, principalmente a de estender a realização das audiências de custódia também aos adolescentes apreendidos pela prática de atos infracionais, já que tanto a resolução base, quanto a alteração feita pelo provimento nº 355, não continha nenhum aspecto que abordasse a situação do adolescente.

Tendo em vista que até então a Justiça Juvenil não havia sido alcançada, em virtude disso em 1º de março de 2016 adveio o provimento nº 360, pois, houve a necessidade de estender a realização das audiências de custódia também aos adolescentes apreendidos pela prática de atos infracionais, tal alteração modificou mais 7 (sete) artigos da resolução base, mais precisamente os artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º.

Segundo o Conselho Superior da Magistratura do TJMS, tal provimento foi estabelecido, além de todo embasamento da resolução base, considerando:

A premissa fixada no item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes da RIAD), no anexo da Resolução n. 119 do CONANDA e do disposto no art. 35, I, da Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. (DJMS-16(3528): 2-3, 3.3.2016).

Portanto, se o ordenamento jurídico pátrio dispõe que toda prisão deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente, logo, tal providência também há de existir no âmbito da Justiça Juvenil.

5.2 Composição

Após o indivíduo ser preso em flagrante, ele deverá ser encaminhado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a audiência de custódia, a qual será composta por uma autoridade judicial competente, figurada na pessoa do Juiz; um membro do Ministério Público e um Defensor, todavia, este poderá ser um representante da Defensoria Pública ou um Advogado constituído; a presença dos policiais que realizaram a prisão é expressamente proibida na audiência, conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ.

Em Campo Grande as audiências de custódia contam, ainda, com uma regulamentação complementar, a Portaria nº 047/2015, a qual foi resolvida pelo Juiz diretor do foro, Dr. Aluizio Pereira dos Santos, no uso de suas atribuições legais e na forma da lei, onde restou estabelecido, entre outros aspectos, que:

Art. 4º Fica destinada salas específicas para os juízes realizarem as audiências de custódia bem como para a assessoria, localizada no térreo, inclusive, para evitar trânsito de presos nos diversos andares e acúmulo nos corredores, com escolta fortemente armada, constrangimento público, etc.

Insta salientar que, as audiências são presididas por Juízes plantonistas, conforme dispõe o art. 1º da Portaria supracitada, ficando designado, portanto, conforme o art. 3º, em caso de feriados prolongados um Juiz para auxiliar o plantonista.

5.3 Audiência Inaugural

A primeira Audiência de Custódia no estado foi realizada no plenário do Tribunal de Justiça, no dia 05 de outubro de 2015, em sessão solene, a qual foi marcada pela presença de inúmeras autoridades das esferas municipal, estadual e federal, tais como o Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Ricardo Lewandowski; o Presidente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), Desembargador João Maria Lós; e o Governador do estado, Reinaldo Azambuja.

Em discurso, o Ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que desde fevereiro até outubro de 2015, deixaram de prender aproximadamente seis mil cidadãos, que não apresentavam risco para a sociedade, e com isso foi economizado cerca de meio bilhão de reais dos cofres públicos, bem como deixaram de construir 8 presídios. Além disso, o ministro estimou que em um ano deixariam de prender 120 mil pessoas e economizariam cerca de R\$ 4,3 bilhões por ano.

A audiência inaugural foi marcada pelo caso de um homem de 52 (cinquenta e dois) anos que foi preso em flagrante após furtar carne, linguiça e mandioca do açougue onde trabalhava. O Juiz Carlos Alberto Garcete, titular da 1º Vara do Tribunal do Júri, avaliou desnecessária a permanência da prisão do açougueiro, logo, concedeu liberdade provisória e fixou a fiança no valor referente a dois salários mínimos da época, cerca de R\$ 1.576,00.

O Promotor de Justiça Humberto Lapa Ferri concordou com a decisão do magistrado em não converter a prisão em flagrante em preventiva, tendo em vista o custodiado ser réu primário e possuir residência fixa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordou-se no presente trabalho a essência e a finalidade do instituto da Audiência de Custódia, tanto no âmbito brasileiro quanto no estado de Mato Grosso do Sul. De tal maneira, foi possível verificar o alto índice de presos provisórios no cenário nacional e estadual, bem como, o efeito relevante que o instituto tem em relação a este quadro.

A realidade até então disposta no âmbito do processo penal brasileiro apenas abordava, conforme estabelece o artigo 306, I, do Código de Processo Penal, a apresentação do auto de prisão em flagrante ao juiz competente em 24h após a prisão, ou seja, uma simples entrega de algumas folhas de papel à autoridade policial.

Nota-se que o Brasil foi omissivo por muitos anos em relação às normas internacionais, conseqüentemente deixou de proteger direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, o projeto do CNJ buscou resgatar tais direitos deixados de lado pelo ordenamento jurídico brasileiro e implantá-los em todo território nacional através da Audiência de Custódia.

Percebe-se que não havia uma completa aplicação de todos os direitos ressaltados no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dessa maneira, fica evidente a distância entre o juiz e o preso, o que acaba contribuindo com a desumanização de todo o processo penal.

Além disso, foi possível visualizar, através de dados, o alto número de presos provisórios que o país possui, fato este que é um dos principais pontos que o instituto da Audiência de Custódia visa diminuir, o que já vem ocorrendo em pequenas proporções, dentro destes três anos de implementação.

Portanto, restou evidenciado que o Instituto da Audiência de Custódia não é uma questão de opção e sim de necessidade, não somente em razão da caótica situação carcerária do país, mas também em razão da humanização, pois os casos, através da implementação do instituto, são analisados com mais proximidade entre o preso e o magistrado, facilitando ainda mais a possibilidade de conversão da prisão para medidas cautelares ou até mesmo liberdade provisória, conforme se demonstrou no decorrer do trabalho.

No entanto, há muito o que ser feito para que o instituto da Audiência de Custódia alcance a sua finalidade suprema, ou seja, a de ser um ato imprescindível para o processo penal, onde seja a todos garantido este direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nelice Martins e ARRUDA, Rejane Alves, **A implementação da audiência de custódia no Estado de Mato Grosso do Sul**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/D7iO4es718Ch9bHt.pdf>. Acesso em: jul. de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 175.

Conselho Nacional de Justiça, **Geopresídios**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: jul. 2017.

Conselho Nacional de Justiça, **Histórico**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso em: set. de 2016.

Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 213**, de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/buscatos-adm?documento=3059>. Acesso em: jul. de 2018.

Conselho Nacional de Justiça, **Senado aprova em primeiro turno projeto que regulamenta audiências de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82828-senado-aprova-em-primeiro-turno-projeto-que-regulamenta-audiencias-de-custodia>. Acesso em: jul. de 2017.

COUTINHO, Jacinto Teles, Audiência de custódia: garantia do direito internacional público. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Ano XVI. Ago - Set 2015, nº 93, p. 98.

Defensoria do Estado de São Paulo: Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos, **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal**. Disponível em: [http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20\(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20(1).pdf). Acesso em: nov. de 2016.

LOPES, Aury e PAIVA, Caio, **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209. 2014. Acesso em: jul. de 2017.

LOPES, Aury e ROSA, Alexandre Morais, **O difícil caminho da audiência de custódia**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>.2015. Acesso em: jul. de 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 807/808.

MINAGÉ, Thiago M. A questão político-criminal da audiência de custódia. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Ano XVI. Ago - Set 2015, nº 93, p.54.

MOREIRA, Rômulo de Andrade, A audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça e os pactos internacionais de direitos humanos. **Revista Jurídica**. Ano 63; agosto de 2015, nº 454; p.82.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho, **Das espécies de prisão em flagrante**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26400824_das_especies_de_prisao_em_flagrante.aspx. Acesso em: jul. de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 25 e 40.

PAIVA, Caio, **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 31.

PIRES, Diovaner Menezes e MENDES, Raíssa Pacheco Siqueira, **Audiência de custódia**. Disponível em: http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/b81a0fbe58059c14f3bc9ce95556fa92.pdf. Acesso em: out. de 2016.

PRUDENTE, Neemias Moretti, Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Ano XVI. Ago – Set 2015, nº 93, p.11.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 585.

SOUZA, Bernardo de Azevedo, A audiência de custódia e o preço do comodismo. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Ano XVI. Ago – Set 2015, nº 93, p.34.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 3, p. 445.

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Judiciário instala programa audiência de custódia em MS**. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/239794332/judiciario-instala-programa-audiencia-de-custodia-em-ms>. 2015. Acesso em: jul. de 2017.

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Portaria nº 047/2015**, <https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=30515&original=1>. Acesso em: ago. de 2017.

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Provimento nº 352/2015**. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=30331. Acesso em: out. 2016.

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Provimento nº 355/2015**. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/sistdemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=30503&original=1. Acesso em: out. de 2016.

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Provimento nº 360/2015**. Disponível em: http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=30730. Acesso em: out. de 2016.

Jurisprudência Cível



4ª Câmara Cível
Apelação nº 0817296-04.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – ICMS – SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS – PREVISÃO DE PRAZO PARA A HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO CONTIDA NO INCISO IV DO ART. 7º DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 E ART. 3º, IV, “A”, DO DECRETO ESTADUAL Nº 9.203/98 – INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO ESTADUAL – SENTENÇA MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E NÃO PROVIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A mera locação de máquinas e equipamentos, por não haver mudança da titularidade jurídica do bem, não é fato gerador do ICMS.

Revela-se, pois, inconstitucional o inciso IV, do art. 7º, da Lei Estadual nº 1.807/97 e o dispositivo da alínea “a”, do inciso IV, do art. 3º, do Decreto Estadual nº 9.203/98, que disciplinam o prazo máximo de até 120 (cento e vinte) dias para a devolução da mercadoria locada ao estabelecimento de origem, para fins de não incidência do ICMS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença de f. 555-570 que julgou procedente os pedidos contidos na ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c pedido de tutela antecipada ajuizada por JSL S/A.

Em razões de recurso às f. 576-582, o apelante sustenta, em síntese, que:

(i) “A autora adquiriu máquinas e equipamentos numa verdadeira compra e venda pagando prestações em 60 ou 80 meses. Buscando pagar menos imposto, chamou a operação de locação!” (f. 579);

(ii) “Os contratos acostados com a exordial demonstram a fixação de prazo elevado (60 meses; 48 meses; 36 meses f. 106-107, 130; e que, ao final do contrato de locação, é assegurado o direito de opção de compra ao locatário, que poderá ser exercido até o término do contrato e pré-avisada com até 30 (trinta) dias anteriores ao término de sua vigência, mediante o pagamento de uma porcentagem sobre o valor de mercado do retro bem (f. 114-115; 132-133)” (f. 580);

(iii) “o que se nota é que foi firmada uma compra e venda sujeita ao recolhimento de ICMS, mas que as partes chamaram de locação para fugir indevidamente do imposto”(f. 580); “caso seja considerada inconstitucional a última parte do inciso IV, do artigo 7º da Lei Estadual nº 1.810/97, deverá o juízo fazê-la, expressamente, respeitando o artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante 10 do STF” (f. 581)

Ao final, requer que o recurso seja conhecido e julgado procedente.

Contrarrazões às f. 590-603, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença de f. 555-570 que julgou procedente os pedidos contidos na ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c pedido de tutela antecipada ajuizada por JSL S/A.

A sentença restou assim fundamentada na parte que interessa ao presente recurso:

“(...) Sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, o art. 155, II, da CF, estabelece que a sua incidência será sobre a operações de circulação de mercadorias e a prestações de serviço de transporte e de comunicação.

Com efeito, a mera circulação de bens sem a transferência da propriedade ou exaurimento da coisa na cadeia de consumo, tal como ocorre nos contratos de locação pura e comodato, não constitui fato gerador de ICMS.

A questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo da controvérsia, REsp 1125133/SP e REsp nº 1131718/SP, no sentido de que “o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade”.

Assim, sendo a circulação econômica o fato imponível da obrigação tributária atinente ao ICMS, não se revela a presença de fato gerador nos contratos de locação, ainda que existente cláusula com opção de compra ao final do contrato (vide f. 115 - cláusula 8.7)

Cumprе anotar que o STF já se manifestou sobre a não incidência do ICMS em operações oriundas de contrato de arrendamento mercantil:

EMENTA–RECURSO EXTRAORDINÁRIO–ICMS–NÃO INCIDÊNCIA–ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR – ART. 155, II DA CB – LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES – OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre “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”. 3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. 4. Recurso extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e recurso extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado. (RE 461968, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, DJe-087 Divulg 23-08-2007 Public 24-08-2007 DJ 24-08-2007 Pp-00056 Ement Vol-02286-14 Pp-02713 RDDT nº 145, 2007, p. 228 RDDT nº 146, 2007, p. 151-156)

Demais disso, no caso concreto, após análise dos documentos carreados aos autos, não se vislumbra prova apta a comprovar a simulação de locação com a finalidade de omitir a transferência de titularidade das mercadorias.

Por fim, cumpre trazer a lume o julgamento pelo Órgão Especial do TJMS, da arguição nº 1602108-38.2014.8.12.0000, de relatoria do E. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, atinente à inconstitucionalidade art. 7º, IV, CTE e art. 3º, IV, “a”, do RICMS/MS. Vejamos: (...)

Assim, seja porque não comprovado pelo requerido qualquer simulação nos contratos de locação tendentes a omitir a transferência de titularidade das mercadorias, seja porque já declarada a inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial do TJMS, dos art. 7º, IV, CTE e art. 3º, IV, “a”, do RICMS/MS, a procedência do pedido de declaração de inexistência de relação jurídica atinente à incidência do ICMS sobre as operações oriundas dos contratos de locação firmados pela autora é medida que se impõe.

Por fim, com relação à alegada apreensão de mercadorias com o propósito de recolhimento do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, é flagrante a ilegalidade do ato. Nesse sentido a Súmula 323 do STF dispõe: “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento”.

Dispositivo

Pelo exposto, julgo procedentes os pedidos formulados por JSL S/A em desfavor de ‘Estado de Mato Grosso do Sul para reconhecer a inexistência de relação jurídica que obrigue a autora ao recolhimento de ICMS sobre operações de remessa de mercadorias para locação com destino a estabelecimentos situados neste Estado e, por consequência, impedir a apreensão dessas mercadorias, ou seja, objeto de contratos de locação, como meio coercitivo para pagamento de ICMS, ressalvando, contudo, a possibilidade de fiscalização do Fisco Estadual.

Sem custas por isenção legal.

Condeno a parte requerida ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC, arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais)(...)”

Irresignado (f. 576-582), o apelante sustenta, em síntese, que:

(i) “A autora adquiriu máquinas e equipamentos numa verdadeira compra e venda pagando prestações em 60 ou 80 meses. Buscando pagar menos imposto, chamou a operação de locação!” (f. 579);

(ii) “Os contratos acostados com a exordial demonstram a fixação de prazo elevado (60 meses; 48 meses; 36 meses f. 106-107, 130; e que, ao final do contrato de locação, é assegurado o direito de opção de compra ao locatário, que poderá ser exercido até o término do contrato e pré-avisada com até 30 (trinta) dias anteriores ao término de sua vigência, mediante o pagamento de uma porcentagem sobre o valor de mercado do retro bem (f. 114-115; 132-133)” (f. 580);

(iii) “o que se nota é que foi firmada uma compra e venda sujeita ao recolhimento de ICMS, mas que as partes chamaram de locação para fugir indevidamente do imposto” (f. 580); “caso seja considerada inconstitucional a última parte do inciso IV, do artigo 7º da Lei Estadual nº 1.810/97, deverá o juízo fazê-la, expressamente, respeitando o artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante 10 do STF” (f. 581).

Ao final, requer que o recurso seja conhecido e julgado procedente.

Após breve relato, passa-se a análise dos recursos.

Mérito

Análise da remessa necessária e da apelação conjuntamente.

A questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo da controvérsia, REsp 1125133/SP e REsp nº 1131718/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, sedimentando a jurisprudência da Corte no sentido de que “o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade”.

Em relação à invocação do art. 7º, IV, CTE, pelo qual a locação de bens, para fins de não incidência de ICMS, ficaria limitada ao máximo de 120 dias, insta salientar que foi declarada a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, na Arguição nº 1602108-38.2014.8.12.0000, de relatoria do E. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, cuja a ementa transcreve-se, *in verbis*:

“ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – ICMS – FATO GERADOR – CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL DE TRANSPORTE E DE COMUNICAÇÃO, AINDA QUE REALIZADOS NO EXTERIOR – LOCAÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS – CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA PRESSUPÕE TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE JURÍDICA DO BEM, O QUE NÃO OCORRE COM A LOCAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV, DO ART. 7º, DA LEI ESTADUAL Nº 1.807/97, BEM COMO DA ALÍNEA “A”, DO INCISO IV, DO ART. 3º, DO DECRETO ESTADUAL Nº 9.203/98, QUE ESTIPULAM PRAZO MÁXIMO DE 120 DIAS PARA A DEVOLUÇÃO DA MERCADORIA AO REMETENTE, PARA FINS DE NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – ARGUIÇÃO PROCEDENTE. 1. A mera locação de equipamentos, por não haver mudança da titularidade jurídica do bem, não é fato gerador do ICMS. 2. Revela-se, pois, inconstitucional o inciso IV, do art. 7º, da Lei Estadual nº 1.807/97 e o dispositivo da alínea “a”, do inciso IV, do art. 3º, do Decreto Estadual nº 9.203/98, que disciplinam o prazo máximo de até 120 (cento e vinte) dias para a devolução da mercadoria locada ao estabelecimento de origem, para fins de não incidência do ICMS.” (TJMS. Arguição de Inconstitucionalidade nº 1602108-38.2014.8.12.0000, Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Órgão Especial; Data do julgamento: 25/02/2015).

Na hipótese, ao contrário do que quer fazer crer o apelante, não restou comprovado no caderno processual qualquer simulação nos contratos de locação mencionados tendentes a omitir a transferência de titularidade das mercadorias.

Por derradeiro, como bem fundamentado no voto supramencionado,

“(…) a locação de mercadorias não constitui em fato gerador de ICMS, devendo eventual indício de simulação de negócio jurídico (compra e venda travestida de locação de equipamentos) ser auferido pelo Fisco por meios próprios da atividade de fiscalização, diante do poder de império (ius imperii) do Estado, e não por meio de simples e cômoda tributação sobre locação de bens sob o manto da extrapolação do prazo de 120 dias estipulado no RICMS-MS.”

A matéria, inclusive, não é nova neste Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – LOCAÇÃO DE MÁQUINAS – AUSÊNCIA DE FATO GERADOR – MERA CIRCULAÇÃO DE BENS, SEM TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE – INCONSTITUCIONALIDADE, DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL, DO INCISO IV DO ART. 7º DA LEI ESTADUAL Nº 1.807/97, BEM COMO DA ALÍNEA “A”, DO INCISO IV, DO ART. 3º, DO DECRETO ESTADUAL Nº 9.203/98 – RECURSO IMPROVIDO, I) Não incide ICMS sobre locação de bens, porque não configura fato gerador à luz da Constituição Federal e da LC 87/96, havendo mera circulação de bens, sem transferência da propriedade. II) Precedente do STJ em sede de recurso repetitivo, REsp 1125133/SP e REsp nº 1131718/SP – “o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade”. III) De acordo com a decisão do Órgão Especial do TJMS, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1602108-38.2014.8.12.0000 “revela-se inconstitucional o inciso IV, do art. 7º, da Lei Estadual nº 1.807/97 e o dispositivo da alínea

“a”, do inciso IV, do art. 3º, do Decreto Estadual nº 9.203/98, que disciplinam o prazo máximo de até 120 (cento e vinte) dias para a devolução da mercadoria locada ao estabelecimento de origem, para fins de não incidência do ICMS”. IV) Recurso improvido.¹

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS – PREVISÃO DE PRAZO PARA A HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO CONTIDA NO INCISO IV DO ART. 7º DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 E ART. 3º, IV, “A”, DO DECRETO ESTADUAL Nº 9.203/98 – INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO ESTADUAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.²

Por consequência, deve ser mantida a sentença que declarou a inexigibilidade do ICMS sobre as operações realizadas pela empresa apelada.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos constam, conheço dos recursos e nego-lhes provimento. Ainda, considerando o grau de zelo do profissional (apelado), fixo honorários recursais em 1.000,00 (mil reais), conforme determina o art. 85, § 2º IV e § 11º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

1 TJMS. Agravo de Instrumento nº 1412395-10.2015.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/01/2016, p: 28/01/2016

2 TJMS. Apelação nº 0065722-85.2011.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 24/02/2015, p: 26/02/2015

2ª Seção Cível

**Mandado de Segurança nº 1411250-11.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Alexandre Bastos**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – VAGAS DESTINADAS ÀS COTAS – EXCLUSÃO NA ENTREVISTA DE VERIFICAÇÃO DA COTA RACIAL – CANDIDATO APROVADO NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL E ESTAGIOU JUNTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA CONDIÇÃO DE COTISTA – CERTIDÃO DE NASCIMENTO ATESTA A COR PARDA – DIREITO LIQUIDO E CERTO – PARECER FAVORÁVEL – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A população negra é formada pelo conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas ou pardas (inciso IV do artigo 1º da Lei nº 12.288/2010).

In casu, consta na certidão de nascimento da impetrante que possui cor parda, bem como já cursou a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul na qualidade de cotista, e também, estagiou junto ao Ministério Público Federal nesta qualidade. Assim não há como, neste momento, negar que a impetrante seja da raça negra.

Com o parecer, concedo-lhe a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 8 de abril de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Amanda Lais de Oliveira Gomes em face do ato coator praticado por Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, na pessoa do Sr. Édio de Souza Viegas, e outros.

A insurgência da Impetrante é em relação a decisão que a considerou não favorável, em entrevista para verificação da condição, em que autodeclarou-se negra, no Concurso Público (Edital nº 1/2018 - SAD/SEJUSP/PMMS/CFO).

Em apertada síntese diz que, fotos de sua infância e familiares comprovam que possui fenótipo negro, que cursou universidade através de ingresso no sistema de cotas (SISU), realizou estágios em repartições públicas na mesma condição, o que revela que a comissão de verificação do certame, precisa seguir critérios objetivos, pois violou o princípio da isonomia, bem como que não há previsão de recurso administrativo face decisão que não a considerou negra, o que lhe impedirá de participar das etapas subsequentes no referido concurso.

Por fim, requer seja recebido o Mandado de Segurança, e que se conceda a liminar, para determinar que as autoridades apontadas como coatoras, permitam a Impetrante de participar das demais fases do concurso público, caso não seja o entendimento, que faça a reserva da vaga até o julgamento do mérito, e em caráter definitivo, para confirmar a liminar, declarando a ilegalidade do ato, uma vez que é negra e ter seu direito líquido e certo violado.

O Mandado de Segurança foi recebido e a liminar concedida, uma vez presentes os requisitos necessários (f. 139-145). Foi, ainda, deferida a gratuidade da justiça a impetrante.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 159-165 pugnando pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança (f. 173-181).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Amanda Lais de Oliveira Gomes em face do ato coator praticado por Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, na pessoa do Sr. Édio de Souza Viegas, e outros.

A insurgência da Impetrante é em relação a decisão que a considerou não favorável, em entrevista para verificação da condição, em que autodeclarou-se negra, no Concurso Público (Edital nº 1/2018 - SAD/SEJUSP/PMMS/CFO).

Em apertada síntese diz que, fotos de sua infância e familiares comprovam que possui fenótipo negro, que cursou universidade através de ingresso no sistema de cotas (SISU), realizou estágios em repartições públicas na mesma condição, o que revela que a comissão de verificação do certame, precisa seguir critérios objetivos, pois violou o princípio da isonomia, bem como que não há previsão de recurso administrativo face decisão que não a considerou negra, o que lhe impedirá de participar das etapas subsequentes no referido concurso.

Por fim, requer seja recebido o Mandado de Segurança, e que se conceda a liminar, para determinar que as autoridades apontadas como coatoras, permitam a Impetrante de participar das demais fases do concurso público, caso não seja o entendimento, que faça a reserva da vaga até o julgamento do mérito, e em caráter definitivo, para confirmar a liminar, declarando a ilegalidade do ato, uma vez que é negra e ter seu direito líquido e certo violado.

O Mandado de Segurança foi recebido e a liminar concedida, uma vez presentes os requisitos necessários (f. 139-145). Foi, ainda, deferida a gratuidade da justiça a impetrante.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 159-165 pugnando pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança (f. 173-181).

É o breve relatório. Passo a decidir.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Amanda Lais de Oliveira Gomes em face do ato coator praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, na pessoa do Sr. Édio de Souza Viegas, pelo Secretário de Justiça e Segurança Pública, Sr. Antônio Carlos Videira e pelo Comandante Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, Sr. Waldir Ribeiro Acosta, consistente na avaliação desfavorável da impetrante como negra.

Tenho por medida de justiça, que a segurança deve ser concedida.

Sobre o caso posto em análise, observamos que o artigo 1º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 12.288/2010, indica quem faz parte da população negra, vejamos:

“Art. 1º. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; (...).” (grifos nossos)

Conforme verifica-se do inciso IV, do citado artigo, a população negra é formada pelo conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas ou pardas.

Dos documentos juntados aos autos pela impetrante, está sua certidão de nascimento, onde consta a mesma como sendo de “cor parda”, assim não só a impetrante se autodeclara como “parda/negra”, mas também, o Estado já declarou que ela o é, uma vez que tal documento (certidão de nascimento) possui fé pública, não sendo possível simplesmente desconsiderá-lo.

Ainda foram trazidos aos autos fotografias (f. 04 e 18), através das quais é possível observar que a impetrante apresenta raça negra.

Ademais, nota-se que a impetrante cursou a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul na qualidade de cotista, e também, estagiou junto ao Ministério Público Federal nesta qualidade. Assim não há como, neste momento, negar que a impetrante seja da raça negra.

Neste sentido este Egrégio Tribunal já decidiu:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO EXCLUÍDO DO CERTAME NA CONDIÇÃO DE COTISTA POR AUTODECLARAR-SE NEGRO E A COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO ENTENDER O CONTRÁRIO – CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS – PREENCHIDAS – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E ISONOMIA – EVIDENCIADAS – CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO – POSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO - SEGURANÇA CONCEDIDA. A autodeclaração do candidato, no ato de inscrição do concurso, para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não é absoluta, sendo passível de verificação por procedimento administrativo, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa. Se o impetrante comprova judicialmente que possui características fenotípicas da raça negra (pretos e/ou pardos), deve ser enquadrado na classificação dos candidatos de cotas raciais, a despeito da Comissão de Verificação do concurso entender como desfavorável essa condição, sob pena de violação do princípio da legalidade, razoabilidade e isonomia. O Poder Judiciário poderá intervir no concurso público quando evidenciado que o ato administrativo impugnado é ilegal e/ou está em desconformidade com os critérios do Edital. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1412024-41.2018.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 19/02/2019, p: 20/02/2019)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO SOLDADO POLÍCIA MILITAR – INSCRIÇÃO NAS VAGAS DESTINADAS AOS NEGROS – EXCLUSÃO DA CANDIDATA NA VERIFICAÇÃO DO FENÓTIPO – ILEGALIDADE – ABRANGÊNCIA DA COR PARDA – SEGURANÇA CONCEDIDA. 01. Conforme art. 2º da Lei Federal 12.990/2014: poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Na categoria parda inclui-se pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça. 02. Caso em que as fotos juntadas pela candidata demonstram ser ela descendente de negro e possuir a cor parda. Ainda, durante a faculdade, a impetrante foi beneficiária do PROUNI, nas bolsas destinadas a negros. Deve ser concedida a segurança, a fim de reconhecer seu direito a participar do certame nas cotas destinadas aos negros. Segurança concedida. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1410906-30.2018.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 16/12/2018, p: 18/12/2018)

EMENTA – EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – SISTEMA DE COTAS – VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS DA RAÇA NEGRA - CANDIDATO DA COR PARDA – EXCLUSÃO NA ENTREVISTA DE VERIFICAÇÃO DA COTA RACIAL – ILEGALIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA. De acordo com o artigo 1º, inciso IV, da Lei 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, a população negra é composta por pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). No âmbito do IBGE, consideram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia). Portanto, na categoria parda inclui-se pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça. Noutros termos, seria o mestiço de negro com pessoa de outra raça. Por corolário, sendo o indivíduo mestiço de negro com pessoa de outra raça, assim considerado pardo, passa a ter direito a ocupar uma das vagas reservadas aos negros. Excetuam-se as pessoas de cor branca, amarela e os indígenas, que compõem outra categoria. Restando comprovado que a impetrante é parda, por ser mestiça de negro com pessoa de outra raça, em conformidade com o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE, há ilegalidade na decisão que a impediu de ocupar uma das vagas reservadas aos candidatos negros. O exame do fenótipo da pessoa, assim entendido como a análise das características visíveis do candidato, não deve constituir fator decisivo a ser considerado para fins de enquadramento em cotas reservadas a pessoas da raça negra. Na realidade, a ascendência genética e análises antropológicas também constituem importantes elementos a serem considerados nessa análise, diante do objetivo central de ações afirmativas dessa natureza, que não se destinam a eliminar o racismo ou o preconceito, mas sim corrigir distorções e desigualdades na sociedade brasileira acumuladas ao longo da história. Segurança concedida. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1405220-57.2018.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 09/12/2018, p: 11/12/2018)

No mesmo sentido, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça esclarece que:

In casu, contudo, haure-se dos autos que a Impetrante obteve parecer desfavorável no resultado da entrevista de verificação dos candidatos que se auto declararam negros no ato da inscrição (f. 128).

Nesse ínterim, não se descuida da possibilidade da adoção de critérios de hétero identificação para fins de verificação da raça negra em concursos públicos (tal quanto decidido pelo STF na ADC nº 41) e da discricionariedade inerente à comissão organizadora do concurso público para a constatação visual dos atributos fenótipos dos candidatos.

Entretanto, os elementos acostados na presente ação mandamental são suficientes para comprovar que, de fato, a Impetrante apresenta raça negra, consoante fotografias de f. 4 e 18, além do documento de identificação de f. 16.

Não obstante, deduz-se dos autos que consta, da Certidão de Nascimento de f. 17, a informação de que a Impetrante apresenta cor parda. Gize-se, nesse particular, que a população parda se enquadra no conceito de raça negra, nos exatos termos do que expressamente preconiza o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso IV, (...).

*Além disso, impende considerar, in casu, o fato de que a Impetrante cursou Direito junto à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) justamente na qualidade de cotista negra, bem como estagiou tanto no Ministério Público Estadual como no Ministério Público Federal na mesma condição (cf. f. 21-32)”.
Assim, diante do exposto, concedo a segurança do presente mandado de segurança.*

Assim, diante do exposto, concedo a segurança do presente mandado de segurança.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, com o parecer, conheço do presente mandado de segurança impetrado por Amanda Lais de Oliveira Gomes, e concedo-lhe a segurança, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida, para determinar a permanência da impetrante no certame, nas vagas destinadas aos cotistas, se por outro motivo não tiver sido excluído e/ou impedido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 8 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1414634-79.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – BLOQUEIO DE VALORES OBTIDOS COM A VENDA DE IMÓVEL PERTENCENTE A EMPRESA – SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES – COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – INSTITUTOS DIVERSOS – IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO PATRIMONIAL – BENS DA SOCIEDADE NÃO PODEM INTEGRAR O MONTANTE PARTILHÁVEL – DIREITO DE LIQUIDAR AS QUOTAS PERTENCENTES A INVENTARIADA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A sociedade possui personalidade jurídica própria. Com isso, no caso de morte de sócio, deve ser liquidada sua quota (artigo 1.028 do Código Civil). Assim, os imóveis pertencentes à empresa não integram o monte partilhável, são apenas consideradas as quotas sociais pertencentes ao *de cuius*.

Na situação apresentada nos autos, existindo uma sociedade entre cônjuges, mesmo que sejam casados sob o regime de comunhão universal de bens, deve ser feita a separação patrimonial. Assim, os bens da sociedade não podem ser confundido com os bens particulares dos sócios pois tratam-se de institutos diversos.

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 unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Helmuth Maaz em face da decisão (f. 1365-1367) que indeferiu a suspensão do inventário de Irde de Freitas Cayres Maaz e autorizou a alienação do imóvel rural cuja matrícula é 17.768 (Ação nº 0118043-44.2004.8.12.0001).

O agravante afirma que o imóvel em questão pertence ao ente societário, tendo sido a inventariada sócia minoritária, ou seja, os bens da pessoa jurídica não concorrem com os patrimônios que serão inclusos na partilha pois não se confundem com os dos sócios.

Ainda, afirma que o direito dos herdeiros está adstrito à indenização das quotas calculada sobre o patrimônio líquido da pessoa jurídica, e que o valor a ser pago aos herdeiros depende de ação cível de liquidação.

Pleiteia a antecipação da tutela recursal sob o argumento de que caso seja indevida apropriação pelo juízo do inventário do patrimônio da pessoa jurídica e não da inventariada, pode ocorrer grande crise financeira e prejuízos irreparáveis em sua gestão.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para: a) afastar as determinações do magistrado em relação ao depósito do valor da venda em subconta do processo de inventário, por se tratar de autorização de venda de bem de propriedade da pessoa jurídica Rodomaq Ltda, não vinculada, portanto, ao patrimônio do espólio da inventariada; b) reconhecer improcedente o direito dos herdeiros sobre o bem imóvel, porquanto que se resume à indenização pelas quotas sociais, a ser definidas em processo de liquidação (juízo cível), ou, não sendo esses os entendimentos do Juízo; e, c) o depósito de 30% do valor da venda, em conformidade com o contrato social, até que a matéria seja resolvida.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, sendo indeferido o pedido de tutela antecipada recursal (f. 63-67).

Em contraminuta, os agravados manifestaram pelo não provimento ao agravo (f. 71-75).

A parte agravante se opôs ao Julgamento Virtual (f. 69).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Helmuth Maaz em face da decisão (f. 1365-1367) que indeferiu a suspensão do inventário de Irde de Freitas Cayres Maaz e autorizou a alienação do imóvel rural cuja Matrícula é 17.768 (Ação nº 0118043-44.2004.8.12.0001).

O agravante afirma que o imóvel em questão pertence ao ente societário, tendo sido a inventariada sócia minoritária, ou seja, os bens da pessoa jurídica não concorrem com os patrimônios que serão inclusos na partilha pois não se confundem com os dos sócios.

Ainda, afirma que o direito dos herdeiros está adstrito à indenização das quotas calculadas sobre o patrimônio líquido da pessoa jurídica, e que o valor a ser pago aos herdeiros depende de ação cível de liquidação.

Pleiteia a antecipação da tutela recursal sob o argumento de que caso seja indevida apropriação pelo juízo do inventário do patrimônio da pessoa jurídica e não da inventariada, pode ocorrer grande crise financeira e prejuízos irreparáveis em sua gestão.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para: a) afastar as determinações do magistrado em relação ao depósito do valor da venda em subconta do processo de inventário, por se tratar de autorização de venda de bem de propriedade da pessoa jurídica Rodomaq Ltda, não vinculada, portanto, ao patrimônio do espólio da inventariada; b) reconhecer improcedente o direito dos herdeiros sobre o bem imóvel, porquanto que se resume à indenização pelas quotas sociais, a ser definidas em processo de liquidação (juízo cível), ou, não sendo esses os entendimentos do Juízo; e, c) o depósito de 30% do valor da venda, em conformidade com o contrato social, até que a matéria seja resolvida.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, sendo indeferido o pedido de tutela antecipada recursal (f. 63-67).

Em contraminuta, os agravados manifestaram pelo não provimento ao agravo (f. 71-75).

A parte agravante se opôs ao Julgamento Virtual (f. 69).

É o breve relatório. Passo a decidir.

O agravante se insurge quanto a decisão proferida pelo magistrado singular na Ação de Inventário nº 0118043-44.2004.8.12.0001, *in verbis*:

Inicialmente, indefiro a suspensão do presente inventário, vez que o Incidente de Remoção sob o nº 0803107-79.2018.8.12.0001 já se encontra julgado.

Com relação ao pedido de alvará para a venda da Fazenda localizada em Mato Grosso, em que pese a discordância dos herdeiros, tem-se que dentre as atribuições cometidas ao inventariante, o CPC autoriza-o, em seu art. 619, I e III, a utilizar-se dos bens do espólio para pagamento das dívidas deste.

Logo, há a necessidade de recursos para custeio das dívidas tributárias, trabalhistas, penhoras realizadas no rosto dos autos e demais despesas, cujo pagamento devem ser arcados pelo espólio.

Insta ressaltar que não haverá prejuízo às partes quanto à venda do imóvel inventariado, eis que o valor auferido com a venda deverá ser depositado na subconta vinculada aos autos, pelo menos respeitada a parte inventariada, dado ainda que o espólio possui um considerável/vultuoso acervo patrimonial, eventual ajuste de quinhão poderá ser compensado no momento da partilha.

Deste modo, autorizo o inventariante, mediante a expedição de alvará judicial, com validade de 60 (sessenta) dias, a promover a alienação do imóvel rural nº de ordem 8581, livro I, folha 110, do CRI de Rosário Oeste-MT (f. 165-166), atualmente objeto da Matrícula nº 17.768 do 1º Serviço Registral de Nova Mutum-MT (f. 854), sem que haja necessidade de exigência da CND, até porque o alvará tem objetivo de liquidar as dívidas inclusive tributárias.

O inventariante deverá depositar na subconta vinculada ao presente feito, pelo menos 50% do valor auferido com a venda, em respeito à sua meação.

Esclareço que o levantamento de numerário para pagamento das dívidas deverá ser formulado pelo inventariante, mediante comprovação do débito, sendo que o pagamento do ITCD poderá ser requerido mediante compensação bancária com o valor da subconta.

Ressalto que o inventariante deverá prestar contas do alvará, no prazo de 30 (trinta) dias.

Determino que o inventariante junte aos autos as matrículas atualizadas dos imóveis inventariados, no prazo de 10 (dez) dias.

No que atine a matéria ventilada pelo inventariante acerca da antecipação de legítima, é sabido que cabe ao juízo que presidir o inventário, nos termos do art. 612 do CPC, dirimir controvérsias fáticas, quando estas virem comprovadas documentalmente.

No caso posto em apreço, a controvérsia instaurada além de exigir um procedimento próprio/autônomo e tumultuar ainda mais o presente inventário depende de ampla dilação probatória, o que é suficiente para afastar do juízo de sucessão, a cognição do conflito, por se tratar de questão de alta indagação. Assim, ante a complexidade/necessidade de outras provas que não a documental, não conheço do pedido incidenter tantum de pretensão de antecipação de legítima e reporto as partes litigantes às vias ordinárias” (f. 28-30).

O agravante aduz que o imóvel rural pertence ao ente societário Rodomaq Construtora Ltda, do qual a inventariada era sócia de 30% das quotas, devendo ter-se em conta que os bens da pessoa jurídica, como a Fazenda Roncador, não se confundem com o patrimônio dos sócios, não constituindo, assim, patrimônio a ser partilhável no inventário.

O agravante possui razão em seus argumentos. Explico:

A controvérsia dos autos diz respeito aos bens da empresa Rodomaq Construtora Ltda, se farão ou não parte do montante partilhável na ação de inventário.

A sociedade possui personalidade jurídica própria, sendo sujeito de direito e obrigações, *in verbis*:

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Com isso, é aplicável ao caso o disposto no artigo 1.028 do Código Civil que estabelece que:

Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Nota-se que o artigo supracitado zela pelo princípio da preservação da empresa, fazendo com que a empresa continue atendendo a sua função social pois o artigo transcrito acima dispõe que as quotas do sócio devem ser liquidadas, bem como prevê a possibilidade de substituição do sócio falecido caso exista a concordância de todos os herdeiros.

Desta forma, os imóveis pertencentes a empresa não integram o monte partilhável, já que são apenas consideradas as quotas sociais pertencentes ao *de cujus*.

Reforçando este entendimento, o artigo 795 do Código de Processo Civil estabelece que “*Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei*”.

Consequentemente, por analogia e diante da situação apresentada nos autos, mesmo que sejam casados sob o regime de comunhão universal de bens, deve ser feita a separação patrimonial. Assim, os bens da sociedade não podem ser confundido com os bens particulares dos sócios pois tratam-se de institutos diversos.

Portanto, o espólio de Irde de Freitas Cayres Maaz não possui direito aos bens pertencentes da sociedade, mas sim as quotas sociais da falecida que corresponde a 30% da empresa.

Nesse sentido:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO – PEDIDO DE DEPÓSITO JUDICIAL DE VALORES OBTIDOS COM ARRENDAMENTO DE EMPRESA DA QUAL O DE CUJUS ERA SÓCIO – INDEFERIMENTO – ADEQUAÇÃO. Desimporta que o de cujus fosse sócio majoritário da empresa, como alega a parte agravante. Importa mais que a renda obtida com o negócio pertence à empresa, e a personalidade jurídica e o patrimônio da empresa não se confundem com a personalidade jurídica e o patrimônio da pessoa do sócio. Ademais, os resultados financeiros dos negócios entabulados pela empresa não são tema a serem investigados ou debatidos, ou sequer resolvidos, no âmbito do processo de inventário. Também eventual prestação de contas sobre os negócios entabulados pela empresa, bem assim sua administração, se for do interesse da parte, devem ser buscadas em via própria, não havendo viabilidade jurídica de incorporar ao inventário temática societária e que demanda via própria para a mais ampla cognição sobre fatos. Negaram Provedimento. (TJRS - Agravo de Instrumento Nº 70080181381, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/04/2019)

Isto posto, a decisão proferida pelo magistrado singular deve ser reformada já que não cabe a retenção na ação de inventário de 50% do valor auferido com a venda do imóvel pertencente a empresa Rodomaq Construtora Ltda.

Além disso, nas primeiras declarações prestadas às f. 161-164 (do processo de inventário) o inventariante/ agravante apresentou o rol de bens pertencentes à empresa que, apesar de não constar os valores dos imóveis, é possível verificar que o bem alienado não é o único bem da empresa Rodomaq Construtora Ltda.

Ressalvo, ainda, que o administrador da sociedade deve agir conforme a lei e segundo os poderes que lhe foram conferidos. Desta forma, existem limites aos poderes do administrador e a violação de limitações legais e contratuais podem gerar a responsabilidade civil diante da existência de prejuízos causados a sociedade e aos sócios.

Com isso, o administrador da sociedade será responsável sempre que agir com dolo ou culpa, mesmo dentro das limitações de competência previstas no contrato/estatuto. Ou, quando ultrapassar os atos regulares da gestão.

Veja-se o que estabelece o Código Civil:

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

(...)

Art. 1.020. Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Art. 1.021. Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade”.

Verifica-se que a lei estabelece que o sócio administrador deve prestar contas dos resultados da sociedade aos demais sócios. Desta forma, caso exista dúvidas dos agravados quanto a administração da sociedade, se não existir a prestação de contas de forma voluntária, poderão os herdeiros ajuizar ação própria para a verificação da administração da sociedade.

Saliento que a ação de inventário não deve amparar matérias alheias ao seu fim principal, principalmente quando se encontra evidenciada animosidade entre os herdeiros envolvidos. Situações paralelas devem ser discutidas em ação própria, já que qualquer assunto que se relacione a empresa (administração/prestação de contas) não se amolda ao ambiente do inventário, nos termos do artigo 612 do Código de Processo Civil.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço do recurso interposto por Helmuth Maaz e dou-lhe provimento para:

Afastar a obrigação do agravante depositar em juízo o valor oriundo da venda do imóvel objeto da Matrícula nº 8.581 pertencente à empresa Rodomaq Construtora Ltda descrito à f. 163 e 165-166 do processo de inventário; e,

Estabelecer que o espólio de Irde de Freitas Cayres Maaz não possui direito aos bens pertencentes à empresa Rodomaq Construtora Ltda, mas sim as quotas sociais da falecida que correspondem a 30% da empresa.

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. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1412166-45.2018.8.12.0000 - Corumbá

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANOS AMBIENTAIS – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO – POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA* – AUTARQUIA ESTADUAL FISCALIZADORA E CONCEDENTE DAS LICENÇAS AMBIENTAIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO OU DE PRODUÇÃO DE PROVA CONTRA SI – PRODUÇÃO DE PROVA DE SEUS PRÓPRIOS OBJETIVOS E COMPETÊNCIA PARA OS QUAIS FOI CRIADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

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, 3 de abril de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul interpõe o presente Recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória proferida na Ação Civil Pública por Danos Ambientais nº 0900041-78.2018.8.12.0008, pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS, na parte que concedeu a inversão do ônus da prova.

Alega que, embora extensível ao Ministério Público, com base nos princípios da precaução e da prevenção, a inversão do ônus da prova não se dá apenas em razão da natureza da responsabilidade do demandado (IMASUL), no caso, objetiva, devendo ser aplicada a teoria da carga dinâmica da prova, incumbindo a quem tem melhores condições de produzi-la, além dos requisitos da hipossuficiência e verossimilhança.

Sustenta que não existe hipossuficiência do Ministério Público, sendo-lhe perfeitamente possível, e devido, apresentar o mínimo de prova necessária à comprovação dos danos, por dispor de recursos, aparelhagem e departamentos específicos para investigação e trato das questões ambientais.

Argumenta que:

Assim, a decisão que inverte o ônus da prova e, imputa ao IMASUL a obrigação de produzir (arcar) com prova pericial a fim de demonstrar (fato já apurado através do laudo elaborado pelos seus técnicos) de que a supressão de vegetação gramínea natural pela exótica, por mais que cause um impacto de pequena monta ao meio ambiente, não impede a expedição de Licença Ambiental para o empreendedor em virtude de ser uma prática realizada no Pantanal há mais de 20 (vinte) anos, inclusive sem qualquer demonstração pela Embrapa Pantanal de que tal atividade está comprometendo o ambiente do Pantanal, motivo pelo qual não pode permanecer tal obrigação ao IMASUL, sob pena do próprio Estado ter que realizar

perícia a fim de comprovar aquilo que seus técnicos já atestaram no processo administrativo, com grave prejuízo financeiro a Fazenda Pública.

(...)

Assim, em face dos poderes investigatórios que a lei conferiu ao parquet, a ser exercido mediante a instauração de inquérito civil e diante de ter condições financeiras de realizar perícia técnica antes da interposição da ação, não há justificativa para considerá-lo hipossuficiente no presente caso, o que impede a inversão do ônus da prova, nesse momento processual, tão simplesmente por tratar-se de matéria relacionada à eventual dano ambiental (princípio da precaução ou da prevenção), mormente porque a substituição de pastagem no Pantanal não é um procedimento novo e, a eventual constatação de degradação ambiental pode ser comprovado já no início da ação, bastando anexar as perícias em áreas em que já houve a supressão com a demonstração que houve dano àquele local e, tal mister o MPE não se desincumbiu de comprovar neste feito.

(...)

Se não bastasse, a decisão combatida deixou de se manifestar sobre o alcance da inversão do ônus da prova, pois pelo que se percebe inverteu-se o ônus da prova com obrigação para todos os requeridos (empreendedores e IMASUL), sem delimitar seu alcance, deixando de se manifestar que os interesses discutidos na ação são divergentes para com as partes constantes no polo passivo, o que convenhamos, carece de esclarecimentos, devendo o judiciário elucidar qual o assunto (tema jurídico) dependerá de prova e por qual litigante recairá o ônus dessa produção.

Lembrando-se que se a inversão do ônus da prova, quando se trata de direito difuso, é em benefício de toda a coletividade, esta mesma não pode arcar com as custas, despesas da prova pericial (Estado pagar as custas, pois o dinheiro é do contribuinte), sob pena do Judiciário responsabilizar o Estado em casos em que o MPE detém amplas condições de demonstrar o dano ambiental ocorrido antes de ingressar com a ação.

Assim sendo, em pedido subsidiário, no caso de ser mantida parte da decisão recorrida que deferiu a inversão do ônus da prova, requer, quando do julgamento deste agravo, o necessário pronunciamento a respeito da distribuição do ônus da prova, dirimindo uma questão que vêm causando prejuízos financeiros ao Estado de MS através de seu órgão ambiental.

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, e ao final, seu provimento, para reformar a decisão, indeferindo a inversão do ônus da prova contra o agravante, por não responder a ação como poluidor direto, e sim, por suposta omissão em conceder autorização ambiental de forma irregular (poluidor indireto).

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, suspendendo os efeitos da decisão que inverteu o ônus da prova contra o agravante (f. 22-25).

O agravado apresentou resposta ao agravo as f. 31-50, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se as f. 54-56 também pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO (EM 30/01/2019)

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

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul contra decisão interlocutória que nos autos da Ação Civil Pública por Danos Ambientais nº 0900041-78.2018.8.12.0008, concedeu a inversão do ônus da prova.

Alega que, embora extensível ao Ministério Público, com base nos princípios da precaução e da prevenção, a inversão do ônus da prova não se dá apenas em razão da natureza da responsabilidade do demandado (IMASUL), no caso, objetiva, devendo ser aplicada a teoria da carga dinâmica da prova, incumbindo a quem tem melhores condições de produzi-la, além dos requisitos da hipossuficiência e verossimilhança.

Sustenta que não existe hipossuficiência do Ministério Público, sendo-lhe perfeitamente possível, e devido, apresentar o mínimo de prova necessária à comprovação dos danos, por dispor de recursos, aparelhagem e departamentos específicos para investigação e trato das questões ambientais.

Argumenta que:

(...)

Assim, a decisão que inverte o ônus da prova e, imputa ao IMASUL a obrigação de produzir (arcar) com prova pericial a fim de demonstrar (fato já apurado através do laudo elaborado pelos seus técnicos) de que a supressão de vegetação gramínea natural pela exótica, por mais que cause um impacto de pequena monta ao meio ambiente, não impede a expedição de Licença Ambiental para o empreendedor em virtude de ser uma prática realizada no Pantanal há mais de 20 (vinte) anos, inclusive sem qualquer demonstração pela Embrapa Pantanal de que tal atividade está comprometendo o ambiente do Pantanal, motivo pelo qual não pode permanecer tal obrigação ao IMASUL, sob pena do próprio Estado ter que realizar perícia a fim de comprovar aquilo que seus técnicos já atestaram no processo administrativo, com grave prejuízo financeiro a Fazenda Pública.

(...)

Assim, em face dos poderes investigatórios que a lei conferiu ao parquet, a ser exercido mediante a instauração de inquérito civil e diante de ter condições financeiras de realizar perícia técnica antes da interposição da ação, não há justificativa para considerá-lo hipossuficiente no presente caso, o que impede a inversão do ônus da prova, nesse momento processual, tão simplesmente por tratar-se de matéria relacionada à eventual dano ambiental (princípio da precaução ou da prevenção), mormente porque a substituição de pastagem no Pantanal não é um procedimento novo e, a eventual constatação de degradação ambiental pode ser comprovado já no início da ação, bastando anexar as perícias em áreas em que já houve a supressão com a demonstração que houve dano àquele local e, tal mister o MPE não se desincumbiu de comprovar neste feito.

(...)

Se não bastasse, a decisão combatida deixou de se manifestar sobre o alcance da inversão do ônus da prova, pois pelo que se percebe inverteu-se o ônus da prova com obrigação para todos os requeridos (empreendedores e IMASUL), sem delimitar seu alcance, deixando de se manifestar que os interesses discutidos na ação são divergentes para com as partes constantes no polo passivo, o que convenhamos, carece de esclarecimentos, devendo o judiciário elucidar qual o assunto (tema jurídico) dependerá de prova e por qual litigante recairá o ônus dessa produção.

Lembrando-se que se a inversão do ônus da prova, quando se trata de direito difuso, é em benefício de toda a coletividade, esta mesma não pode arcar com as custas, despesas da prova pericial (Estado pagar as custas, pois o dinheiro é do contribuinte), sob pena do Judiciário responsabilizar o Estado em casos em que o MPE detém amplas condições de demonstrar o dano ambiental ocorrido antes de ingressar com a ação.

Assim sendo, em pedido subsidiário, no caso de ser mantida parte da decisão recorrida que deferiu a inversão do ônus da prova, requer, quando do julgamento deste agravo, o necessário pronunciamento a respeito da distribuição do ônus da prova, dirimindo uma questão que vêm causando prejuízos financeiros ao Estado de MS através de seu órgão ambiental.

(...)

Requer o provimento do presente, para reformar a decisão, indeferindo a inversão do ônus da prova contra o agravante, por não responder a ação como poluidor direto, e sim, por suposta omissão em conceder autorização ambiental de forma irregular (poluidor indireto).

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, suspendendo os efeitos da decisão que inverteu o ônus da prova contra o agravante (f. 22-25).

O agravado apresentou resposta ao agravo as f. 31-50, pugnando pelo desprovisionamento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se as f. 54-56 também pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso.

Embora inicialmente o recurso tenha sido recebido no efeito suspensivo, por ser o agravante autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar – SEMAGRO, a quem incumbe a fiscalização e o licenciamento ambiental, não sendo o poluidor direto.

É certo que os princípios da prevenção e da prevenção também lhe aplicam, uma vez que sendo responsável pela fiscalização e concessão das licenças ambientais justamente para que o meio ambiente não seja degradado, é sua obrigação não expedir licença na dúvida quanto aos danos que poderão advir (precaução), ou na certeza de que advirão (prevenção), o que supostamente não ocorreu no caso.

Verifica-se na origem que ao conceder a inversão do ônus da prova, o juízo de origem por meio da decisão agravada assim dispôs:

(...)

Além disso, busca-se suspender (em sede liminar) e anular (em definitivo) a Autorização Ambiental nº 504/2017, expedida para fins de supressão vegetal (desmatamento) no importe de 4.187,1542 ha (quatro mil, cento e oitenta e sete hectares, mil e quinhentos e quarenta e dois metros quadrados), pelo primeiro requerido IMASUL em favor do segundo requerido Silvio Eduardo Burani, coproprietário do imóvel rural “Fazenda Cruz Alta”.

Para tanto, sustentou:

- a) o Estudo de Impacto Ambiental EIA não atendeu na íntegra o Termo de Referência TR.*
- b) o Estudo de Impacto Ambiental EIA não apresentou dados suficientes para informar se os critérios previstos no artigo 14 da Lei nº 12.651/2012 foram obedecidos, quando da sugestão e aprovação da Reserva Legal.*
- c) o Estudo de Impacto Ambiental EIA não foi suficiente para avaliar a real dimensão dos danos ambientais, bem como não fornece parâmetro para futuros monitoramentos, não sendo possível afirmar que não haverá comprometimento das funções ambientais do Pantanal, em desobediência ao disposto nos artigos 4º e 12 do Decreto Estadual nº 14.273/2015.*
- d) violação e falta de análise do Zoneamento Ecológico-Econômico.*
- e) não observância das áreas prioritárias para conservação.*
- f) não houve análise do uso alternativo do solo e de seu aproveitamento.*
- g) ausência de indicação das medidas mitigatórias e compensatórias em razão da fauna ameaçada de extinção.*
- h) compensação ambiental desproporcional.*
- i) supressão de Área de Preservação Permanente.*
- j) o Termo de Referência não atende as particularidades do Bioma Pantanal, necessárias para sua conservação, porquanto o IMASUL deixou de fazer algumas exigências ao empreendedor etc.*

Sobre a inversão do ônus da prova, tratando-se de matéria ambiental, absolutamente cabível no caso concreto, visto que os direitos metaindividuais são tutelados por um complexo de normas processuais componentes de um microsistema que engloba as Leis nº 4.717/65, nº 7.385/85 e nº 8.078/90.

(...)

Demais disso, para concessão da tutela antecipada reclamada na inicial, o Código de Processo Civil/2015 exige o convencimento do magistrado acerca da existência de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” e o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (ambos requisitos do caput do artigo 300).

No caso, os documentos exibidos pelo Ministério Público notadamente o Parecer nº 255/16/Nugeo (f. 45-85), bem como o parecer 01/Caoma/Nugeo 2018 (f. 217-252) demonstram, em juízo de cognição sumária, a existência de possíveis falhas na concessão de Autorização Ambiental para supressão de extensão área rural de propriedade dos demandados, motivo bastante para suspender o ato administrativo questionado, em respeito ao princípio da precaução.

(...)

De forma que, mesmo diante da responsabilidade objetiva em matéria de dano ambiental faz-se necessário lembrar que se for necessário à Administração Pública exercer seu direito de regresso contra os responsáveis por eventual expedição das licenças em desconformidade com a legislação, tal responsabilidade não será objetiva, mas subjetiva do infrator.

Portanto, nada impede que a Autarquia Estadual Agravante apresente as provas necessárias à averiguação da escorreatude de sua fiscalização que propiciou a autorização da expedição das licenças supostamente indevidas para os demais requeridos, ainda que responda objetivamente por isso, podendo acarretar (potencialmente) prejuízo ao erário, acaso venha a ser condenada, mas com a possibilidade e dever de exercer o direito de regresso contra os responsáveis, acaso isso verificado.

Ademais, repare-se que o efeito da inversão para a Autarquia nada mais representa do que o próprio cumprimento de sua competência e missão, ou seja, o objetivo para o qual foi criada, conforme consta no seu próprio portal (fonte: <http://www.imasul.ms.gov.br/institucional/quem-somos/> e <http://www.imasul.ms.gov.br/institucional/competencias/>):

A atuação do Instituto é voltada à implantação e consolidação da gestão ambiental no Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que a grande pressão exercida pelo desenvolvimento sobre os recursos naturais, necessita estabelecer um compromisso muito claro em torno da indissociabilidade dos conceitos de respeito ao meio ambiente, justiça social e crescimento econômico.

No plano de metas do Imasul estão previstos programas e projetos que contemplam a biodiversidade, os recursos hídricos, o controle ambiental e a educação ambiental, dentre outros, como continuidade ao plano de gestão estabelecido para o meio ambiente.

A conservação e o uso sustentável dos recursos naturais dependem de ações conjuntas das instituições governamentais e não governamentais. A participação dos municípios nesse processo também é fundamental, por isso terá continuidade o plano de descentralização da gestão ambiental, proporcionando a progressiva instrumentalização, utilizando como principal ferramenta o licenciamento ambiental.

(...)

Ao Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Imasul) compete:

I – planejar, coordenar, supervisionar e controlar as ações relativas ao meio ambiente, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

II – incentivar, promover e executar pesquisas, estudos, levantamentos técnicos e monitoramento visando à manutenção da qualidade e à quantidade dos recursos ambientais;

III – conceder o licenciamento ambiental e realizar o controle de obras, empreendimentos e atividades efetivas ou potencialmente poluidoras e ou modificadoras do meio ambiente;

IV – promover e apoiar as ações relacionadas com a conservação e a recuperação das áreas ameaçadas de degradação e das já degradadas por atividades econômicas de qualquer natureza;

V – promover, coordenar e realizar a fiscalização das atividades poluidoras, de exploração dos recursos naturais e dos produtos e subprodutos decorrentes dessa exploração;

VI – aplicar as penalidades definidas em lei aos infratores da legislação ambiental, nos casos que excedam a competência das autoridades federais e municipais;

VII – propor a criação, extinção, modificação de limites e finalidades das Unidades de Conservação da Natureza (UCs) e dos espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público e promover sua implantação e administração;

VIII – dar condições efetivas para o funcionamento da Secretaria-Executiva do Conselho Estadual de Controle Ambiental (CECA) e do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH);

IX – coordenar e executar programas, projetos e atividades, diretamente ou mediante convênio com órgãos ou entidades voltados à proteção, à manutenção, à recuperação e aos usos dos recursos naturais do meio urbano e rural;

X – implementar a Política Estadual de Recursos Hídricos e propor normas de estabelecimento de padrões de controle da qualidade das águas;

XI – coordenar, gerir e implementar os instrumentos da Política Estadual de Recursos Hídricos e propor normas a ela pertinentes;

XII – estruturar o sistema de informações ambientais, com dados essenciais para executar suas atribuições de difusão de informações e tecnologias de manejo do meio ambiente e de promoção da formação de uma consciência coletiva sobre a necessidade da preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

XIII – apoiar os municípios no seu desenvolvimento institucional, para elaboração das políticas ambientais e de organização de estruturas de controle e licenciamento ambiental, fortalecendo-os para a administração dos recursos ambientais identificados em suas respectivas jurisdições;

XIV – contribuir para a formulação de propostas para incorporá-las ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária;

XV – formular, coordenar, orientar e supervisionar a execução das políticas e das diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, recursos hídricos, recursos florestais e faunísticos;

XVI – articular-se com entidades públicas e privadas para a obtenção de recursos necessários e de apoio técnico especializado, relativo à recuperação, à melhoria e à preservação do meio ambiente;

XVII – estimular programas, projetos e ações que otimizem a utilização sustentável dos recursos naturais.

§ 2º Os órgãos e entidades da administração pública estadual observarão o disposto neste artigo ao elaborarem seus programas e projetos, de modo a harmonizar seus objetivos gerais com as políticas de proteção do meio ambiente.

De sorte que, a inversão do ônus da prova se dá em favor da coletividade consubstanciada no meio ambiente, impondo aos demandados provarem, com anterioridade, que suas condutas tiveram o condão de impedir os danos ao meio ambiente.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO DO MEIO-AMBIENTE – ENTE PÚBLICO OMISSO – FIGURAÇÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA – CABIMENTO. 1. O art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), ao facultar ao Poder Público a habilitação como litisconsortes de qualquer das partes, não estabelece liberalidade incondicional de escolha da entidade pública para atuar nos polos da Ação Civil Pública sem observância do objetivo macro almejado com a demanda, porquanto impensável pretender enquadrar-se como sujeito ativo da ação quando a causa de pedir e o pedido intentam a condenação deste mesmo Poder Público. 2. É a hipótese dos autos, em que a condenação da autarquia decorre de sua omissão na fiscalização da irregularidade perpetrada pelo agente causador de dano ao meio-ambiente, com provimento final no sentido de obrigá-la na “fiscalização e acompanhamento técnico ambiental até completa recuperação da área de preservação permanente”. 3. Não se trata de determinar previamente a responsabilidade do IBAMA, mas sim de alocá-lo adequadamente no pólo passivo da ação, na medida em que militam presunções de que sua conduta, de algum modo, concorreu para o dano ao meio-ambiente, mormente porque a jurisprudência do STJ se orienta no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1581124 / SP Recurso Especial, Relator(a) Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Data do Julgamento 07/04/2016, DJe 15/04/2016)

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL – USINA HIDRELÉTRICA – CONSTRUÇÃO – PRODUÇÃO PESQUEIRA – REDUÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO INCONTESTE – NEXO CAUSAL – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA** – CABIMENTO – **PRECEDENTES** – INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL – NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 2. **O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região.** 3. Não há inovação em recurso especial se, ainda que sucintamente, a matéria foi debatida no tribunal de origem. 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015) - destacamos*

*PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA NON AEDIFICANDI. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. DEGRADAÇÃO DECORRENTE DE EDIFICAÇÕES. CONDENAÇÃO A OBRIGAÇÕES DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. (...) 3. **De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.** (...) 7. Recurso Especial provido para determinar a recuperação da área afetada, reconhecendo-se a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer com pagamento de indenização, esta última a ser fixada na origem. (REsp 1.454.281/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2016, DJe 9/9/2016) - destacamos*

Gize-se que, obviamente, a primeira defesa a ser apresentada pelos requeridos é justamente a obtenção e existência de tais licenças que, a princípio, possuem presunção de legitimidade relativa, nada impedindo, como já dito, que a Autarquia demonstre tal legitimidade, pois justamente para isso foi criada, afastando as irregularidades apontadas.

Assim, irrepreensível a decisão do magistrado de primeiro grau que merece ser mantida pelos próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Odemilson Roberto Castro Fassa), após o relator, com o parecer, negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 03/04/2019)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (1º Vogal)

Pedi vista para analisar com mais cuidado os autos e acompanho o nobre Relator.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL em face da parte da decisão proferida em 21.01.2018 pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá/MS que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do recorrente, de Silvio Eduardo Burani, Sylla Burani Júnior, Valéria de Mattos Damha Burani, Silvana Lourdes Burani Arouca, Antônio Carlos de Carvalho Arouca, inverteu o ônus da prova.

Confira-se a decisão agravada:

*“(…) Sobre a **inversão do ônus da prova**, tratando-se de matéria ambiental, absolutamente cabível no caso concreto, visto que os direitos metaindividuais são tutelados por um complexo de normas processuais componentes de um microsistema que engloba as Leis nº 4.717/65, nº 7.385/85 e nº 8.078/90.*

Nesse passo, consoante a principiologia vigente no Direito Ambiental, com

*destaque especial para o intitulado “poluidor-pagador” e, ainda, considerado o direito difuso em questão, **defiro**, desde logo, a **inversão do ônus da prova**, com fundamento nos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ambos conjugados com o princípio da precaução, o qual, segundo Alexandra Abraão, trata-se de “espécie de princípio ‘in dubio pro ambiente’: na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor”.*

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(…)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (grifos nossos).

Em igual sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça:

ACP – DANO AMBIENTAL – ÔNUS – PROVA. Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da

precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009. (REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/08/2009) (sem grifo no original).”

Nas razões recursais, alega que, embora extensível ao Ministério Público, com base nos princípios da precaução e da prevenção, a inversão do ônus da prova não se dá apenas em razão da responsabilidade objetiva da IMASUL, devendo ser aplicada a teoria da carga dinâmica da prova, incumbindo a prova a quem tenha melhores condições de produzi-la, além dos requisitos e hipossuficiência e verossimilhança.

Afirma que o Ministério Público não pode ser considerado hipossuficiente, visto que dispõe de recursos financeiros, aparelhagem e departamentos específicos para investigação e trato das questões ambientais.

Pugna pelo provimento do recurso, para indeferir o pedido de inversão do ônus da prova ao IMASUL.

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 54-56).

Pois bem.

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, Sílvio Eduardo Burani, Valéria de Mattos Damha Burani, Silvana Lourdes Burani Arouca e Antônio Carlos de Carvalho Arouca.

Narrou que, por intermédio da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Corumbá/MS, instaurou o Inquérito Civil nº 12/2016, para apurar a regularidade do desmatamento de 9,83 hectares em área de vegetação remanescente, haja vista a inexistência de autorização ambiental, bem como para solicitar e acompanhar as providências no pedido de autorização ambiental para supressão vegetal e substituição de pastagens nativas em 6.997,2643 hectares no imóvel rural Fazenda Cruz Alta, registrado sob o nº 26.035 no Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição, pertencente a Sílvio Eduardo Burani e outros.

Aduziu que o imóvel rural Fazenda Cruz Alta, matriculado no Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Corumbá/MS sob o nº 26.035, possui área total de 11.284,4266 ha (registrada)/11.284,3776 ha (georreferenciada).

Afirmou que o Núcleo de Geoprocessamento e Sensoriamento Remoto da Procuradoria-Geral de Justiça, mediante análise multitemporal das imagens de satélite, identificou o desmatamento de 9,83 hectares no imóvel rural Fazenda Cruz Alta, mapeada pelos proprietários como sendo área de vegetação nativa remanescente, para o qual não foi constatado junto ao IMASUL a expedição da respectiva autorização ambiental.

Asseverou que, a despeito de o primeiro requerido IMASUL ter emitido em favor do segundo requerido Sílvio Eduardo Burani a Autorização Ambiental nº 504/2017, para supressão vegetal no importe de 4.187,1542 ha (quatro mil, cento e oitenta e sete hectares, mil e quinhentos e quarenta e dois metros quadrados) da Fazenda Cruz Alta, Matrícula nº 26.035, no município de Corumbá/MS (Processo nº 03574/2014), não observou o Zoneamento Ecológico Econômico do Estado de MS, as Resoluções do CONAMA e o Código Florestal.

Mencionou a existência de várias falhas no termo de referência que embasou o estudo de Impacto Ambiental, no próprio estudo e também no procedimento do licenciamento ambiental, o que traz sérios riscos ao meio ambiente, em especial, àquela parte do Pantanal onde a atividade será executada.

Apontou as seguintes falhas no processo de licenciamento: a) o Estudo de Impacto Ambiental EIA, não atendeu na íntegra o Termo de Referência TR; b) o Estudo de Impacto Ambiental EIA, não apresentou dados suficientes para informar se os critérios previstos no artigo 14 da Lei nº 12.651/2012 foram obedecidos, quando

da sugestão e aprovação da Reserva Legal; c) o Estudo de Impacto Ambiental EIA, não foi suficiente para avaliar a real dimensão dos danos ambientais, bem como não fornece parâmetro para futuros monitoramentos, não sendo possível afirmar que não haverá comprometimento das funções ambientais do Pantanal, em desobediência ao disposto nos artigos 4º e 12 do Decreto Estadual nº 14.273/2015; d) violação e falta de análise do Zoneamento Ecológico-Econômico; e) não observância das áreas prioritárias para conservação; f) não houve análise do uso alternativo do solo e de seu aproveitamento; g) ausência de indicação das medidas mitigatórias e compensatórias em razão da fauna ameaçada de extinção; h) compensação ambiental desproporcional; i) supressão de Área de Preservação Permanente; e j) o Termo de Referência não atende as particularidades do Bioma Pantanal, necessárias para sua conservação, porquanto o IMASUL deixou de fazer algumas exigências ao empreendedor etc.

Sustentou ser inegável que a supressão vegetal em 4.187,1542 hectares no Bioma Pantanal compromete o ecossistema, porque pode causar o atropelamento e afugentamento de animais silvestres; a alteração da qualidade do ar; a contaminação do solo; riscos de incêndios; a exposição do solo a intempéries; a perda do banco de sementes; a redução de matéria orgânica do solo; a dificuldade do fluxo gênico da fauna e flora; a extinção de espécies vegetais e animais; e a formação de processos erosivos.

Pugnou pela concessão de liminar para suspensão da indigitada autorização ambiental e, ao final, sua procedência para condenar os requeridos a adotarem providências à obtenção do licenciamento ambiental corretivo e anular a autorização concedida, sem prejuízo da reparação dos danos ambientais porventura ocorridos.

Requeru, além dos pedidos liminares, a inversão do ônus da prova quanto aos eventuais prejuízos ao meio ambiente.

Sobreveio a decisão agravada, limitando-se a insurgência do agravante à parte que deferiu o pedido de inversão do ônus da prova.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbe ao requerente, quanto ao fato constitutivo do seu direito, consoante o disposto no art. 373, do CPC/2015.

Confira-se:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹

“O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus da prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.”

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, a prova dos pressupostos da exceção).

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Podivm, 2016. p. 656.

Destaco que, na hipótese, não poderia o órgão do Ministério Público Estadual produzir prova nesse sentido, pois é interesse do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul comprovar que tem executado os programas ambientais.

Importante salientar que a inversão do ônus da prova justifica-se, também, pelo princípio da prevenção.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE DE NATUREZA OBJETIVA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. INAPLICABILIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 16/06/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo contra a parte agravante, objetivando a demolição de imóvel construído em área de preservação permanente, bem como a recuperação dos danos ambientais causados. O acórdão do Tribunal de origem manteve a sentença, que julgara procedente o pedido.

III. A parte recorrente não interpôs, na origem, Embargos de Declaração, de modo que inviável a alegação de violação ao art. 535 do CPC/73, o que caracteriza ausência de técnica própria indispensável à apreciação do Recurso Especial. Nesse contexto, tem incidência, por analogia, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

IV. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que “o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório (AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015)” (STJ, AgInt no AREsp 779.250/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016).

V. O entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz das provas e fatos da causa, no sentido da não ocorrência de cerceamento de defesa e de inépcia da inicial, não pode ser revisto, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ.

VI. Consoante a jurisprudência do STJ, “a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental” (STJ, REsp 1.454.281/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 09/09/2016). Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, merece ser mantida a decisão ora agravada, em face do disposto no enunciado da Súmula 568 do STJ.

VII. Acerca da independência das instâncias civil e administrativa, a orientação jurisprudencial do STJ é firme no sentido de que, “de acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. Logo, eventual absolvição no processo criminal ou perante a Administração Pública não influi, como regra, na responsabilização civil, tirantes

as exceções em numerus clausus do sistema legal, como a inequívoca negativa do fato ilícito (não ocorrência de degradação ambiental, p. ex.) ou da autoria (direta ou indireta), nos termos do art. 935 do Código Civil” (STJ, REsp 1.198.727/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 09/05/2013).

VIII. A despeito de o novo Código Florestal ter mantido o regime de proteção das Áreas de Preservação Permanente, “tratando-se de matéria ambiental, prevalece o disposto no princípio tempus regit actum, que impõe obediência à lei em vigor por ocasião da ocorrência do fato ilícito, sendo, portanto, inaplicável o novo Código Florestal a situações pretéritas. Precedentes” (STJ, AgInt no REsp 1.381.085/MS, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, DJe de 23/08/2017).

IX. Agravo interno improvido”. (AgInt no AREsp 1100789/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017)

Na hipótese, incumbe ao Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL comprovar que, diferentemente do que sustenta o Ministério Público, a Autorização Ambiental nº 504/2017 observou o Zoneamento Ecológico Econômico do Estado de MS, as Resoluções do CONAMA e o Código Florestal, e que o Termo de Referência que embasou o Estudo de Impacto Ambiental, assim como o procedimento de licenciamento ambiental não apresentam as falhas apontadas na inicial, pois é quem detém as provas.

Ademais, conforme ressalta o Procurador de Justiça oficiante no feito, “a inversão do ônus da prova ocorre em desfavor de todos os Réus, sendo despicando que o magistrado faça tal ressalva. Além disso, inapropriada, nesta fase recursal, a pretensão de que haja pronunciamento a respeito da distribuição do ônus, sob pena de supressão de instância” (f. 56).

Posto isso, acompanho o nobre Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, 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 Abss Duarte.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

3ª Seção Cível

Mandado de Segurança Cível nº 1412981-42.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO – RESPONSÁVEL PELA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO – INTERESSE DE AGIR – PREVENÇÃO DO *MANDAMUS* – MEIO COERCITIVO PARA RECEBIMENTO DE TRIBUTO – REGISTRO ESPECIAL E PRÉVIO NO REGIME DE PAGAMENTO DO ICMS – REGULARIDADE FISCAL DOS SÓCIOS – DISTINÇÃO ENTRE PESSOAS FÍSICAS E A PESSOA JURÍDICA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO PRESENTE – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER.

A pessoa jurídica adimplente quanto às obrigações tributárias possui o direito de manter cadastro ativo no Registro Especial de Regime de Pagamento do ICMS, sem necessidade de se exigir certidão negativa de débitos em nome das pessoas físicas dos sócios, haja vista que as personalidades (física e jurídica) não se confundem.

O fato do sócios ser devedor do Fisco, seja na qualidade de pessoa física ou fosse como integrante de outra empresa que possuísse dívidas fiscais, por exemplo, ainda assim, não estaria a Administração Pública autorizada a recusar tal cadastro.

Não é permitida a imposição de sanção administrativa indireta como forma de coagir o pagamento de tributos, inviabilizando a atividade comercial e econômica desenvolvida, devendo-se obedecer ao princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 20 de maio de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Aníbal Arce Torres ME impetra Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de garantir ao impetrante seu registro no regime de pagamento do ICMS, conforme controle fiscal das operações internas, sem a exigência de certidão negativa de débitos, em nome dos sócios da empresa.

Afirma ter interesse em manter o registro especial e prévio de empresa que, estando enquadrada no regime de pagamento do ICMS, poderá realizar operações interestaduais, de maneira que o presente mandado é promovido preventivamente, diante da necessidade de processamento do registro especial do impetrante, necessitando realizar seu cadastro.

Contudo, a Resolução SEFAZ nº 2.611/2015, com a redação dada pela Resolução SEFAZ nº 2.959/2018, com efeitos a partir de 01/11/2018, estaria exigindo requisito ilegal, não previsto na Lei Complementar nº 123/2006 e Lei Estadual nº 1.810/1997, qual seja, a regularidade fiscal dos sócios ou diretores da empresa junto ao fisco.

Esclarece que:

“(...) o presente mandamus tem o escopo de determinar a remoção dos óbices gerados pela autoridade coatora, ditadas na Resolução/SEFAZ Nº 2.611, de 12 de fevereiro de 2015 ou sustar os seus efeitos, a fim de fluir, sem empecilho, o direito líquido e certo do Impetrante em manter o registro especial e prévio junto ao Estado de Mato Grosso do Sul, estando enquadradas no regime de pagamento do ICMS, pois pretende realizar operações interestaduais, precisando realizar seu cadastro perante o Estado de Mato Grosso do Sul, respeitando-se os princípios fundamentais e garantias constitucionais vigentes”.

Requer que seja declarado:

“O direito líquido e certo do Impetrante ao regime de controle fiscal das operações internas com os produtos elencados no inciso III do art. 75 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 9.203, de 18 de setembro de 1998, e relacionados no § 3º deste artigo, destinados a empresas enquadradas no regime de pagamento do ICMS previsto na Lei Complementar (federal) nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (registro no regime de controle fiscal das operações internas com os produtos elencados no inciso III do art. 75 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 9.203, de 18 de setembro de 1998, e relacionados no § 3º deste artigo, destinados a empresas enquadradas no regime de pagamento do ICMS previsto na Lei Complementar (federal) nº 123, de 14 de dezembro de 2006), garantindo os devidos registros no citado benefício fiscal e, que nos atos para processamento do pedido e, que não seja exigida a certidão negativa de débitos junto à União, em nome dos sócios da Impetrante”.

Por meio da decisão de f. 54-56 foi concedida a liminar para que o Impetrado promovesse o registro provisório do Impetrante no regime de controle fiscal das operações internas com produtos elencados no inciso III do artigo 75 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 9.203/1998, relacionados no § 3º da Resolução SEFAZ nº 2.611/2015 (parágrafo incluído pela Resolução SEFAZ nº 2.959/2018), aplicando-se o art. 2º, § 6º, dessa mesma Resolução, até final julgamento de mérito deste *mandamus*, sem exigir as certidões negativas dos sócios da empresa Impetrante, uma vez que o benefício é exclusivo da Pessoa Jurídica.

O Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações as f. 69-76, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva, que se acatada acarretará a incompetência deste Tribunal, bem como de ausência de interesse de agir, pois a Administração em momento algum teria negado a inscrição.

No mérito, defendem a legalidade do suposto ato coator, asseverando que exigência de certidão negativa dos sócios da empresa para que esta seja inscrita no regime especial de ICMS encontra amparo na legislação de regência, estando relacionada às funções de fiscalização e controle por parte do Fisco Estadual.

Pugnam pelo acolhimento das preliminares, e no mérito, pela denegação da segurança.

As f. 142-150 manifestou-se a Procuradoria de Justiça pela rejeição das preliminares e concessão da segurança.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança Preventivo impetrado por Aníbal Arce Torres ME contra ato reputado ilegal, praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de garantir ao impetrante seu registro no regime de pagamento do ICMS, conforme controle fiscal das operações internas, sem a exigência de certidão negativa de débitos, em nome dos sócios da empresa.

Afirma ter interesse em manter o registro especial e prévio de empresa que, estando enquadrada no regime de pagamento do ICMS, poderá realizar operações interestaduais, de maneira que o presente mandado é promovido preventivamente, diante da necessidade de processamento do registro especial do impetrante, necessitando realizar seu cadastro.

Contudo, a Resolução SEFAZ nº 2.611/2015, com a redação dada pela Resolução SEFAZ nº 2.959/2018, com efeitos a partir de 01/11/2018, estaria exigindo requisito ilegal, não previsto na Lei Complementar nº 123/2006 e Lei Estadual nº 1.810/1997, qual seja, a regularidade fiscal dos sócios ou diretores da empresa junto ao Fisco.

Esclarece que:

“(...) o presente mandamus tem o escopo de determinar a remoção dos óbices gerados pela autoridade coatora, ditadas na Resolução/SEFAZ Nº 2.611, de 12 de fevereiro de 2015 ou sustar os seus efeitos, a fim de fluir, sem empecilho, o direito líquido e certo do Impetrante em manter o registro especial e prévio junto ao Estado de Mato Grosso do Sul, estando enquadradas no regime de pagamento do ICMS, pois pretende realizar operações interestaduais, precisando realizar seu cadastro perante o Estado de Mato Grosso do Sul, respeitando-se os princípios fundamentais e garantias constitucionais vigentes”.

Requer que seja declarado:

“o direito líquido e certo do Impetrante ao regime de controle fiscal das operações internas com os produtos elencados no inciso III do art. 75 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 9.203, de 18 de setembro de 1998, e relacionados no § 3º deste artigo, destinados a empresas enquadradas no regime de pagamento do ICMS previsto na Lei Complementar (federal) nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (registro no regime de controle fiscal das operações internas com os produtos elencados no inciso III do art. 75 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 9.203, de 18 de setembro de 1998, e relacionados no § 3º deste artigo, destinados a empresas enquadradas no regime de pagamento do ICMS previsto na Lei Complementar (federal) nº 123, de 14 de dezembro de 2006), garantindo os devidos registros no citado benefício fiscal e, que nos atos para processamento do pedido e, que não seja exigida a certidão negativa de débitos junto à União, em nome dos sócios da Impetrante”.

Por meio da decisão de f. 54-56 foi concedida a liminar para que o Impetrado promovesse o registro provisório do Impetrante no regime de controle fiscal das operações internas com produtos elencados no inciso III do artigo 75 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 9.203/1998, relacionados no § 3º da Resolução SEFAZ nº 2.611/2015 (parágrafo incluído pela Resolução SEFAZ nº 2.959/2018), aplicando-se o art. 2º, § 6º, dessa mesma Resolução, até final julgamento de mérito deste *mandamus*, sem exigir as certidões negativas dos sócios da empresa Impetrante, uma vez que o benefício é exclusivo da pessoa jurídica.

O Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações as f. 69-76, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva, que se acatada acarretará a incompetência deste Tribunal, bem como de ausência de interesse de agir, pois a Administração em momento algum teria negado a inscrição.

No mérito, defendem a legalidade do suposto ato coator, asseverando que exigência de certidão negativa dos sócios da empresa para que esta seja inscrita no regime especial de ICMS encontra amparo na legislação de regência, estando relacionada às funções de fiscalização e controle por parte do Fisco Estadual.

Pugnam pelo acolhimento das preliminares, e no mérito, pela denegação da segurança.

As f. 142-150 manifestou-se a Procuradoria de Justiça pela rejeição das preliminares e concessão da segurança.

Da legitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda do Estado de MS

Consoante dispõe a lei do mandado de segurança *“considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.”* (art. 6º, § 3º da Lei nº 12.016/2009).

No caso, o impetrante

“(...) requer seja reconhecido que o Impetrado ao proceder a normatização para concessão do benefício fiscal, com base na Lei Complementar Federal 123/2006 e Lei Estadual 1.810/2007, extrapolou em sua competência, promovendo a exigência de certidões não indicadas nas normas anteriormente explicitadas, assim, deve ser declarado o direito líquido e certo do Impetrante no enquadramento disposto na Resolução/SEFAZ N° 2.611, de 12 de fevereiro de 2015, declarando a ilegalidade parcial do artigo 2º, parágrafo 1º, inciso II, da Resolução/SEFAZ N° 2.611, de 12 de fevereiro de 2015, ao exigir a certidão negativa federal dos sócios, confirmando-se a liminar concedida, mantendo o registro, sem que se promova a exigência da citada certidão negativa dos sócios, oriundas da Justiça Federal”.

Assim, considerando que, conforme art. 28, incisos VI, VII e VIII, da Lei Complementar Estadual nº 566/2015, compete à Secretaria de Estado de Fazenda:

VI - formular as políticas tributária e fiscal do Estado e promover sua execução, controle, acompanhamento e avaliação;

VII - planejar, executar, acompanhar e avaliar, conforme o ordenamento da política geral do Estado, as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento dos tributos estaduais, contribuições a fundos, conformada em matéria tributária, bem como as transferências constitucionais recebidas da União e as receitas não tributárias previstas no art. 20, § 1º, da Constituição Federal;

VIII - gerir o Sistema Tributário Estadual para garantir a efetivação do potencial contributivo da economia e assegurar o controle da arrecadação tributária;

Tenho que não há dúvida acerca da legitimidade do Secretário de Estado para figurar no polo passivo do presente *mandamus*.

Do interesse de agir

Igualmente, considerando que o presente *mandamus* é preventivo, e que, de fato, o art. 2º, § 1º, II, “b”, da Resolução SEFAZ nº 2.611/2015, exige que para obter o registro/cadastro no regime de controle fiscal das operações internas com produtos elencados no inciso III do artigo 75 do Regulamento do ICMS, para pagamento do ICMS, com maior rapidez e eficiência, a empresa interessada deve: “II – instruir o pedido com os seguintes documentos: (...) b) certidões negativas de débitos fiscais relativas a tributos federais, estaduais e municipais, expedidas em nome da empresa, dos sócios ou diretores, ou do seu titular;”, o impetrante tem interesse de agir porque na petição inicial expôs que tem interesse em manter o registro especial e prévio de sua empresa, enquadrada no regime de pagamento do ICMS previsto na Lei Complementar (federal) nº 123/2006 para realizar operações interestaduais, com os produtos elencados no art. 75, III, do Regulamento do ICMS (Decreto nº 9.203/98).

Logo, tem interesse de agir.

Mérito

Constata-se do presente *writ* que o impetrante pleiteia a realização de seu registro sem a exigência de comprovação de negativas fiscais em nome dos sócios para manter sua empresa cadastrada no regime de controle fiscal das operações internas (interestaduais), com os produtos elencados no Regulamento do ICMS, possibilitando maior rapidez e eficiência na averiguação da verificação da origem dos produtos objeto de tais operações internas sujeitas ao pagamento do ICMS pelo remetente.

O regime especial consiste na apuração do ICMS Garantido à vista de cada operação e no pagamento do tributo no momento da entrada ou saída do território de Mato Grosso do Sul de mercadorias destinadas aos contribuintes enquadrados.

Com efeito, a Constituição Federal consagra expressamente em diversos dispositivos a tutela aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, assegurando, ainda, o regular exercício de qualquer atividade com fins econômicos, a ser realizada independentemente de autorização:

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;

Art. 5º Omissis.

XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

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:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Desta forma, há possibilidade de limitação da liberdade de iniciativa para o exercício de alguma atividade econômica pelo Poder Público, desde que exista expressa autorização legal para tanto, nos termos do parágrafo único do art. 170 da CFRB. Sendo assim, somente é possível exigir autorização ou limitação nos casos em que a lei expressamente dispuser, não sendo razoável que a Administração Pública, por meio de qualquer órgão, impeça ou dificulte o regular exercício da atividade empresarial.

Neste sentido é o farto entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no princípio do livre exercício da atividade econômica, em busca de impedir que a administração pública por intermédio de meios coercitivos indiretos, a pretexto de coagir o contribuinte ao pagamento de débitos tributários, conseqüentemente inviabilizando o exercício de atividade empresarial desenvolvida:

SÚMULA Nº 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

SÚMULA Nº 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

SÚMULA Nº 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

DÉBITO FISCAL – IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS – PROIBIÇÃO – INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da Republica legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa (RE 413782, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2005, DJ 03-06-2005)

Diante disso, é inadmissível que a apelante se negue a deferir o registro da empresa, pelos motivos ora apresentados, uma vez que se houvesse a negativa seria ilegal, consistente em abuso por parte da Secretaria

da Fazenda Estadual, de modo que o ato preventivamente impugnado acabaria por impedir o exercício da atividade comercial.

Portanto, não há que se confundir pessoa física com jurídica, de modo que se a aquela possui débitos fiscais, mas esta não, não há nada que impeça o registro especial desta, no regime especial de pagamento do ICMS, pois a confusão patrimonial é exceção e, não regra.

Nesse sentido:

REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO TRIBUTÁRIO – PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO – RECUSA DO CHEFE DA AGÊNCIA FAZENDÁRIA ESTADUAL DE NAVIRAÍ DE EXPEDIR A CERTIDÃO – PENDÊNCIA PERTENCENTE À PESSOA JURÍDICA – NÃO SE CONFUNDE COM A PESSOA DO SÓCIO SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA MANTIDA – CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO – REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO. A pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física do sócio, sendo assim, a condição de inadimplente tributário da empresa não afasta o direito do sócio adimplente de ter expedida a referida certidão negativa. (Reexame de Sentença - Nº 2010.020751-9/0000-00 - Naviraí. Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Quinta Turma Cível. J. 5.8.2010)

DIREITO TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO – CND – AUTORIDADE FAZENDÁRIA COATORA – RECUSA DE EXPEDIÇÃO E/OU DE FORNECIMENTO – PESSOA DO SÓCIO – PESSOA FÍSICA – PESSOA JURÍDICA – DIREITO À CND – SENTENÇA DE CONCESSÃO DA ORDEM MANDAMENTAL – CONFIRMAÇÃO DO DECISUM – REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO. A pessoa adimplente quanto às obrigações tributárias possui o direito de obter Certidão Negativa de Débito (CND) do ente tributante, com a advertência de que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física do sócio. Ou seja, a condição de inadimplente tributário de um não elide o direito do outro adimplente com relação à referida certidão negativa. Assim, por exemplo, a pessoa física do sócio detém, quando adimplente, o direito de obter Certidão Negativa de Débito das autoridades fazendárias, ainda que a pessoa jurídica a que pertença seja qualificada como devedora, salvo na hipótese de “responsabilidade pessoal da pessoa do sócio” (seja quando figurar como co-responsável na Certidão de Dívida Ativa ou CDA, seja quando a execução fiscal promovida contra a pessoa jurídica é redirecionada contra a pessoa do sócio). Precedente deste Tribunal de Justiça. (Tribunal de Justiça de MS. Terceira Turma Cível. Mandado de Segurança de nº 2010.005783-5. Desembargador Relator Marco André Nogueira Hanson. Julgamento ocorrido em 14-6-2010)

MANDADO DE SEGURANÇA – SÓCIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A PESSOA JURÍDICA A QUAL INTEGRA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO PARA PESSOA FÍSICA CASO NÃO HAJA DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. Em razão de a pessoa jurídica constar como devedora nas certidões da dívida ativa, e não podendo o sócio ser confundido com a pessoa jurídica que integra, a expedição da certidão negativa de débito em nome da pessoa física é medida que se impõe, caso realmente não conste débitos com a Fazenda Pública Estadual. (Mandado de Segurança - Nº 2007.008087-2/0000-00 - Capital. Relator - Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz. Terceira Seção Cível. J. 20.8.2007)

Outrossim, não se mostra plausível a recusa na emissão do documento buscado pelo impetrante sob a alegação de que os seus sócios possuem débitos junto ao Fisco.

Outro não é o entendimento do STJ:

TRIBUTÁRIO – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO – RECUSA DE FORNECIMENTO – SÓCIO INTEGRANTE DE OUTRA FIRMA DEVEDORA DO FISCO – DESCABIMENTO – PRECEDENTES – SÚMULA 83/STJ – REAPRECIÇÃO DO MOTIVO DE INDEFERIMENTO DA CND. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de recusa, pelo Fisco, de concessão de certidão negativa de débito - CND à pessoa jurídica,

sob o argumento de que um dos sócios da empresa figura como sócio em outra empresa em situação irregular. 2. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que o fato de um dos sócios de pessoa jurídica ser devedor do fisco, seja na qualidade de pessoa física ou de integrante de outra empresa que possua dívidas fiscais, não autoriza o Estado a recusar a expedição de certidão negativa de débitos à entidade que mantém o pagamento de seus tributos em dia.(...). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 851.704/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 04/11/2011)

TRIBUTÁRIO – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS – PESSOA JURÍDICA INADIMPLENTE COM MESMOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA QUE REQUER A CERTIDÃO – IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA NO FORNECIMENTO DA CERTIDÃO 1. “O fato de um dos sócios de pessoa jurídica ser devedor do fisco, seja na qualidade de pessoa física ou de integrante de outra empresa que possua dívidas fiscais, não autoriza o Estado a recusar a expedição de certidão negativa de débitos à entidade que mantém o pagamento de seus tributos em dia” (REsp 493.135/ES, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 03.08.2006). 2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 792.570/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 01/09/2008)

Assim, tenho que inexistem motivos aptos a justificar a recusa da autoridade impetrada, que não seja o intuito de coagir o devedor (sócios - pessoas físicas) ao pagamento de tributos, além de estar restringindo o exercício das atividades da empresa em questão.

Nesse sentido:

DIREITO TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – SENTENÇA PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PROVA PRÉCONSTITUÍDA – AFASTADA – MÉRITO – REGISTRO DE ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA RECORRIDA NEGADO, EM RAZÃO DE ENCONTRAR-SE UM DOS SÓCIOS INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONTRARIEDADE AO QUE PRECEITUA A SÚMULA Nº 547 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – VEDAÇÃO À COBRANÇA OBLIQUA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – À UNANIMIDADE. (TJAL, Apelação / Liminar 0019251-87.2011.8.02.0001; Relator (a): Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo; Comarca: Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 19/11/2015; Data de registro: 23/11/2015)

De igual forma é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, citando-se:

*PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – SOCIEDADE CIVIL – PEDIDO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DE ISS DO DF – (...) DIREITO TRIBUTÁRIO – INSCRIÇÃO DE SOCIEDADE NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES – SÓCIO EM DÉBITO COM O FISCO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO – ILEGITIMIDADE – ILEGALIDADE DO ART. 13, CAPUT, DO DEC. 16.128/94-DF. 1. O art. 13, caput, do Decreto 16.128/94-DF, que condiciona a **inscrição no cadastro fiscal à inexistência de débito do titular, padece de vício de ilegalidade, uma vez que não há, nas disposições legais atinentes ao ISS, qualquer dispositivo que condicione a inscrição da pessoa jurídica no cadastro de contribuintes à inexistência de débitos do sócio inscritos em dívida ativa.** 2. Ademais, conforme orientação assentada na jurisprudência do STF (súmulas 70, 323 e 547) e do STJ, é ilegítima a criação de empecilhos ou sanções de natureza administrativa como meio coercitivo para pagamento de tributos, em substituição das vias próprias, nomeadamente as da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). 3. Recurso provido, para conceder a ordem. (RMS 16961 / DF; Recurso ordinário em mandado de segurança, Relator Min. Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador Primeira Turma, Data da Publicação/ Fonte DJ 23.05.2005. Destacado*

Consoante se observa, a jurisprudência dos Tribunais Superiores acompanhada pelo entendimento deste Tribunal pacificaram posicionamento no sentido de ilegalidade da sanção política consistente na prática de condutas restritivas de direito com o fito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributo, uma vez que

existem no ordenamento jurídico brasileiro meios adequados, inclusive de cunho judicial, que a administração pública dispõe para buscar a satisfação dos débitos dos contribuintes.

Logo, a Constituição de 1988 não permite que o Estado adote medidas que impliquem o embaraço ou a vedação do exercício profissional como instrumentos para coagir o sujeito passivo à observância de obrigações tributárias.

Acrescento, ainda, que sendo a empresa atuante no mercado de metais, cujo nome fantasia é Comércio de Metais Humaitá, pessoa adimplente com suas obrigações tributárias, é evidente que possui direito líquido e certo para exercer suas atividades comerciais.

Não se desconhece que se trata de Empresário Individual, enquadrado como EPP - Empresa de Pequeno Porte (f. 17), e especificamente nessa condição (EPP), a título de analogia, verifica-se que os arts. 42 e 43, da LC nº 123/06, vai no sentido de que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte devem apresentar a documentação durante a licitação, mesmo que irregular, porém, eventual irregularidade fiscal não acarreta a inabilitação imediata da licitante. O que ocorre é que sagrando-se vencedor do certame a Administração concederá, logo após a declaração da vencedora, prazo de 5 dias (prorrogáveis) para o empresário individual com irregularidade fiscal, regularize sua situação, e somente se não atendido é que implicará decadência do direito à contratação. Se assim é numa licitação, ou seja, em que não se exige tal condição para participação, muito menos prejuízo, pra não dizer nenhum, existe para manter-se cadastrado no registro especial de pagamento do ICMS para desenvolver suas atividades.

Desta feita, o impedimento do registro da empresa impetrante se configuraria abusivo e ilegítimo, e em mácula aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, sobretudo porque a administração pública dispõe de outras vias adequadas e capazes de proporcionar a execução do crédito tributário e que não necessariamente inviabilizam o desenvolvimento da atividade econômica, tais como exigências que por via oblíqua evidenciam cobranças administrativas.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, concedo a segurança pleiteada para confirmar a liminar, e, por consequência, garantir que a empresa obtenha o registro pretendido, independentemente da regularidade fiscal da pessoa do sócio.

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

Deixo de condenar o impetrado no pagamento das custas, por força da isenção prevista no art. 24, I, da Lei nº 3.779/2009¹.

Sem honorários advocatícios, porque indevidos nos termos das Súmulas 105 do STJ, 512 do STF e do art. 25 da Lei 12.016/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 20 de maio de 2019.

¹ Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária: I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;

3ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0002227-38.2009.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – EXECUÇÃO FISCAL CONTRA MASSA FALIDA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – MÉRITO – NULIDADE DAS CDA'S NÃO VERIFICADA – AUTOS DE INFRAÇÃO LEGÍTIMOS – TRIBUTOS IMPAGOS SOBRE O TOTAL DA OPERAÇÃO OU SOBRE O VALOR AGREGADO – MULTA E JUROS DE MORA CONTRA MASSA FALIDA – EXCLUSÃO DAS MULTAS – DISTINÇÃO DESCABIDA ENTRE MULTA MORATÓRIA E MULTA PUNITIVA – ART. 83, DA LEI 11.101/2005 – EXCLUSÃO DOS JUROS APÓS A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA – ART. 124, DA LEI FALIMENTAR – SÚMULAS 192 E 565 DO STF – PRECEDENTES DO STJ – EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA COM DECRETAÇÃO ANTERIOR DA FALÊNCIA – RETIFICAÇÃO DO NOME DA PARTE EXECUTADA – MERA IRREGULARIDADE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não procede a preliminar de cerceamento de defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide, haja vista que cabe ao Juiz, enquanto destinatário da prova, definir acerca da necessidade e utilidade da produção de outras provas para a formação do seu convencimento motivado, a teor do disposto no art. 370 do CPC.

Verificando que não há qualquer irregularidade nos autos de infração que embasam as CDA's, não há falar na nulidade da execução fiscal.

Segundo art. art. 23, parágrafo único, III, e art. 26 do Decreto-Lei nº 7.661/45 (égide sob o qual foi decretada a falência), não podem ser cobrados na falência a multa moratória e os juros de mora contabilizados após a decretação de falência, salvo se constar ativo suficiente para o pagamento do débito principal.

Não se incluindo a multa moratória ou punitiva no crédito habilitado em falência (Súmulas 192 e 565 do STF), da mesma forma, é ela indevida na cobrança judicial do crédito tributário.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº. 1.372.243/SE, submetido ao julgamento dos Recursos Repetitivos), não há ilegitimidade passiva pelo fato de a execução fiscal ter sido ajuizada contra empresa cuja falência já havia sido decretada, sendo permitida, nesses casos, a retificação do polo passivo e a substituição da CDA, por considerar tratar-se de mera irregularidade.

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, rejeita a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de junho de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Massa Falida do Frigoverdi S/A interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 4.459-4.471, proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedentes estes Embargos à Execução Fiscal determinando o prosseguimento da Execução Fiscal nº 0019960-85.2007.8.12.0001, condenando a autora aos ônus sucumbenciais na forma fixada na sentença recorrida.

Em suas razões recursais (f. 4.479-4.499), alega que a sentença é nula porque não realizada prova pericial imprescindível para a verificação do *quantum* executado, não sendo suficientes os documentos fiscais lavrados pela fiscalização fazendária, cerceando seu direito de defesa.

Aduz que, se o juízo de origem entende que a perícia não é necessária por não mais existirem as carcaças dos bois, também não seria possível que o fiscal lavrasse os autos de infração desses “produtos”, porque também não se encontravam mais no local. De igual forma, a prova pericial é necessária para se constatar se houve a incidência ou não de juros e multa após a decretação da falência da apelante, em 24/09/2001 (enquanto a Execução foi ajuizada em 09/04/2007), na medida em que as multas tributárias (sejam punitivas, sejam moratórias) não estão classificadas na mesma ordem dos créditos tributários, além de não correrem após a falência.

Sustenta que a multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de supostas omissões nos documentos fiscais relativos à entrada e saída de mercadoria se deve à variação do peso do boi vivo aproveitável, cujo percentual de aproveitamento pode se dar de mais ou de menos, seguindo a diferença entre a entrada e saída, porque vezes as saídas serão maiores, vezes menores, sendo que o cálculo da multa deveria ser sobre a diferença encontrada e não sobre o valor total da operação como foi feito pelo Fisco.

Defende que o cerceamento de defesa está repercutindo na ilegalidade dos demais Autos de Infração e Certidões de Dívida Ativa objetos dos autos.

Requer que seja conhecido e dado provimento ao recurso para anular a sentença recorrida diante do flagrante cerceamento de defesa, bem como para que seja oportunizada à Exequente regularizar o feito mediante a substituição das CDA's e emenda à inicial, sob pena de extinção, ou, acolher seus embargos.

Em contrarrazões (f. 4.512-4.520), pugna o apelado pelo desprovimento do recurso.

O Ministério Público, por meio da Procuradoria de Justiça, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (f. 4.528-4.534).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Massa Falida de Frigoverdi S/A contra sentença que julgou improcedentes estes Embargos à Execução Fiscal determinando o prosseguimento da Execução Fiscal nº 0019960-85.2007.8.12.0001, condenando a autora aos ônus sucumbenciais na forma fixada na sentença recorrida.

Em suas razões recursais (f. 4.479-4.499), alega que a sentença é nula porque não realizada prova pericial imprescindível para a verificação do *quantum* executado, não sendo suficientes os documentos fiscais lavrados pela fiscalização fazendária, cerceando seu direito de defesa.

Aduz que, se o juízo de origem entende que a perícia não é necessária por não mais existirem as carcaças dos bois, também não seria possível que o fiscal lavrasse os autos de infração desses “produtos”, porque também não se encontravam mais no local. De igual forma, a prova pericial é necessária para se constatar se houve a

incidência ou não de juros e multa após a decretação da falência da apelante, em 24/09/2001 (enquanto a Execução foi ajuizada em 09/04/2007), na medida em que as multas tributárias (sejam punitivas, sejam moratórias) não estão classificadas na mesma ordem dos créditos tributários, além de não correrem após a falência.

Sustenta que a multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de supostas omissões nos documentos fiscais relativos à entrada e saída de mercadoria se deve à variação do peso do boi vivo aproveitável, cujo percentual de aproveitamento pode se dar de mais ou de menos, seguindo a diferença entre a entrada e saída, porque vezes as saídas serão maiores, vezes menores, sendo que o cálculo da multa deveria ser sobre a diferença encontrada e não sobre o valor total da operação como foi feito pelo Fisco.

Defende que o cerceamento de defesa está repercutindo na ilegalidade dos demais Autos de Infração e Certidões de Dívida Ativa objetos dos autos.

Também afirma que realizou o cálculo do Fundersul em conformidade com os recolhimentos do ICMS, porém o fisco atribuiu-lhe o recolhimento a menor em decorrência de diferenças de entradas e saídas.

Quanto aos autos de infração lavrados em decorrência de emissão de cheques sem fundos para pagamento do ICMS, defende que não agiu com dolo de lesar o fisco, já que não conseguiu adimplir suas obrigações em razão da crise financeira de sua empresa. Assim, pede que seja afastada a multa diante de sua conduta.

Ainda aponta o excesso de execução, porquanto não pode haver incidência de multa moratória e juros de mora após a incidência da decretação de falência.

Requer que seja conhecido e dado provimento ao recurso para anular a sentença recorrida diante do flagrante cerceamento de defesa, bem como para que seja oportunizada à Exequente regularizar o feito mediante a substituição das CDA's e emenda à inicial, sob pena de extinção, ou, acolher seus embargos.

Em contrarrazões (f. 4.512-4.520), pugna o apelado pelo desprovimento do recurso.

O Ministério Público, por meio da Procuradoria de Justiça, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (f. 4.528-4.534).

Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo o relatório da sentença recorrida:

Vistos.

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por Massa Falida do Frigoverdi S/A em face do Estado de Mato Grosso do Sul, partes qualificadas nos autos, pelos quais requer a anulação dos Autos de Infração nº 040755-A (CDA nº 282/2007), 040759-A (CDA 277/2007), 040760-A (CDA 278/2007), 040758-A (CDA 279/2007), 040761-A (CDA 280/2007), 040762-A (CDA 281/2007).

No tocante ao AI nº 040755-A, asseverou que este foi lavrado em razão de o fisco ter constatado supostas diferenças de entradas e saídas, em razão de o peso dos produtos (carcaças bovinas) na entrada e na saída serem diferentes. Aduziu que a autuação deixou de considerar que o embargante fazia constar nas notas fiscais de entrada apenas o peso do boi vivo aproveitável e que, após o beneficiamento, às vezes a quantidade aproveitada, o rendimento, era maior, o que implicava em saídas em quantidades superiores às de entrada.

Afirmou, com relação ao AI nº 040759-A, que as supostas diferenças de saídas se devem ao fato de as saídas a menor serem decorrentes de subprodutos bovinos, sendo inegável a existência de descompasso entre as entradas de carcaças e saídas de subprodutos. Alegou, ainda, que há incongruências no fato de que em períodos próximos o fisco tenha autuado o embargante tanto por saídas a menor (AI 040759-A) quanto por saídas a maior (AI 040755-A).

Com relação ao AI 040760-A, sustentou que este foi lavrado ante a suposta apropriação indevida de créditos presumidos, a qual efetivamente não ocorreu, sendo a autuação decorrente dos próprios equívocos do fisco quando da lavratura do AI 040755-A. Ainda, quanto ao AI 040758-A, alegou que a fiscalização deixou de demonstrar exatamente onde foram constatados os erros na escrituração dos saldos de ICMS.

Quanto aos AI's nº 040761-A e 040762-A, salienta que estes foram lavrados em razão da suposta emissão de cheques sem fundo para pagamento do ICMS. Sustenta ser incabível a multa, ante a dificuldade financeira pela qual passava, bem como em razão de o pagamento frustrado ter ocorrido no mesmo mês em que deferido pedido de concordata preventivo por ele formulado, não tendo ele agido com dolo.

Sustentou que em razão de ter sido decretada sua falência, devem ser excluídos do montante dele exigido a multa moratória e os juros moratórios.

Intimado, o embargado manifestou-se nos autos, pugnando pela improcedência da ação (f. 133-143).

Preliminarmente, ressaltou que os embargos foram opostos intempestivamente. No mérito, salientou que não se promove a cobrança de multa moratória, não havendo que se falar em seu afastamento, porém concordou com a retirada do cálculo do valor devido, os juros cobrados desde a data da decretação da falência. Asseverou, ainda, que todas as CDA's são válidas, visto que os processos foram conduzidos de forma regular e o embargante, além de confessar ter atuado de forma regular, não comprovou a legitimidade de sua conduta.

Em réplica, o embargante rejeitou os argumentos defensivos, reiterando o pedido formulado na inicial (f. 775-797).

Intimados para especificação de provas, o embargado pugnou pelo julgamento antecipado da lide (f. 806-807), enquanto o embargante requereu o produção de prova pericial para o fim de: a) demonstrar a adoção, pelo setor frigorífico, do índice do “peso do boi vivo aproveitável” e seu percentual; b) demonstrar que em certas ocasiões a quantidade efetivamente aproveitada da mercadoria adquirida era superior ao índice do peso do boi vivo aproveitável; c) evidenciar o natural descompasso entre a quantidade de carcaças entradas no estabelecimento e seus subprodutos bovinos (miudezas); d) atestar que não houve omissão de saída; e) comprovar que o embargado efetiva a cobrança de multa e juros após a decretação da falência do embargante.

Foi dada vista dos autos ao representante do Ministério Público, o qual manifestou-se às f. 810-820. Concordou com a alegação do embargado de intempestividade dos embargos e com a alegação do embargante de que não poderia o embargado exigir a multa moratória e os juros moratórios na hipótese dos autos, visto que sua falência foi decretada antes da inscrição do débito em dívida ativa. Quanto às demais alegações, salientou que razão assiste aos embargos, ante a inexistência de irregularidades nas CDA's e ante a ausência de provas em sentido contrário.

Intimado, o embargante juntou aos autos os processos administrativos discutidos neste feito (f. 1469-4450), tendo sido dado vista dos autos ao embargado e ao Parquet.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

Insurge-se a apelante contra o seguinte dispositivo:

Posto isso, decreto a resolução do processo com exame do mérito, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil, para o fim de julgar improcedentes os pedidos formulados pelo embargante na inicial e determinar o prosseguimento do feito executivo em apenso.

Condeno o embargante no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do proveito econômico auferido, consistente na manutenção do valor atualizado dos créditos exigidos pelas CDA's nº 277/2007, 278/2007, 279/2007, 280/2007, 281/2007 e 282/2007, com supedâneo no art. 85, §§ 2º e 3º, I, do Código de Processo Civil, não justificando a fixação da verba sucumbencial em percentual superior ao mínimo estabelecido em lei (art. 85, § 3º, I), dada a baixa complexidade da causa.

Todavia, pelo fato do proveito econômico suplantar o valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, há que ser aplicado o disposto no §5º, do art. 85, do Código de Processo Civil.

Logo, os honorários advocatícios serão de 10% (dez por cento) sobre a parte inicial do proveito econômico até 200 (duzentos salários mínimos) e; 8% (oito por cento) sobre o remanescente.

P.R.I.

Transitada em julgado, traslade-se cópia para os autos principais e arquivem-se os autos.

Preliminar de cerceamento de defesa

A questão foi assim decidida na sentença recorrida:

Julgo antecipadamente o mérito, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil, vez que, não obstante se tratar de matéria de direito e de fato, não há outras provas a serem produzidas.

Neste ponto, insta salientar que em que pese o embargante tenha pugnado pela produção de prova pericial, esta em nada auxiliará na resolução da presente demanda, até mesmo porque a comprovação da regularidade da atuação do embargante na presente hipótese depende da demonstração da regularidade de sua conduta na época em que lavrado o ALIM. Ou seja, depende da demonstração cabal de que na época dos fatos a quantidade efetivamente aproveitada da mercadoria adquirida foi superior ao índice do peso do boi vivo aproveitável, bem como que, com relação à autuação na qual se constatou que as saídas eram menores que as entradas, a atuação se deu em razão de o fisco não observar que as saídas eram referentes às miudezas (subprodutos) e não às carcaças dos bois que entraram no estabelecimento.

Ora, os produtos já não se encontram no local e a ora embargante não tem qualquer prova contemporânea que possa servir de início de prova, de forma que a prova pericial seria apenas para demonstrar a viabilidade “em tese” da alegação da embargante, o que não se coaduna com a natureza de tal prova, sobretudo porque há presunção de veracidade do ato administrativo que deve ser afastada pelas provas, o que não ocorreria com a afirmação de possibilidade de estar o fato regular.

Ainda, destaco que a prova pericial não serve para constatar se o embargado efetiva a cobrança de multa e juros após a decretação da falência do embargante, tratando-se essa de matéria unicamente de direito.

Assim, não vejo motivos para a produção das provas requeridas, motivo pelo qual passo à análise do mérito da demanda, como já ressaltado.

A apelante alega que a sentença é nula, ante a ocorrência de cerceamento de defesa, pois é imprescindível a realização de prova pericial, pelas seguintes razões:

Ser realizada por engenheiro alimentar a fim de demonstrar a adoção, pelo setor frigorífico, do índice do “peso do boi vivo aproveitável”, bem como seu percentual;

Contábil visando demonstrar que em certas ocasiões do período da autuação a quantidade efetivamente aproveitada da mercadoria adquirida era superior ao índice do peso do boi vivo aproveitável, e que não houve omissão nas entradas;

A ser realizada por engenheiro alimentar a fim de demonstrar o natural descompasso entre a quantidade de carcaças que entraram no estabelecimento e seus subprodutos bovinos (miudezas) e que após o processamento das carcaças a quantidade de subprodutos bovinos (saída) não terá uma relação precisa com a quantidade de carcaças (entrada no estabelecimento frigorífico);

Contábil visando atestar que no período da autuação não houve omissão de saída.

A fim de provar a cobrança de multa e de juros após a decretação de falência, bem como o percentual de multa aplicada.

Em que pese todo o esforço argumentativo da recorrente, não prospera o alegado cerceamento de defesa, pois é desnecessária a realização de perícia a fim de demonstrar que em certas ocasiões haverá diferença na apuração do peso na entrada e saída por conta do “peso do boi vivo aproveitável”, ou com relação ao processamento das carcaças.

Isso porque as autuações foram feitas com base na comparação de notas fiscais de entrada e saída e, como será explanado no mérito, apesar de a princípio ser possível que haja diferenças em razão de as entradas serem calculadas de acordo com critérios inexatos relativos ao percentual do peso de boi vivo aproveitável, é certo que, posteriormente, sendo constatado pelo contribuinte o aproveitamento a maior da carne do boi, ou seja, o rendimento maior da carcaça, incumbe ao próprio contribuinte regularizar a documentação de entrada, de forma que não persistam as diferenças.

Outrossim, como ressaltado pelo Parquet (f. 4.530), quanto ao processamento das carcaças, também foi apontado nos autos de infração, pormenorizadamente, todos os subprodutos oriundos do processamento do animal, tais como, carne com osso, couro, carne industrializada, farinha de osso, miúdos, farinha de sangue, sebo e etc., ou seja, não há falar que o fisco desconsiderou os miúdos e outros subprodutos ao analisar as notas fiscais de entrada e saída.

Ainda, mostra-se impertinente a realização de perícia contábil a constatar a cobrança de multa e de juros após a decretação de falência, pois se trata de matéria unicamente de direito.

Portanto, deve ser afastada a alegada nulidade da sentença, haja vista que cabe ao Juiz, enquanto destinatário da prova, definir acerca da necessidade e utilidade da produção de outras provas para a formação do seu convencimento motivado, a teor do disposto no art. 370 do CPC.

Nesse sentido são os precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – JULGAMENTO ANTECIPADO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. O juiz pode julgar antecipadamente a lide se os elementos constantes dos autos forem suficientes à formação de sua convicção. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1112762/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 18/08/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – PROVA PERICIAL – INDEFERIMENTO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INEXISTÊNCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA. [...] 2. Se os elementos constantes dos autos são suficientes à formação da sua convicção, é lícito ao juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo julgamento antecipado da lide, sem que isso implique cerceamento de defesa. 3. “A tutela judicial seria nenhuma se quem precisa de medicamentos dependesse de prova pericial para obtê-los do Estado, à vista da demora daí resultante; basta para a procedência do pedido a receita fornecida pelo médico” (AgRg no AREsp nº 96.554, RS, relator o Ministro Ari Pargendler, DJe de 27.11.2013). 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 608.600/RS, Rel. Ministro Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região - Primeira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 01/12/2015)

A propósito, colaciono julgado desta Corte Estadual:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – OMISSÃO DE SAÍDA DE GADO BOVINO – ICMS – VERIFICADA – DECADÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Se o juiz singular entendeu que os fatos relevantes para o julgamento da causa já estavam suficientemente comprovados, tornando-se desnecessária a produção de mais provas, não há se falar em cerceamento do direito de defesa ou mesmo ofensa ao estado democrático de direito pelo julgamento antecipado da lide, não havendo falar-se, por via de consequência, em nulidade da sentença. Afinal, desnecessária qualquer perícia contábil para referido julgamento. O apelante foi autuado pela realização de operação de saídas de rebanho bovino, sem emissão de documentação fiscal, caracterizada, pelo fisco, como omissão de receita, não recolhendo, das vendas omitidas, o ICMS durante o período correspondente aos anos-base de 01.01.2004 a 15.01.2009, uma vez constatado seu estoque zerado, presumindo-se a sonegação. (TJMS. Apelação nº 0051857-92.2011.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 12/12/2016, p: 15/12/2016) - destacamos

Assim, rechaço a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito

Em resumo, alega a apelante que os autos de infração que embasam a execução são nulos, que há excesso de execução e que deve ser regularizado o feito para retificar a parte devedora.

Dos Autos de Infração nº 040761-A (CDA 280/2007), 040762-A (CDA 281/2007), referentes à emissão de cheques sem fundo para pagamento do tributo.

Segundo a sentença e indicação da Fazenda Pública, as CDA's 280 e 281, são referentes aos Autos de Infrações nº 040761-A e 040762-A, irretocável a sentença quanto aos tributos devidos pelas diferenças entre entradas e saídas, conforme decidido:

Dos 040761-A e 040762-A

Quanto aos AI's nº 040761-A e 040762-A, salienta o embargante que estes foram lavrados em razão da emissão de cheques sem fundo para pagamento do ICMS. Sustenta ser incabível a multa, ante a dificuldade financeira pela qual passava, bem como em razão de o pagamento frustrado ter ocorrido no mesmo mês em que deferido pedido de concordata preventivo por ele formulado, não tendo ele agido com dolo.

A despeito das alegações do embargante, não há motivos para o afastamento da multa aplicada.

Primeiramente, saliento que em nenhum momento o embargante nega que tenha emitido cheque sem fundo, de forma que a emissão corresponde a fato incontroverso. Nesse sentido, nada há que se analisar quanto à legitimidade ou não do cheque.

Em um segundo momento, há de se pontuar que a simples dificuldade financeira do embargante, com o deferimento de concordata preventiva, não legitima a emissão de cheque sem fundo, como faz crer o contribuinte, já que a situação do contribuinte em nada influencia no lançamento do crédito devido.

Tendo ocorrido o fato gerador do tributo, a cobrança dos valores relativos a tal tributo é imperativa, competindo ao contribuinte buscar quitar o valor devido ou pleitear medidas outras como o parcelamento, etc. Caso se justificasse que a situação financeira do embargante legitimasse a emissão de cheque sem fundo e, em decorrência de tal fato, o fisco restaria impossibilitado de lavrar auto de infração ante o não recebimento de seu crédito,

se justificaria, dessa forma, que a prática de uma irregularidade pelo contribuinte poderia autorizar o não pagamento do tributo devido pelo mesmo, o que, por si só, é um absurdo.

Assim, é certo que a simples situação financeira do embargante não implica a nulidade do auto de infração, como faz crer o embargante, apenas se justificando a declaração de nulidade no caso de se constatar a irregularidade do mesmo.

Nesse tocante, cumpre salientar que não vislumbro qualquer irregularidade nos autos de infração sob análise.

Especificamente no tocante ao AI nº 040761-A, frisa-se que se encontra adequada a autuação, até mesmo ante o previsto nos art. 12 e 13 da Lei nº 1.963/99, que preveem que somente se legitima a utilização de crédito presumido pelo contribuinte do ICMS no caso de recolhimento do FUNDERSUL. Assim, como constatado pelo fisco a ausência de recolhimento de tal contribuição em razão do pagamento por meio de cheque sem fundo, é certo que se legitima a autuação, ante a utilização indevida do crédito presumido.

Da mesma forma, no tocante ao AI nº 040762-A, é certo que em não havendo o recolhimento de ICMS incidente no transporte interestadual, legitima-se a lavratura de auto de infração para o recebimento do crédito.

Desta feita, irregularidade não há, a manutenção dos autos e das multas impostas sendo medidas que se impõem.

Em relação aos AI's nº 040761-A e 040762-A, lavrados em razão da emissão de cheques sem fundo para pagamento do ICMS, aduz a apelante ser incabível a multa, ante a dificuldade financeira pela qual passava, bem como em razão de o pagamento frustrado ter ocorrido no mesmo mês em que deferido pedido de concordata preventivo por ela formulado.

Embora a apelante alegue dificuldade financeira, corroborada pelo fato de ter sido deferida a concordata preventiva, tal fato não legitima a emissão de cheque sem fundo, mesmo que emitido sem dolo, já que a sua situação financeira não implica a nulidade das infrações.

Logo, sendo constatado pelo fisco a ausência de recolhimento do tributo em razão de pagamento por meio de cheque sem fundo, vislumbra-se ser legítima a autuação.

Portanto, os tributos são devidos, excluídos os juros e a multa, como será visto em tópico próprio.

Dos Autos de Infração nº 040755-A (CDA nº 282/2007) e 040759-A (CDA 277/2007)

Segundo a sentença e indicação da Fazenda Pública, as CDA's 282 e 271, são referentes aos Autos de Infrações nº 040755-A e 040759-A, respectivamente, e com relação a estas a sentença recorrida assim decidiu:

Dos AI's nº 040755-A e 040759-A

Assevera o embargante que os AI's nº 040755-A e 040759-A devem ser anulados, em razão de não terem restado configuradas as omissões de entrada e saída discriminadas nos autos de infração, bem como em razão de haver incongruência na conduta do fisco, que em períodos semelhantes apurou tanto omissões de entrada de produtos quanto de saída dos mesmos.

Analisados os processos administrativos juntados aos autos (f. 3968-4450 e 1471-2420), tenho que as alegações do embargante não procedem.

No tocante ao AI nº 040755-A, (f. 3968-4450), saliento que apesar de o embargante asseverar que o fisco deixou de considerar que ele fazia constar nas notas fiscais de entrada apenas o peso do boi vivo aproveitável e que, diante de tal fato, havia a possibilidade de as saídas serem maiores às previamente constatadas, ante o aproveitamento maior das carcaças, tal alegação não possui o condão de afastar a multa aplicada.

Ora, é certo que é de praxe que quando da entrada de carcaças no estabelecimento do embargante que a entrada seja calculada segundo critérios imprecisos, relativo ao percentual médio de boi vivo aproveitável. A apuração das entradas na forma especificada ocorre em uma grande variedade de estabelecimentos, fato que, às vezes, seja mediante o aproveitamento a maior ou o subaproveitamento da carcaça, leva à diferenças de entrada e saída.

Ocorre, contudo, que apesar de a princípio ser possível que haja diferenças, em razão de as entradas serem calculadas de acordo com critérios inexatos relativos ao percentual do peso de boi vivo aproveitável, é certo que, posteriormente, em sendo constatado pelo devedor o aproveitamento a maior da carne do boi, ou seja, o rendimento maior da carcaça, incumbe ao próprio contribuinte regularizar a documentação de entrada, de forma que não persistam as diferenças.

Ademais, frisa-se que o fisco, quando da fiscalização, leva em consideração a possibilidade de certa margem de erro ante a utilização dos índices em questão, apenas atuando o contribuinte nos casos em que verifica haver efetivamente uma grande diferença entre as entradas e saídas.

No caso, verifico que além de as diferenças apuradas serem superiores à habitualidade, o embargante não tomou qualquer medida para espontaneamente regularizar sua situação perante o fisco, fato que por si só legitima a aplicação de penalidade administrativa prevista no art. 117, IV, “a”, da Lei 1.810/97, em razão do descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 90, I, da mesma lei, já que não houve a correta emissão das notas fiscais de entrada de produtos no estabelecimento do embargante.

Insta frisar, nesse ponto, que não vislumbro qualquer irregularidade na conduta do fisco na presente hipótese, tendo o auto sido lavrado com base em dados concretos, mediante a comparação de entradas e saídas e a consequente constatação da existência de diferenças. Como indicado no auto, “a fiscalização comparou em cada período, o total dos pesos dos produtos originários das carcaças saídos do estabelecimento, com o total dos pesos das carcaças entradas no mesmo período. A diferença foi atribuída a entradas sem documentação fiscal” (f. 3970), o que legitimou a aplicação da multa administrativa em razão do descumprimento de obrigação acessória pelo embargante.

O fisco, ainda, apresentou demonstrativos detalhados dos movimentos de entrada e saída dos produtos do estabelecimento da autuada (f. 3974-3982). Dessa forma, tenho que não há qualquer irregularidade na hipótese do auto sob apreciação.

Saliento que o levantamento específico realizado pelo fisco, este baseado na comparação de notas fiscais de entrada e saída, apenas pode ser anulado com base em provas contundentes, o que o embargante não logrou êxito de demonstrar nos autos. Desta feita, não havendo erros na autuação e não tendo o embargante demonstrado cabalmente que a impossibilidade de ser multado, em razão do correto cumprimento de todas as suas obrigações, não há que se falar no afastamento da multa imposta.

Do mesmo modo, com relação ao AI nº 040759-A (f. 1471-2420), friso que a despeito de o embargante salientar que não houve omissões de saídas, mas sim apenas diferenças decorrentes do fato de que as saídas se referiam apenas a subprodutos bovinos e que, por tal motivo, as saídas foram em quantidade menor que as entradas de carcaças, tal alegação também não possui qualquer razão de ser, não tendo ela sido comprovada nos autos.

Ora, do mesmo modo que no tocante ao AI nº 040755-A, verifico que o fisco atuou de forma regular na hipótese, tendo apresentado detalhadamente os movimentos de entrada e saída de produtos do estabelecimento do embargante (f. 1476-1481), comparado as notas fiscais de entrada e saída e, com base nas informações obtidas, constatado diferenças entre tais entradas e saídas, no presente caso tendo-se observado que a quantidade de produtos que saíram do estabelecimento do embargante no período era maior que a quantidade de produtos que entrou em seu estabelecimento.

Em razão de tal fato, presumiu-se haver omissões de saídas e aplicou-se multa em desfavor do embargante.

Apesar de o embargante asseverar que o lançamento se referia apenas à saída de subprodutos bovinos, o que efetivamente leva à saída de produtos em quantidade menor que à quantidade de produtos que entraram no estabelecimento, verifico que não foi juntada qualquer prova nos autos nesse sentido, fato que poderia ser comprovado, por exemplo, com a apresentação das notas fiscais ou os registros de saída de produtos do estabelecimento.

É certo que a presunção de omissões de saídas poderia ser afastada mediante prova cabal do embargante em sentido contrário. Contudo, como essas não foram produzidas, não há qualquer motivo para a anulação da autuação.

Por fim, salienta-se que não há incongruências entre os dois autos de infração sob análise, apesar das alegações do embargante nesse sentido. Isso porque os autos, a despeito de se referirem ao mesmo período de fiscalização (01/04/2000 a 30/09/2000), se referem a diferenças de entrada e saída constatadas em quinzenas distintas em cada mês. O que se observa é que as infrações se referem a distintos períodos de apuração, tendo em vista que em um mesmo mês foram constatadas tanto omissões de entrada quanto de saída pelo fisco, legitimando-se a aplicação de multa tanto pelo descumprimento de obrigação acessória relativa à ausência de registro de entradas, como pela omissão na declaração de saídas efetuadas.

Assim, tenho que não há quaisquer irregularidades nos autos de infração sob análise, a manutenção das multas constituindo medida que se impõe.

Apenas há um reparo a ser feito neste tópico, pois independentemente da Certidão de Dívida Ativa de nº 282/2007 (f. 54 dos autos da Execução Fiscal), se referir a qualquer dos Autos de Infração (caso não seja referente ao Auto de Infração apontado pela sentença ou pelas partes), é certo que ela diz respeito tão somente à cobrança de multa, que será tratada (e afastada) em tópico diverso, mantendo-se porém, os tributos de quaisquer das CDA's que aparelharam a Execução fiscal.

No tocante ao Auto de Infração nº 040755-A (f. 1.489-1.4791), sustenta que as diferenças entre entradas e saídas apuradas pelo fiscal tributário seriam normais para o tipo de atividade que exercia (frigorífico), pois na entrada leva-se em consideração o peso do boi vivo aproveitável (cerca de 52%), porém, às vezes, o rendimento é superior.

Quanto ao Auto de Infração nº 040759-A (f. 1.473-1.476), o argumento é no sentido contrário, de que há diferenças na quantidade de entrada e saída, porque se deve levar em conta que no processamento das carcaças há queda na proporção, sendo compreensível a diferença.

Todavia, embora na saída muitas vezes conste rendimento superior ao da entrada ou vice-versa, cabe ao contribuinte, após verificar essa alteridade, regularizar a documentação e recolher o tributo referente a essas diferenças.

Especificamente quanto ao Auto de Infração de nº 040759, ao contrário do argumentado, o fisco não desconsiderou os miúdos e outros subprodutos ao fazer o cotejo entre as notas fiscais de entrada (de gado) e de saída (de produtos), pois no AI consta, pormenorizado, todos os subprodutos oriundos do processamento do animal, tais como, carne com osso, couro, carne industrializada, farinha de osso, miúdos, farinha de sangue, sebo e etc.

Assim, em que pese as alegações da apelante, verifica-se que este não tomou qualquer providência para regularizar sua situação perante o fisco estadual mesmo ciente das diferenças na entrada e saída, logo, resta evidenciada a legalidade da aplicação de penalidade administrativa em razão do descumprimento da obrigação acessória prevista, já que não houve a correta emissão das notas fiscais de entrada de produtos no estabelecimento da apelante.

Dos Autos de Infração nº 040760-A (CDA 278/2007), 040758-A (CDA 279/2007)

Segundo a sentença e indicação da Fazenda Pública, as CDA's 278 e 279, são referentes aos Autos de Infrações nº 040760-A e 040758-A, e considerando que foram mantidos os tributos referentes às diferenças entre entrada e saída, a sentença deve ser mantida como bem asseverou o juízo *a quo*:

Dos AI's nº 040760-A e 040758-A

Requer o embargante também seja declarada a nulidade dos AI's nº 040760-A e 040758-A.

Em que pese seu pleito, entretanto, tenho que não há nulidade nas hipóteses em questão.

Primeiramente, no tocante ao AI nº 040760-A, tenho que o fato de o embargante não ter juntado aos autos a íntegra do processo administrativo resultante de tal AI por si só já impediria o reconhecimento de qualquer nulidade, ante a impossibilidade de analisar todo o processo administrativo para se apurar a existência de eventuais nulidades. Entretanto, em que pese a não juntada do processo administrativo, é possível produzir juízo de mérito quanto ao auto sob discussão, em razão se verificar que o embargante, na inicial, não impugna o auto em si, mas sim apenas sustenta que a cobrança efetuada em referido auto é ilegítima em razão de ele decorrer dos AI's nº 040755-A e 040759-A, que na visão do embargante são nulos.

No caso, contudo, consoante visto no tópico anterior dessa sentença, não há irregularidades nos autos de infração nº 040755-A e 040759-A, fato que legitima, pois, a lavratura de auto pelo qual se promove a cobrança de créditos decorrentes das irregularidades em tais autos apontadas.

Ademais, salienta-se ser legítima a cobrança de créditos decorrentes do não recolhimento do Fundersul, visto que uma vez que o embargante apura o tributo de forma indevida, mediante a adoção do regime de créditos presumidos sem o pagamento da contribuição do FUNDERSUL (que constitui requisito essencial para a utilização de tal benefício), legitima-se a autuação do fisco e, conseqüentemente, a aplicação de multa em desfavor do contribuinte.

Assim, no tocante ao AI nº 040760-A, tenho que não há que se falar em sua nulidade, seja em razão de os argumentos utilizados pelo embargante não justificarem sua anulação, seja em razão da impossibilidade de análise na íntegra de referido auto, por ele não ter sido juntado ao presente feito pelo embargante.

Noutro norte, com relação ao AI nº 040758-A, há de se fazer algumas considerações para a análise de sua regularidade/nulidade.

Em referido auto, observo que o fisco aplicou multa em desfavor do embargante em razão da ausência de recolhimento de ICMS ante a utilização de inadequada base de cálculo pelo contribuinte. Como destacado no AI, o embargante "Inseriu elementos inexatos nos cálculos para apurar o saldo de ICMS de cada período resultando diferenças não recolhidas conforme demonstrativos anexos; não apresentou as memórias de cálculos na quais se baseou para a elaboração das GIAS. A fiscalização utilizou os dados constantes das notas fiscais de entradas e de saídas; calculou os créditos presumidos de acordo com a legislação em vigor; apuradas as saídas de ICMS a recolher, comparou-as com as somas dos DAEMS quitados referentes aos períodos analisados; as insuficiências de recolhimento foram atribuídos a erros de apuração ou de recolhimento constituindo infrações às normas legais relativas à apuração e recolhimento do imposto" (f. 2424).

Em que pese tenha o embargante salientado que a fiscalização deixou de demonstrar exatamente onde foram constatados os erros na escrituração dos saldos de ICMS, tenho que tal alegação não procede.

Ora, verifica-se da análise do processo administrativo juntado às f. 2423-2994, que há a discriminação pormenorizada das irregularidades constatadas, havendo a indicação precisa de qual o valor declarado pelo contribuinte e qual o valor do ICMS efetivamente devido, como se observa dos extratos de f. 2429-2433 e 2437-2559.

Ainda, frisa-se que em nenhum momento o embargante buscou demonstrar nos autos do processo administrativo a regularidade de sua conduta e a apuração correta do ICMS devido, ônus este que lhe incumbia, ante a presunção de legitimidade da atuação fiscal. Desta feita, não há que se falar em ausência de identificação dos erros de escrituração fiscal, não havendo, pois, que se falar na nulidade dos autos de infração em questão.

Com relação aos Autos nºs 40758-A e 40760-A (f. 1.496-1.498), verifica-se que o fisco autuou a apelante em razão de irregularidade no recolhimento da contribuição do Fundersul, pois recolheu o ICMS mediante adoção do regime de crédito presumido.

Segundo art. 13, Lei nº 1.963/99, para os estabelecimentos frigoríficos poderem utilizar o crédito presumido do ICMS, devem recolher contribuição ao Fundersul. Inclusive, o § 1º do referido artigo dispõe que a falta de recolhimento veda ao estabelecimento a fruição do benefício do crédito presumido, vejamos:

Art. 13. A utilização do crédito presumido referido no artigo anterior:

I - está condicionada ao recolhimento obrigatório de importância equivalente a até cinquenta por cento do valor do imposto efetivamente devido, a título de contribuição destinada à construção, manutenção, recuperação e melhoramento de rodovias estaduais, independentemente do recolhimento do valor do tributo ao Tesouro Estadual;

II - depende de autorização expressa da Secretaria de Estado de Fazenda, observado percentual máximo a ser estabelecido no Regulamento. (Redação do inciso dada pela Lei nº 4916 DE 06/09/2016).

§ 1º A falta do recolhimento da contribuição referida no inciso I do caput veda ao estabelecimento frigorífico utilizar o crédito presumido a que se refere o artigo anterior.

§ 2º Os estabelecimentos frigoríficos inadimplentes com suas obrigações tributárias podem ser excluídos da fruição do benefício, não implicando, porém, essa exclusão, na supressão do crédito presumido aos demais.

No caso, verifica-se que o fisco autuou a apelante em razão da falta de comprovação do recolhimento de parcela de contribuição para o Fundersul, em razão do recolhimento a menor do crédito presumido.

A contribuição denominada Fundersul é calculada com base nos recolhimentos do ICMS, então verificando o fisco que a apelante recolheu a menor o tributo, alicerçado nos Autos de Infração 040755-A e 040759-A, correto os autos de infração que deflagraram a ausência de recolhimento da contribuição.

Ademais, como ressaltado pelo sentenciante (f. 4.467), em nenhum momento a apelante buscou demonstrar nos autos do processo administrativo a regularidade de sua conduta e a apuração correta do ICMS devido, ônus este que lhe incumbia, ante a presunção de legitimidade da atuação fiscal.

Das multas e juros contra a Massa Falida

Assim foi consignado na sentença recorrida:

Da incidência de multa moratória e juros moratórios após a decretação da falência do embargante

Sustentou que em razão de ter sido decretada sua falência, devem ser excluídos do montante dele exigido a multa moratória e os juros moratórios.

Nesse tocante, insta frisar que sequer é exigida multa moratória nos autos em apenso, não havendo que se falar no seu afastamento.

Com relação aos juros, por outro lado, salienta-se que ao embargante assiste razão apenas em parte, já que apesar de os juros não poderem ser cobrados tal como efetuado no presente feito, não há como se determinar seu completo afastamento.

Ora, o art. 124 da Lei de Falências não estabelece que após a falência os juros não são mais exigíveis, mas sim esclarece que eles apenas podem ser cobrados da massa falida após o pagamento, inclusive, dos credores subordinados. Dessa forma, os juros continuam a incidir, apenas estando sujeitos à regra do art. 124 da Lei de falências acima referida, que disciplina a preferência de créditos.

Dessa forma, não deve ser excluído do cálculo os juros apresentados, apenas devendo ser discriminado no cálculo qual o valor do débito principal atualizado somado ao valor dos juros devidos até a data da falência e qual o valor dos juros incidentes a partir da decretação da falência.

Saliento que eventual discussão acerca da ordem de exigibilidade dos créditos deverá ser realizada nos autos do processo falimentar, não cabendo o pronunciamento deste juízo quanto à questão. Certo é que o débito exigido no feito executivo em apenso, inclusive os juros após a decretação da falência, são devidos, a discussão relativa a qual crédito poderá ser exigido antes dos demais créditos devendo ser realizada no processo falimentar.

Dessa forma, os juros devem ser mantidos, o embargado apenas devendo discriminar na ação executiva em apenso qual o montante dos juros exigidos após a decretação da falência, considerando que tal crédito não gozará da preferência que detém a Fazenda Pública não recebimento de seus créditos.

Sustenta que em razão de ter sido decretada sua falência, devem ser excluídos do montante dele exigido, a multa moratória e os juros moratórios.

Consta dos autos que a falência da empresa Frigoverdi S/A foi decretada em 24/09/2001, sendo aplicável, então, o Decreto-Lei nº 7.661/45.

Sobre esta questão, dispõe o art. 23, parágrafo único, III, e art. 26 do decreto citado que:

Art. 23. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos.

Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

(...)

III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas;

Art. 26. Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.”

Pelo exposto, nota-se que os juros de mora não se incluem no crédito habilitado em falência, sendo pagos apenas na eventualidade de suficiência do ativo.

No caso vertente, portanto, os juros de mora são devidos a partir do vencimento da obrigação tributária somente até a data da declaração da falência (24/09/01), por já integrarem o débito.

Nesse sentido, o entendimento das Cortes Superiores:

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – MASSA FALIDA – MULTA FISCAL – ISENÇÃO – JUROS DE MORA POSTERIORES À QUEBRA – INCIDÊNCIA CONDICIONADA À SUFICIÊNCIA DO ATIVO 1. O STJ tem decidido que, apesar de o crédito tributário não estar sujeito à habilitação em falência, nos termos dos arts. 187 do CTN e 5º da LEF, a multa moratória, por constituir pena administrativa, não incide no processo falimentar (EREsp 491.089/PR). 2. No que pertine aos juros de mora, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que são exigíveis até a decretação da quebra e, após esta, ficam condicionados à suficiência do ativo da massa. 3. Recurso especial não provido. (STF Resp 974.224, 1ª Turma, Rel.ª Eliana Calmon, j.09/08/2008, DJU 07/10/2008)

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – FALÊNCIA – MULTA E JUROS DE MORA – SÚMULA Nº 565/STF – PRECEDENTES. 1. A multa moratória, por constituir pena administrativa, não incide contra a massa falida. Aplicabilidade das Súmulas 192 e 565/STF. 2. Após a data da decretação da falência, os juros moratórios apenas serão devidos se houver sobra do ativo apurado para o pagamento do principal. Precedentes. 3. Recurso especial provido. (STJ Resp 1029150/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j.06/05/2010)

Portanto, quanto aos juros não há qualquer reparo a ser feito, porque já ressaltado na sentença que os juros moratórios não devem ser excluídos, apenas devendo ser discriminado no cálculo qual o valor do débito principal atualizado somado ao valor dos juros devidos até a data da falência e qual o valor dos juros incidentes a partir da decretação da falência.

Por outro lado, com relação às multas, de fato, como consignado na sentença, sequer estavam sendo exigidos das Certidões de Dívida Ativa 277/2007, 278/2007, 279/2007, 280/2007 e 281/2007, conforme cálculos rerepresentados na Execução Fiscal em apenso (f. 49-54).

Porém, a CDA 282/2007, somente se refere a multa tributária, devendo esta ser totalmente afastada, a teor dos artigos 23, parágrafo único, III, do Decreto-lei 7.661/45 e 112 do Código Tributário Nacional, Súmulas 192/STF e 565/STF, e em consonância com a jurisprudência do egrégio STF.

Eis o teor dos dispositivos, Súmulas mencionadas, e julgados colhidos:

Art. 23. Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

(...)

III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dívida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Súmula 192/STF: “Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa”.

Súmula 565/STF: “A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado na falência”.

Com efeito, o princípio contido na “Lei de Falências” é o de que não se deve prejudicar a massa. Assim, assegura-se o crédito devido, e não as sanções de natureza administrativa, seja moratória, seja punitiva, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores apenas excepciona as multas de caráter indenizatório (somente trabalhistas), que não é o caso dos autos.

Verifica-se inclusive, que o afastamento da multa se dá já quando da concessão da concordata. Nesse sentido:

Tributário – Comercial – Concordata – Multa Fiscal – Não Incidência – Do contribuinte em regime de concordata, não se pode cobrar multa, proveniente de infração fiscal. Aplicação do Art. 112 do CTN. - Ressalva do entendimento do relator. (REsp 140.577-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU de 2.8.99) – destacamos

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – FALÊNCIA – MULTA MORATÓRIA – AUSÊNCIA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA

282/STF. 1. Não se pode conhecer da insurgência contra a ofensa aos arts. 128, 460 e 515 do CPC de 1973 e ao art. 29 da Lei 6.830/1980, pois os dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem. Dessa forma, não se pode alegar que houve presquestionamento da questão, nem ao menos implicitamente. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 2. **O Tribunal de origem julgou a lide em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a multa administrativa imposta em decorrência de infringência às normas que regem o abastecimento nacional de combustíveis não pode ser exigível da massa falida, tendo em vista o disposto no art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei 7.661/1945.** 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp 1718851 / SP, Relator(a) Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Data do Julgamento 03/05/2018, DJe 23/11/2018) - destacamos

Assim, a sentença fica parcialmente reformada, afastando a multa contida em todas as Certidões de Dívida Ativa executadas, com destaque para a CDA 282/2007, porque indevida.

Da alegada correção da base de cálculo para incidência do imposto (somente sobre a diferença, ou seja, sobre o valor agregado)

Também merece reparo a Execução Fiscal e CDA's no que se refere à incidência dos tributos devidos, na medida em que o sistema de crédito ou de não cumulatividade do ICMS permite que haja compensação do imposto, isto é, garante ao sujeito passivo ou àquele que recebe as mercadorias ou produtos o direito de se creditar do imposto que foi anteriormente cobrado em operações envolvendo a entrada de mercadorias.

Sendo assim, se já recolhido parte do imposto sobre certos valores na cadeia, no momento do acerto de contas junto ao Fisco Estadual, obviamente que não será devido o tributo sobre toda a operação, pois já tinha um direito contabilizado anteriormente (recolhimento sobre o bruto da operação informado pela apelante, ainda que diverso do realmente devido), apenas tendo a obrigação de desembolsar o tributo sobre a diferença, ou seja, sobre o valor agregado às mercadorias.

Destaca-se mais uma vez, que isso só aplica se efetivamente já houve algum recolhimento prévio e parcial do imposto, pois, obviamente se nada foi pago, o imposto de fato incidirá sobre o total da operação

Grosso modo, se comprou (entrou) por R\$ 100,00, recolheu sobre R\$ 100,00, e vendeu (saída) por R\$ 150,00, agregou R\$ 50,00, de maneira que o débito (tributo não recolhido), será sobre essa diferença.

Obviamente que o recolhimento da diferença deveria ter sido realizado imediatamente, mas é justamente, objeto da Execução.

Regularização do feito

Por fim, aduz a apelante que o feito deve ser extinto, porquanto até o presente momento a Fazenda Pública não regularizou o feito, visto que consta nas CDA's Frigoverdi S/A, sendo que o correto seria constar Massa Falida do Frigverdi S/A. Subsidiariamente, pede que o embargado/exequente seja intimado para substituir as CDA's e emendar a inicial.

Nas CDA's e na inicial da execução fiscal, constou como sujeito passivo/executada, a sociedade empresária sem a indicação regular da massa falida.

Todavia, tal fato não enseja a nulidade da execução, porquanto se trata de mera irregularidade, conforme se vê dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO EMBARGADO ASSENTADO EM PREMISSA FÁTICA EVIDENTEMENTE EQUIVOCADA – EXECUÇÃO FISCAL – EMPRESA EXECUTADA – FALÊNCIA DECRETADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO – ALTERAÇÃO DO SUJEITO

PASSIVO – INEXISTÊNCIA – MERA RETIFICAÇÃO – POSSIBILIDADE – ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS. [...] 3. Esta Turma, ao julgar o REsp 1.192.210/RJ (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.2.2011), deixou consignado que a mera decretação da falência não implica extinção da personalidade jurídica da empresa. Por meio da ação falimentar, instaura-se processo judicial de concurso de credores, onde será realizado o ativo e liquidado o passivo, para, ao final, em sendo o caso, promover-se a dissolução da pessoa jurídica, com a extinção da respectiva personalidade. A massa falida não detém personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária - isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário. Trata-se de universalidade que sucede, em todos os direitos e obrigações, a pessoa jurídica. Portanto, não se trata de alteração do sujeito passivo. Na realidade, a hipótese mais se aproxima da retificação do sujeito passivo apontado como réu, requerido ou executado, de modo que é plenamente aplicável a regra do art. 284 do CPC. Em outras palavras, há simples irregularidade na petição inicial, de modo que é vedada a decretação da extinção do feito sem que a parte seja intimada para providenciar a retificação. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (EDcl no REsp 1359259/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 07/05/2013)

Deste modo, como realmente até o presente momento não foi regularizado o polo passivo da ação executiva, determino o prosseguimento do feito com a intimação da Fazenda Pública exequente para promover a substituição das CDA's e a modificação do polo.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao presente recurso, para determinar a exclusão, nos cálculos exequendos, de qualquer multa (seja moratória, seja punitiva), contida nas Certidões de Dívida Ativa que instruíram a Execução Fiscal, bem como dos juros de mora incidentes após a decretação da falência, em 24/09/2001, salvo se o ativo apurado bastar para o pagamento do principal e ainda, que a cobrança dos tributos de fato devidos deverão incidir sobre as diferenças, cujo imposto não foi recolhido devidamente, ou seja, sobre os valores “agregados” na operação, e não sobre o total das operações (exceto se absolutamente nada foi recolhido, obviamente), sob pena de cobrança *bis in idem*, devendo o Estado de Mato Grosso do Sul ser intimado para regularização das CDA's e do polo passivo na inicial, nos termos da fundamentação supra.

Mantenho a sucumbência tal como lançada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer, 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 Absz Duarte.

Campo Grande, 12 de junho de 2019.

1ª Seção Cível

Ação Rescisória nº 1402621-48.2018.8.12.0000 - Dourados

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO EM 11.10.2016 – DPVAT – REVELIA DA SEGURADORA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CONDENAÇÃO DA REQUERIDA NO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA QUANTIA SEGURADA PARA INVALIDEZ PARCIAL (MEMBRO SUPERIOR DIREITO), COM ABATIMENTO DO VALOR RECEBIDO ADMINISTRATIVAMENTE – FALTA DE ANÁLISE DO GRAU DE INVALIDEZ (PROPORCIONALIDADE DA LESÃO) – INEXISTÊNCIA DE RECURSO DA SEGURADORA – VIOLAÇÃO LITERAL A NORMA JURÍDICA (ART. 3º, II, § 1º, E II, DA LEI FEDERAL Nº 6.194/74; ART. 464, § 1º, I, CPC/2015, E SÚMULA 474 DO STJ) – NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA RESCINDENDA, A FIM DE QUE SEJA REALIZADA PERÍCIA MÉDICA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Em caso de revelia, não obstante a disposição da norma do art. 344 do CPC/2015, a presunção da veracidade dos fatos alegados na inicial é relativa e não absoluta, a ponto de implicar em automático julgamento da procedência do pedido inicial, sobretudo quando a prova do fato depender de conhecimento técnico especial [perícia] (art. 464, § 1º, I, CPC/2015), cabendo “*ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*” (art. 370, caput, CPC/2015).

Procedência do pedido formulado na ação rescisória, por violação literal a norma jurídica, com rescisão da sentença, para que seja realizada a indispensável perícia, proporcionando, assim, a aplicação da tabela prevista na Lei Federal nº 6.194/74 (art. 3º, II, § 1º, e II, da Lei Federal nº 6.194/74) e da Súmula nº 474 do STJ, segundo a qual “*a indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez*” (graduação da lesão).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 1º de abril de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, com fulcro no art. 966, inciso V, e § 5º, do CPC/2015, ajuíza a presente ação rescisória, com pedido de liminar, em face de Nicoli Eloise Correa de Souza, menor impúbere, objetivando rescindir sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, em decorrência da revelia da seguradora (autora), sem determinar a realização de perícia, julgou parcialmente procedente pedido formulado pela ora requerida em ação de cobrança de seguro obrigatório (Autos 0802570-17.2017.8.12.0002), com base em acidente de trânsito ocorrido 11.10.2016.

Esclarece que, na referida sentença,

“(...) o magistrado acabou decretando a revelia da seguradora e julgou parcialmente procedente a ação, condenando-a ao pagamento do valor de R\$ 4.762,93 (valor máximo indenizável para membro superior direito [atualizado] – R\$ 9.487,93 –, abatido o valor de R\$ 4.725,00, recebido administrativamente), corrigidos desde o pagamento administrativo e juros a contar da citação, além de honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da condenação” (f. 2).

Acrescenta que da sentença não foi interposto recurso de apelação, tendo este transitado em julgado em 31.10.2017, ocasião em que a autora iniciou a execução da sentença, no valor de R\$ 5.569,66, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10%, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, *“porém, não houve”* (sic – f. 2).

Assegura que os autos se encontram, atualmente, com prazo para a seguradora efetuar o pagamento da condenação, conforme petição e documentos juntados (f. 97-101).

Aduz que a sentença rescindenda violou expressamente os artigos 3º, II, § 1º, e II, da Lei nº 6.194/74; 345, III e IV; 370, *caput*, e 464, § 1º, todos do CPC, além de não observar a Súmula nº 474 do STJ, no tocante à não aplicação da graduação sobre o membro lesionado, independentemente da incidência dos efeitos da revelia, já que se tratava de questão técnica, a qual somente seria passível de se dirimir mediante prova pericial.

Adiciona que a prova pericial e a consequente graduação da lesão não podem estar condicionadas aos efeitos da revelia, seja porque o destinatário da prova é o juiz (e este precisa de elementos concretos e robustos para aferir o quadro clínico da parte autora), seja ainda porque a presunção (relativa) aplicável à revelia está adstrita somente aos fatos e não ao direito, e, sabendo que existem normas imperativas acerca da aplicação da graduação, não poderia o julgador desprezar à subsunção do caso à extensão da lesão.

Assevera que não houve qualquer valoração quanto ao grau e à extensão das lesões da requerida (especialmente, quanto a eventual agravamento, uma vez que já houve pagamento na esfera administrativa), preferindo o julgador aplicar a integralidade da verba, ao invés de instruir o feito, com a realização de perícia médica judicial, porquanto não havia nenhum documento juntado nos autos que pudesse identificar o percentual da perda, e, conseqüentemente, a plausibilidade no pagamento integral da cobertura securitária tal como restou assentada na sentença.

Obtempera que não há qualquer margem para a discricionariedade do julgador, no que tange à aplicação da graduação da lesão, de modo que a subsunção aos critérios do pagamento proporcional, segundo a extensão do dano, era regra impositiva, portanto, sem qualquer vinculação com o comportamento das partes.

Assinala que os assuntos relativos ao acidente, bem como a existência de lesão (e não o seu agravamento) são fatos já superados, em vista da ocorrência de pagamento na esfera administrativa, todavia, o que inexiste nos autos, e que não foi minimamente provado pela requerida, é a existência de agravamento da lesão e a extensão dela, e, portanto, não passível de se cogitar a presunção relativa nesse ponto.

Requer o pedido de tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda, até que sobrevenha o julgamento final da presente ação, pois somente assim se pode evitar que a autora sofra prejuízos com o cumprimento da sentença rescindenda.

Requer a procedência do pedido, determinando-se a rescisão do julgado proferido, e, com isso, seja afastada a condenação no importe de R\$ 4.762,93, correspondentes ao remanescente da quantia atualizada de R\$ 9.450,00, determinando a realização de perícia médica judicial a fim de apurar o grau da extensão das lesões do requerido em consonância com o art. 3º, II, § 1º e II, a Lei nº 6.194/74 e Súmula 474 do STJ, perícia essa ancorada nos arts. 972 e 973, ambos do CPC.

Alternativamente, acaso não seja esse o entendimento deste Egrégio Tribunal quanto à realização de perícia médica, no atual momento processual, requer seja então anulado o capítulo em que se determinou o pagamento de R\$ 4.762,93, devendo, por conseguinte, ficar estabelecido que o adimplemento será feito em até R\$ 13.500,00 (abatendo o valor que foi pago no âmbito administrativo), a ser apurado em fase de liquidação de sentença.

Requer, por fim, no caso de ser rescindida a sentença, e, caso tenha havido algum tipo de pagamento no curso do processo principal relativo a honorários de sucumbência, pugna pela devolução dos mesmos, devidamente atualizados, conforme recente posicionamento adotado pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.549.836/RS.

Atribui à causa o valor de R\$ 5.569,66 (cinco mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e seis centavos), anexando aos autos os documentos de f. 16 a 117, bem como as guias de recolhimento de custas e depósito recursal de f. 120 a 129.

Requer, ainda, a devolução de diferença de “caução” (art. 968, II, CPC), no valor de R\$ 396,52, recolhida a maior, por equívoco, pois o valor correto (5% do valor da causa) é de R\$ 278,48, e não R\$ 675,00.

Ao receber a inicial, deferi, *initio litis*, a concessão de tutela de urgência, até o julgamento definitivo desta ação, com a suspensão do cumprimento da sentença manejado pelo requerido, considerando que a seguradora estava na iminência de sofrer constrição de seus bens; ordenei à autora o cumprimento do comando do art. 319, VII, do CPC/2015 (opção pela realização ou não de audiência de conciliação/mediação); determinei a citação da requerida; e, finalmente, indeferi o pedido de devolução de eventual diferença do valor da caução, uma vez que tal requerimento deverá ser feito pelas vias próprias, pois envolve terceiros estranhos à presente relação processual, podendo a autora optar por obter a restituição da referida importância ao final da demanda (f. 130-135).

Realizada a audiência de conciliação, as partes não chegaram a um consenso (f. 162-162).

Na sequência, a requerida ofertou resposta, impugnando, preliminarmente, o valor da causa, bem como requerendo a improcedência do pedido (f. 166-175).

Intimada para se manifestar sobre a resposta (f. 186), a autora deixou de oferecer réplica (cert. de f. 188).

Às f. 190-191, exarei despacho saneador, bem assim julguei improcedente a impugnação ao valor da causa, abrindo vista às partes para apresentação das razões finais. Dessa decisão, não houve recurso.

Apenas a seguradora, ora requerente, apresentou alegações finais (cert. de f. 195), por meio das quais reiterou as teses sustentadas na inicial, requerendo que as intimações processuais recaiam em nome da Dr^a Luciana Veríssimo Gonçalves, inscrita na OAB/MS nº 8.270, em virtude da contratação de serviço terceirizado para a leitura do Diário da Justiça (f. 193 e 194).

À f. 197, chamei o feito à ordem, para que os autos fossem encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, para colheita do parecer ministerial, pelo fato de que a autora ostenta a condição de menor impúbere.

A eminente Procuradora de Justiça, Dr^a Mara Cristiane Crisóstomo Bravo, apresentou parecer, manifestando-se pela procedência do pedido formulado na ação rescisória (f. 202-212).

VOTO

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

Dos fatos

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, com fulcro no art. 966, inciso V, e § 5º, do CPC/2015, ajuíza a presente ação rescisória, com pedido de liminar, em face de Nicoli Eloise Correa de Souza, menor impúbere, objetivando rescindir sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, em decorrência da revelia da seguradora (autora), sem determinar a realização de perícia, julgou parcialmente procedente pedido formulado pela ora requerida em ação de cobrança de seguro obrigatório (Autos 0802570-17.2017.8.12.0002), com base em acidente de trânsito ocorrido 11.10.2016.

Esclarece que, na referida sentença,

“(...) o magistrado acabou decretando a revelia da seguradora e julgou parcialmente procedente a ação, condenando-a ao pagamento do valor de R\$ 4.762,93 (valor máximo indenizável para membro superior direito [atualizado] – R\$ 9.487,93 –, abatido o valor de R\$ 4.725,00, recebido administrativamente), corrigidos desde o pagamento administrativo e juros a contar da citação, além de honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da condenação” (f. 2).

Acrescenta que da sentença não foi interposto recurso de apelação, tendo este transitado em julgado em 31.10.2017, ocasião em que a autora iniciou a execução da sentença, no valor de R\$ 5.569,66, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10%, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, *“porém, não houve”* (sic – f. 2).

Assegura que os autos se encontram, atualmente, com prazo para a seguradora efetuar o pagamento da condenação, conforme petição e documentos juntados (f. 97-101).

Aduz que a sentença rescindenda violou expressamente os artigos 3º, II, § 1º, e II, da Lei nº 6.194/74; 345, III e IV; 370, *caput*, e 464, § 1º, todos do CPC, além de não observar a Súmula nº 474 do STJ, no tocante à não aplicação da graduação sobre o membro lesionado, independentemente da incidência dos efeitos da revelia, já que se tratava de questão técnica, a qual somente seria passível de se dirimir mediante prova pericial.

Adiciona que a prova pericial e a consequente graduação da lesão não podem estar condicionadas aos efeitos da revelia, seja porque o destinatário da prova é o juiz (e este precisa de elementos concretos e robustos para aferir o quadro clínico da parte autora), seja ainda porque a presunção (relativa) aplicável à revelia está adstrita somente aos fatos e não ao direito, e, sabendo que existem normas imperativas acerca da aplicação da graduação, não poderia o julgador desprezar à subsunção do caso à extensão da lesão.

Assevera que não houve qualquer valoração quanto ao grau e à extensão das lesões da requerida (especialmente, quanto a eventual agravamento, uma vez que já houve pagamento na esfera administrativa), preferindo o julgador aplicar a integralidade da verba, ao invés de instruir o feito, com a realização de perícia médica judicial, porquanto não havia nenhum documento juntado nos autos que pudesse identificar o percentual da perda, e, conseqüentemente, a plausibilidade no pagamento integral da cobertura securitária tal como restou assentada na sentença.

Obtempera que não há qualquer margem para a discricionariedade do julgador, no que tange à aplicação da graduação da lesão, de modo que a subsunção aos critérios do pagamento proporcional, segundo a extensão do dano, era regra impositiva, portanto, sem qualquer vinculação com o comportamento das partes.

Assinala que os assuntos relativos ao acidente, bem como a existência de lesão (e não o seu agravamento) são fatos já superados, em vista da ocorrência de pagamento na esfera administrativa, todavia, o que inexistente nos autos, e que não foi minimamente provado pela requerida, é a existência de agravamento da lesão e a extensão dela, e, portanto, não passível de se cogitar a presunção relativa nesse ponto.

Requer o pedido de tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda, até que sobrevenha o julgamento final da presente ação, pois somente assim se pode evitar que a autora sofra prejuízos com o cumprimento da sentença rescindenda.

Requer a procedência do pedido, determinando-se a rescisão do julgado proferido, e, com isso, seja afastada a condenação no importe de R\$ 4.762,93, correspondentes ao remanescente da quantia atualizada de R\$ 9.450,00, determinando a realização de perícia médica judicial a fim de apurar o grau da extensão das lesões do requerido em consonância com o art. 3º, II, § 1º e II, a Lei nº 6.194/74 e Súmula 474 do STJ, perícia essa ancorada nos arts. 972 e 973, ambos do CPC.

Alternativamente, acaso não seja esse o entendimento deste Egrégio Tribunal quanto à realização de perícia médica, no atual momento processual, requer seja então anulado o capítulo em que se determinou o pagamento de R\$ 4.762,93, devendo, por conseguinte, ficar estabelecido que o adimplemento será feito em até R\$ 13.500,00 (abatendo o valor que foi pago no âmbito administrativo), a ser apurado em fase de liquidação de sentença.

Requer, por fim, no caso de ser rescindida a sentença, e, caso tenha havido algum tipo de pagamento no curso do processo principal relativo a honorários de sucumbência, pugna pela devolução dos mesmos, devidamente atualizados, conforme recente posicionamento adotado pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.549.836/RS.

Atribui à causa o valor de R\$ 5.569,66 (cinco mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e seis centavos), anexando aos autos os documentos de f. 16 a 117, bem como as guias de recolhimento de custas e depósito recursal de f. 120 a 129.

Requer, ainda, a devolução de diferença de “caução” (art. 968, II, CPC), no valor de R\$ 396,52, recolhida a maior, por equívoco, pois o valor correto (5% do valor da causa) é de R\$ 278,48, e não R\$ 675,00.

Ao receber a inicial, deferi, *initio litis*, a concessão de tutela de urgência, até o julgamento definitivo desta ação, com a suspensão do cumprimento da sentença manejado pelo requerido, considerando que a seguradora estava na iminência de sofrer constrição de seus bens; ordenei à autora o cumprimento do comando do art. 319, VII, do CPC/2015 (opção pela realização ou não de audiência de conciliação/mediação); determinei a citação da requerida; e, finalmente, indeferi o pedido de devolução de eventual diferença do valor da caução, uma vez que tal requerimento deverá ser feito pelas vias próprias, pois envolve terceiros estranhos à presente relação processual, podendo a autora optar por obter a restituição da referida importância ao final da demanda (f. 130-135).

Realizada a audiência de conciliação, as partes não chegaram a um consenso (f. 162-162).

Na sequência, a requerida ofertou resposta, impugnando, preliminarmente, o valor da causa, bem como requerendo a improcedência do pedido (f. 166-175).

Intimada para se manifestar sobre a resposta (f. 186), a autora deixou de oferecer réplica (cert. de f. 188).

Às f. 190-191, exarei despacho saneador, bem assim julguei improcedente a impugnação ao valor da causa, abrindo vista às partes para apresentação das razões finais. Dessa decisão, não houve recurso.

Apenas a seguradora, ora requerente, apresentou alegações finais (cert. de f. 195), por meio das quais reiterou as teses sustentadas na inicial, requerendo que as intimações processuais recaiam em nome da Dr^a Luciana Veríssimo Gonçalves, inscrita na OAB/MS nº 8.270, em virtude da contratação de serviço terceirizado para a leitura do Diário da Justiça (f. 193 e 194).

À f. 197, chamei o feito à ordem, para que os autos fossem encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, para colheita do parecer ministerial, pelo fato de que a autora ostenta a condição de menor impúbere.

A eminente Procuradora de Justiça, Dr^a Mara Cristiane Crisóstomo Bravo, apresentou parecer, manifestando-se pela procedência do pedido formulado na Ação Rescisória (f. 202-212).

Do direito

Muito embora o Juízo rescindendo tenha reconhecido que, nos casos em haja invalidez permanente, parcial ou total, haja a necessidade de indenização proporcional ao grau de lesão do segurado, nos termos da tabela prevista na Lei nº 6.194/74, no caso específico, em virtude da revelia da seguradora, houve por bem presumir, fictamente, independentemente de prova pericial, a invalidez permanente parcial completa, decorrente da limitação no membro superior direito da vítima, condenando a requerida, ora autora, no pagamento da indenização integral para esse tipo de lesão.

Ocorre, entretanto, que, em caso de revelia, não obstante a disposição da norma do art. 344 do CPC/2015, a presunção da veracidade dos fatos alegados na inicial é relativa e não absoluta, a ponto de implicar em automático julgamento da procedência do pedido inicial, sobretudo quando a prova do fato depender de conhecimento técnico especial [perícia] (art. 464, § 1º, I, CPC/2015), cabendo “*ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*” (art. 370, *caput*, CPC/2015).

Assim agindo, o magistrado de piso violou, expressamente, diversas normas jurídicas, conforme acima apontado, maculando a decisão de nulidade.

Extraem-se alguns trechos do bem lançado parecer da eminente Procuradora de Justiça, Dr^a Mara Cristiane Crisóstomo Bravo, que apontam para a necessidade de se rescindir a sentença combatida na inicial da ação rescisória:

(...)

O objeto dos presentes autos diz respeito à análise acerca da necessidade de rescisão da sentença proferida pelo Juízo da 5^a Vara Cível da comarca de Dourados nos autos da ação de cobrança de segurança securitária nº0802570-17.2017.8.12.0002, que determinou à autora o pagamento do valor remanescente do seguro DPVAT à ora requerida, sob a alegação de ofensa manifesta à disposição de lei.

Compulsando detidamente os elementos constantes dos autos, infere-se que a presente Ação Rescisória deve ser julgada procedente, na medida em que a decisão rescindenda, ao reconhecer a invalidez permanente parcial completa da requerida, sem que fosse realizada a perícia médica, e ao determinar à seguradora a complementação do pagamento do Seguro DPVAT, incorreu em violação manifesta à norma jurídica, notadamente aos arts. 3º, § 1º, inciso II da Lei nº 6.194/74 e à Súmula nº 474 do Superior Tribunal de Justiça, conforme passa a expor.

(...)

No caso dos autos, depreende-se que a requerida ajuizou a Ação de Cobrança nº 0802570-17.2017.8.12.0002, visando a condenação da seguradora ao pagamento da indenização referente ao seguro DPVAT.

Ocorre que no aludido feito, a seguradora, embora citada, deixou de apresentar contestação e se manifestar nos autos, tendo o magistrado a quo julgado a ação parcialmente procedente, e reconhecido de forma presumida a invalidez no membro superior direito da requerida, face à presunção de veracidade dos fatos alegados, decorrentes da revelia da seguradora.

(...)

Nesse contexto, cumpre observar que a decisão rescindenda violou manifestamente a norma do art. 3º, § 1º, inciso II, da Lei nº 6.194/74, bem como o entendimento firmado pela Súmula nº 474 do Superior Tribunal de Justiça, sendo descabido reconhecer o grau de invalidez para fins de pagamento do seguro DPVAT, com base apenas na presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte interessada, sem que houvesse sequer a realização de uma perícia médica, uma vez que o pagamento do seguro DPVAT deve ser efetivado de forma proporcional ao grau de invalidez:

(...)

Considerando que o pagamento de indenização do seguro DPVAT deve ser mensurado de forma proporcional ao grau de invalidez do beneficiário, não pode o juiz simplesmente, em decorrência da revelia da seguradora, atribuir aos fatos alegados na inicial a presunção de veracidade e fixar o quantum a ser pago, na medida em que se faz necessária a realização de uma perícia médica a fim de atestar o grau de invalidez, principalmente por demandar conhecimento especial técnico.

(...)

Importante destacar que a presunção de veracidade dos fatos alegados, decorrente da revelia, possui caráter relativo, não implicando necessariamente na procedência do pleito inicial. Sobre o tema, colhe-se da obra *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*:

(...) a presunção de veracidade, a que se refere o art. 344 apenas se opera em relação às alegações de fato que se revistam do requisito de credibilidade, que possam ser deduzidas

*da prova que existe nos autos (Arruda Alvim. Manual de Direito Processual Civil. 16 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 857). Em outras palavras, para se presumirem verdadeiros os fatos alegados pelo autor, em face da revelia do réu, devem os mesmos passar pelo crivo da plausibilidade ou verossimilhança acentuada, a partir da narração contida na petição inicial e dos elementos constantes dos autos. Dessa forma, não é porque o réu foi revel, que o juiz estará autorizado a julgar procedente o pedido do autor; de indenização por danos morais causados por suposto protesto de título que sequer minimamente restou comprovado.*¹

(...)

Infere-se, portanto, que a presente ação rescisória deve ser julgada procedente, na medida em que a decisão rescindenda, ao reconhecer a invalidez permanente parcial completa da requerida, sem que fosse realizada a perícia médica, e ao determinar à seguradora a complementação do pagamento do Seguro DPVAT, incorreu em violação manifesta à norma jurídica, notadamente aos arts. 3º, § 1º, inciso II, da Lei nº 6.194/74 e à Súmula nº 474 do Superior Tribunal de Justiça. (f. 205-212). Destaques meus e do original.

Inúmeros são os julgados dos tribunais, inclusive desta Corte, no sentido de que, em hipóteses semelhantes às destes autos, as sentenças condenatórias com base na revelia devem ser rescindidas, a exemplo da AR-1413726-61.2014.8.12.0000 (Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins); da AC-0800594-14.2013.8.12.0002 (Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte); da AR-1401413-34.2015.8.12.0000 (Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan); e da AR-1413833-03.2017.8.12.0000 (Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski), estes dois últimos acórdãos lavrados com as seguintes ementas, respectivamente:

(...) Se a sentença objeto de análise (...) condenou a seguradora ao pagamento da integralidade do valor do seguro DPVAT, evidente que violou a disposição do art. 3º, inciso II, e seu § 1º, incisos I e II, todos da Lei nº 6.194/74, com a redação dada pela Lei nº 11.945/2009, objeto de conversão da MP nº 451/2008.

Ação rescisória procedente, por violação literal de lei. (2ª Seção Cível, julgado em 9 de maio de 2016).

A revelia da parte não implica necessariamente a procedência do pedido, dada a presunção relativa da veracidade dos fatos alegados pelo autor na petição inicial, além de, por si só, não inviabilizar o ajuizamento da Ação Rescisória.

Deve ser rescindida, com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015, a sentença que condena a seguradora a complementar a indenização do seguro DPVAT até o valor máximo (R\$ 13.500,00), independentemente da prova da invalidez total ou permanente, ou do grau e extensão da invalidez do segurado, violando manifestamente norma jurídica, deixando de observar os ditames da Súmula nº 474 do STJ e art. 3º, inciso II, e § 1º, incisos I e II, da Lei nº 6.194/74 (3ª Seção Cível, julgado em 18 de outubro de 2018).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA – RECONVENÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO – REVELIA – PRESUNÇÃO RELATIVA – PRODUÇÃO DE PROVAS – POSSIBILIDADE – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA. I. A revelia, que decorre do não oferecimento de contestação, enseja presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na petição inicial, podendo ser infirmada pelos demais elementos dos autos, motivo pelo qual não acarreta a procedência automática dos pedidos iniciais. (REsp nº 1.335.994/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Terceira Turma).

Parte dispositiva

Ante todo o exposto, julgo procedente o pedido formulado nesta rescisória, confirmando a liminar concedida e anulando o processo a partir da sentença rescindenda proferida nos Autos de nº 0802570-17.2017.8.12.0002, com reflexos no cumprimento da sentença.

¹ In Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al]. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2016, pág. 1.002.

O desfecho da presente decisão inviabiliza um novo julgamento da causa por este Sodalício, conforme estatuído no art. 974 do CPC/2015, em vista da necessidade de averiguação do grau de incapacidade da vítima do acidente, ora requerida.

Comunique-se o Juízo rescindendo, encaminhando-lhe cópia do acórdão, para que dê regular processamento ao feito, com realização de perícia, a fim de se atestar o grau de invalidez da requerida, tendo como parâmetro o quanto disposto no art. 3º, II, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 6.194/74, com vistas à apuração de eventual saldo residual da indenização securitária DPVAT.

Nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, condeno a requerida no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa, em decorrência do disposto no art. 98, § 3º, do CPC, em virtude da concessão da gratuidade da justiça à requerida, que ora se defere, atendendo ao pedido externado na contestação, à f. 175.

A teor do art. 974, c/c o inciso II do art. 968, ambos do CPC/2015, autorizo a restituição do depósito efetuado pela autora, inclusive eventual importância realizada a maior (pedido de f. 120-121).

Defiro, por fim, o pedido da autora, formulado à f. 194, para que as intimações processuais recaiam em nome da Drª Luciana Veríssimo Gonçalves, inscrita na OAB/MS nº 8.270.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 1º de abril de 2019.

Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade nº 1408615-91.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRETENSÃO DE DECLARAR INCONSTITUCIONAL A LEI ORDINÁRIA Nº 983/2017, DE INICIATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL DE LADÁRIO-MS, QUE DISPÕE SOBRE REGULAMENTAÇÃO DE FEIRAS LIVRES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – MATÉRIA CUJA INICIATIVA SERIA PRIVATIVA/RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE FORMA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E OFENSA À LEI COMPLEMENTAR Nº 29/2017 (CÓDIGO DE POSTURAS DO MUNICÍPIO), QUE TERIA SIDO REVOGADA POR LEI ORDINÁRIA – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL EM RAZÃO DE A NORMA IMPUGNADA, AO FIXAR OBRIGAÇÕES E DEVERES AOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS NO DESEMPENHO DA REGULAMENTAÇÃO DAS FEIRAS LIVRES, NÃO TER AFRONTADO AS MATÉRIAS ELENCADAS NOS ARTIGOS 67, § 1º, II, “D”, E 89 E INCISOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, EM AÇÃO DIRETA, DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR SUPOSTO CONFLITO ENTRE LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL E LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, QUE EXIGIRIA A EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA DISCIPLINAR ALGUMAS DAS MATÉRIAS PREVISTAS NA LEI ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO A NORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE DEVE SER DIRETA E NÃO REFLÉXA – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE.

A Lei Ordinária nº 983/2017, de iniciativa da Câmara Municipal de Ladário, ao dispor sobre a regulamentação das feiras livres, bem como sobre a fixação de obrigações e deveres dos órgãos municipais no desempenho de tal desiderato, além de outras providências, não versou sobre as matérias dispostas nos artigos 67, § 1º, II, “d”, e 89 e incisos da Constituição Estadual, motivo pelo qual não há falar em sua inconstitucionalidade formal decorrente de vício de iniciativa por suposta afronta a matéria reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

O confronto entre o ato normativo impugnado e os preceitos constitucionais deve ocorrer de maneira direta pela incompatibilidade imediata entre eles, vedado o cotejo daquele com normas infraconstitucionais.

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 ação, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Paschoal Carmello Leandro e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Prefeito Municipal de Ladário, em face da Câmara de Vereadores do Município de Ladário, tendo por objetivo declarar a inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei Ordinária Municipal nº 983, de 24 de abril de 2017, aprovada e promulgada pela requerida, que “*dispõe sobre regulamentação das feiras livres, do comércio nelas realizado e do uso de área pública para tal fim e dá outras providências*”.

Alega, em síntese, que: a competência para regulamentar feiras livres é do executivo municipal, nos termos do art. 130 do Código de Posturas do Município (Lei Complementar nº 029/2007), o qual foi criado dentro da competência conferida pela Lei Orgânica do Município de Ladário; a referida lei ordinária alterou a Lei Complementar nº 29/2017 (Código de Posturas), revogando disposições que concernem à competência do executivo municipal, para regulamentar as feiras livres, violando a forma legal de alteração da legislação infraconstitucional, qual seja, lei complementar; a mencionada lei invadiu esfera de competências atribuídas pelo código de posturas ao executivo municipal, ao disciplinar os locais e os horários de funcionamento das feiras municipais; o Poder Legislativo Municipal derrubou o veto do prefeito municipal, aprovando a lei ordinária municipal que trata de matéria afeta à lei complementar, incorrendo em flagrante afronta ao art. 1º, inciso V, e ao art. 74, ambos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul; no âmbito municipal, as leis que regem os comportamentos e posturas do comércio municipal somente podem ser aprovadas pela maioria absoluta da câmara, por se tratar de matéria afeta a lei complementar, conforme dispõe o art. 40, parágrafo único, inciso III, da Lei Orgânica do Município, norma contemplada no art. 74 da Carta Política Estadual, em sintonia com o art. 65, II, da Constituição Federal, de modo que, expressamente, a Carta Estadual disciplinou o quórum mínimo para a aprovação da lei complementar; a invasão de competência privativa de um poder pelo outro afronta o princípio da harmonia e independência dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Estadual.

Insiste que se afigura demonstrada a inconstitucionalidade da Lei Ordinária Municipal nº 983, de 24 de abril de 2017, por afronta à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul (art. 1º, inciso V, c/c o art. 74, *caput*).

Requeru, ao final, a concessão de medida cautelar, com a imediata suspensão da eficácia da Lei Ordinária Municipal nº 983, de 24 de abril de 2017, e, no mérito, a procedência da pretensão deduzida, mediante a declaração de inconstitucionalidade da referida legislação, por afronta à Carta Política Estadual.

Atribui à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), anexando aos autos os documentos de f. 12 a 91.

Em aditamento à inicial, o autor protocolizou petição e respectivos documentos (f. 92-142), trazendo novos raciocínios, com o escopo de demonstrar a necessidade da concessão da medida cautelar.

Esclareceu, nesse aditamento, que, em virtude da falta de segurança pública, denunciada pelos munícipes, e visando a resguardar a população, editou o Decreto nº 3.286, de 16 de fevereiro de 2017, que regulamenta os horários de funcionamento das feiras livres, retirando a autorização para realização de feiras noturnas, período em que sucedem diversos atos delituosos, tais como roubos, furtos e tentativas de homicídio.

Enfatizou que, em virtude dessa situação, os feirantes, em sua grande maioria bolivianos, que não residem no Brasil, se dirigiram aos vereadores alegando que a decisão do prefeito municipal (de baixar o decreto) lhes causou prejuízo, razão pela qual solicitaram aos edis que tomassem providências visando a permitir novamente as feiras noturnas, o que deu origem à aprovação do projeto de lei objeto da presente ação.

Nos termos do art. 517, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Resolução nº 590, de 13 de abril de 2016), c/c o art. 10, *caput*, da Lei Federal nº 9.868, de 10.11.99, este relator determinou a oitiva prévia dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a Lei Orgânica (f. 143-144).

Às f. 149-150, o autor providenciou a juntada de diversos outros documentos, entre eles o instrumento de procuração outorgada pelo Prefeito Municipal, Sr. Carlos Aníbal Ruso Pedrozo, ao Advogado-Geral do Município, Franklin Gonçalves Batista (f. 150).

À f. 159, o cartório certificou que decorreu o prazo para a câmara de vereadores do Município de Ladário se manifestar sobre o despacho inicial de recebimento desta ADIN (f. 143-144).

Instada a se pronunciar, a Procuradoria-Geral da Justiça, por meio do eminente Procurador-Geral, Dr. Humberto de Matos Brittes, arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* do Município de Ladário, tendo em vista que a petição inicial foi assinada apenas pelo nobre Advogado-Geral do Município, Dr. Franklin Gonçalves Batista, ao tempo em que sugeriu o indeferimento liminar da inicial.

Quanto ao mérito, o representante do *Parquet* opinou pelo indeferimento da medida cautelar.

Este Órgão Especial, à f. 179-197, indeferiu o pedido cautelar.

Conforme certidão publicada à f. 216, o Município de Ladário e a câmara de vereadores do Município de Ladário deixaram transcorrer *in albis* o prazo, sem manifestação acerca do mérito.

Após, os autos foram encaminhados a Procuradoria Geral de Justiça para emitir parecer acerca do mérito, o que ocorreu à f. 220-227, oportunidade em que o douto Procurador-Geral de Justiça Paulo Cezar Passos opinou pela improcedência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

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

Dos fatos

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, *inaudita altera parte*, ajuizada pelo Prefeito Municipal de Ladário, em face da Câmara Municipal de Ladário, tendo por objetivo declarar a inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei Ordinária Municipal nº 983, de 24 de abril de 2017, promulgada pela Câmara Municipal de Ladário, que possui a seguinte redação:

LEI Nº 983/2017

Dispõe sobre a regulamentação das feiras livres, do comércio nelas realizado e do uso da área pública para tal fim e dá outras providências.

(...)

Art. 1º As feiras livres têm por finalidade a exposição e venda de mercadoria no varejo, sejam elas alimentícias ou não, em local público e de forma transitória, mediante autorização do Poder Público Municipal.

§ 1º As mercadorias alimentícias podem ser:

a) “in natura” – hortaliças, legumes, grãos, frutas, tubérculos, cereais, ervas, carnes, pescados, aves abatidas, derivados e ovos;

b) industrializados – frios, doces, compotas, pães, temperos, queijos, entre outros;

§ 2º As mercadorias não alimentícias podem ser:

a) Naturais – flores, xaxins, terra vegetal, sementes, adubos etc.;

b) Manufaturadas – produtos de tecidos, couros, metais, cerâmicas, madeiras, entre outros.

Art. 2º Não será permitida a manipulação de alimentos prontos para o consumo humano no local da feira, salvo se o comerciante possuir autorização da Vigilância Sanitária Municipal para esse fim.

Parágrafo único. Além do obrigatório atendimento às normas gerais estabelecidas nesta Lei, a venda e exposição nas feiras livres, de quaisquer mercadorias definidas no art. 1º, submetem-se às demais normas sanitárias, ambientais e tributárias em vigor.

Art. 3º Fica vedada qualquer comercialização de alimentos no chão.

*Art. 4º Compete à **Secretaria Municipal de Infraestrutura e Serviços Públicos**:*

I – Fiscalizar, dimensionar, classificar e reclassificar, tendo em vista o atendimento ao interesse público e o respeito às exigências legais;

II – Estabelecer os critérios norteadores da escolha dos feirantes a serem licenciados, priorizando-se a antiguidade na atividade e na área objeto do requerimento, conjuntamente;

III – Fiscalizar o cumprimento das normas contidas nesta Lei, sem prejuízo da fiscalização dos demais órgãos competentes;

IV – Executar as medidas administrativas relativas à inscrição e licenciamento dos feirantes e prestadores de serviços;

V – Delimitar o espaço público a ser utilizado, fixar a quantidade de equipamentos instaláveis e o número de pessoas a serem licenciadas para o exercício da atividade comercial em cada feira;

Art. 5º Compete ao Secretário Municipal de Infraestrutura e Serviços Públicos:

I – Autorizar, localizar, dimensionar, classificar e reclassificar;

II – Conceder, revogar, cassar as autorizações e credenciamentos, e aplicar as penalidades previstas nesta Lei;

III – Expedir normas regulamentares;

IV – Limitar o número máximo de bancas por feira.

Art. 6º As feiras livres funcionam em vias e logradouros públicos ou em terrenos de propriedade do Município, ou a estes cedidos, especialmente abertos à população para tal finalidade, com horários e locais estabelecidos no anexo “A”, sendo vedada a realização, no mesmo local, de mais de duas feiras livres por semana.

Art. 7º O Comércio de carnes, pescados e aves abatidas deverá obedecer às normas sanitárias em vigor e será exercido em locais especialmente destinados para essa finalidade, podendo ser utilizados veículos especiais dotados de sistema de refrigeração.

Art. 8º Para a instalação dos equipamentos de apoio à comercialização nas feiras livres deverão ser obedecidas as seguintes normas:

I – Os trabalhos de montagem, desmontagem, carga ou descarga de equipamentos e produtos deverão ser iniciados e finalizados nos horários fixados pela Secretaria Municipal de Infraestrutura e Serviços Públicos;

II – A feira terá duração máxima de 12 horas, incluindo-se nesse período os trabalhos de montagem, desmontagem e funcionamento;

III – A montagem das bancas e descarga dos produtos e outros equipamentos dar-se-á na [texto incompleto];

IV – Iniciada a comercialização na feira, é vedado o ingresso ao local de veículos com mercadorias;

V – É vedado nos locais das feiras o tráfego de motos, bicicletas, e outros similares, salvo aqueles carrinhos para transporte de mercadorias, conduzidos pelos consumidores;

VI – Encerrado o horário previsto para o fim das atividades comerciais, os veículos poderão ingressar no local para a retirada das mercadorias não comercializadas e equipamentos, demorando-se somente o tempo necessário para fazê-lo, tudo dentro da ordem e disciplina.

Parágrafo único. Considera-se equipamento qualquer bem móvel utilizado para a consecução do exercício da atividade de feirante, tais como bancas, tendas, refrigeradores,

freezers, balanças, entre outros, inclusive Equipamentos de Proteção Individuais e Coletivos – EPI's e EPC's.

*Art. 9º Somente será permitido o licenciamento para o exercício da atividade e respectiva utilização do espaço público àquele que utilizar os equipamentos de acordo com as medidas e padrões exigidos pela **Secretaria Municipal de Infraestrutura e Serviços Públicos**, os quais deverão atender às normas sanitárias em vigor.*

Art. 10. Os critérios para o licenciamento do exercício da atividade e respectivo uso do espaço público será estabelecido pelo Poder Executivo Municipal.

*Art. 11. O Poder Público Municipal deverá promover a instalação de banheiros químicos nas imediações das feiras livres, em quantitativos compatíveis com as necessidades básicas e ao dimensionamento da abrangência da área correspondente, criteriosamente analisada pela **Secretaria Municipal de Infraestrutura e Serviços Públicos**.*

*Art. 12. A distribuição espacial das bancas deverá ser determinada pela **Secretaria Municipal de Infraestrutura e Serviços Públicos**, levando-se em conta os segmentos dos produtos a serem comercializados.*

*Art. 13. Os casos omissos serão decididos pela **Secretaria Municipal de Infraestrutura e Serviços Público** e, em sendo o caso, regulado por resolução ou portaria, conforme a hipótese.*

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. [G.n.]

Anexo “A” da Lei Municipal nº 983/2017

Horários e locais de funcionamento das feiras-livres no Município

<i>DIA DA SEMANA</i>	<i>HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO</i>	<i>LOCAL</i>
<i>Quarta-Feira</i>	<i>5:00 às 14:00hs</i>	<i>Centro</i>
<i>Sábado</i>	<i>5:00 às 14:00hs</i>	<i>Centro</i>
<i>Quinta-Feira</i>	<i>17:00 às 23:00hs</i>	<i>Conjunto Habitacional COHAB no Bairro Almirante Tamandaré</i>

Segundo o autor, a competência para regulamentar feiras seria privativa do executivo municipal, nos termos do art. 130 do Código de Posturas do Município (Lei Complementar nº 029/2007), que assim prescreve:

*Art. 130. O órgão competente da **Secretaria de Obras, Viação e Serviços Urbanos** estabelecerá os regimentos que **regulamentarão o funcionamento das feiras**, considerando sua tipicidade e além de outras normas, deverão conter:*

- I – dia, horário e local de instalação e funcionamento da feira;*
- II – padrão de equipamentos a serem utilizados;*
- III – produtos a serem expostos e comercializados;*
- IV – as normas de seleção e cadastramento dos feirantes. (G.n.)*

Salienta que, no âmbito municipal, as leis que regem os comportamentos e posturas do comércio municipal somente podem ser aprovadas pela maioria absoluta da câmara, por se tratar de matéria afeta a Lei Complementar, conforme dispõe o art. 40, parágrafo único, inciso III, da Lei Orgânica do Município, a saber:

*Art. 40. As leis complementares somente serão aprovadas se tiverem a **maioria absoluta** dos votos dos membros da Câmara Municipal, observados os demais termos de votação das leis ordinárias.*

Parágrafo único. Serão leis complementares dentre outras previstas nesta Lei Orgânica:

(...)

III – Código de Postura; (G.n.)

Adiciona que a lei combatida alterou a Lei Complementar nº 29/2017 (Código de Posturas), revogando disposições que concernem à competência do Executivo Municipal, para regulamentar as feiras livres, violando a forma legal de alteração de legislação infraconstitucional, qual seja, Lei Complementar.

Essas seriam as razões pelas quais, segundo o requerente, a mencionada lei, cujo veto foi derrubado pelo Poder Legislativo, teria afrontado dispositivos da Constituição Estadual, mais precisamente o art. 1º, inciso V, o art. 2º e o art. 74, *caput*, assim redigidos:

Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:

(...)

V - a garantia da autonomia municipal dentro dos princípios estabelecidos nesta Constituição em consonância com a Constituição Federal.

(...)

Art. 2º São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 74. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa.

Em resumo, o autor sustentou, na inicial, que a iniciativa para regulamentar feiras livres, nessa matéria, é reservada exclusivamente ao chefe do executivo; que houve desrespeito ao princípio da separação dos poderes, que inclui a violação aos princípios da harmonia e independência entre os poderes; e que houve ofensa à Lei Complementar nº 29/2017 (Código de Posturas do Município), de hierarquia superior, que teria sido revogada por lei ordinária.

Em aditamento à inicial, o autor protocolizou petição e respectivos documentos (f. 92-142), trazendo novos raciocínios, com o escopo de demonstrar a necessidade da concessão da medida cautelar.

Esclareceu, nesse aditamento, que, em virtude da falta de segurança pública, denunciada pelos municípios, e visando a resguardar a população, editou o Decreto nº 3.286, de 16 de fevereiro de 2017, que regulamenta os horários de funcionamento das feiras livres, retirando a autorização para realização de feiras noturnas, período em que sucedem diversos atos delituosos, tais como roubos, furtos e tentativas de homicídio.

Enfatizou que, em virtude dessa situação, os feirantes, em sua grande maioria bolivianos, que não residem no Brasil, se dirigiram aos vereadores alegando que a decisão do prefeito municipal (de baixar o decreto) lhes causou prejuízo, razão pela qual solicitaram aos edis que tomassem providências visando a permitir novamente as feiras noturnas, o que deu origem à aprovação do projeto de lei objeto da presente ação.

Requeru, em suma, a concessão de medida cautelar, com a imediata suspensão da eficácia da Lei Ordinária Municipal nº 983, de 24 de abril de 2017, e, ao final, a procedência da pretensão deduzida, mediante a declaração de inconstitucionalidade da referida legislação, por afronta à Carta Política Estadual.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), anexando aos autos os documentos de f. 12-91.

Nos termos do art. 517, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Resolução nº 590, de 13 de abril de 2016), c/c o art. 10, *caput*, da Lei Federal nº 9.868, de 10.11.99, este relator determinou a oitiva prévia dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a Lei Orgânica (f. 143-144).

Às f. 149-150, o autor providenciou a juntada de diversos outros documentos, entre eles o instrumento de procuração outorgada pelo Prefeito Municipal, Sr. Carlos Aníbal Ruso Pedrozo, ao Advogado-Geral do Município, Franklin Gonçalves Batista (f. 150).

À f. 159, o Cartório certificou que decorreu o prazo para a Câmara de Vereadores do Município de Ladário se manifestar sobre o despacho inicial de recebimento desta ADIN (f. 143-144).

Instada a se pronunciar sobre o pedido cautelar, a Procuradoria-Geral da Justiça, por meio do eminente Procurador, Dr. Humberto de Matos Brittes, arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* do Município de Ladário, tendo em vista que a petição inicial foi assinada apenas pelo nobre Advogado-Geral do Município, Dr. Franklin Gonçalves Batista; quanto ao mérito da cautelar, o representante do Parquet opinou pelo seu indeferimento.

Este Órgão Especial, na sessão de 1º de agosto de 2018, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Município de Ladário e, no mérito, decidiu pelo indeferimento do pedido cautelar (f. 179-197). Não houve recurso desta decisão (certidão de f. 205).

Conforme certidão publicada à f. 216, o Município de Ladário e a Câmara de Vereadores do Município de Ladário deixaram transcorrer *in albis* o prazo, sem manifestação acerca do mérito.

Após, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer acerca do mérito, o que ocorreu às f. 220-227, oportunidade em que o douto Procurador-Geral de Justiça, Dr. Paulo Cezar dos Passos, opinou pela improcedência do pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Do direito

Considerando que a preliminar de ilegitimidade ativa do autor já foi rejeitada por este Órgão Especial, quando do julgamento do pedido de medida cautelar, tem-se que a única matéria a ser examinada nesta sessão de julgamento refere-se ao mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Mencionada matéria de mérito diz respeito à pretensão do autor de obter a declaração da inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei Ordinária Municipal nº 983, de 24 de abril de 2017, do Município de Ladário, aprovada e promulgada pela Câmara de Vereadores do Município de Ladário, a qual “*dispõe sobre regulamentação das feiras livres, do comércio nelas realizado e do uso de área pública para tal fim e dá outras providências*”.

Pois bem, após detida análise dos autos, comungo do entendimento do culto Procurador-Geral de Justiça, Dr. Paulo Cezar dos Passos, que sustentou ser improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, haja vista que a lei impugnada não contém o alegado vício de forma, uma vez que não invade a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual, nos moldes do quanto disposto nos artigos 67, § 1º, inciso II, letra d, e 89 e incisos, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Diante disso, adoto, como razões de decidir, os fundamentos externados no mencionado parecer, com destaques para os seguintes trechos:

(...)

Segundo o requerente, a competência para regulamentar as feiras seria privativa do Poder Executivo, nos termos do art. 130 da Lei Complementar nº 029/2007 (Código de Posturas do Município), que disciplina:

*Art. 130. O órgão competente da Secretaria de Obras, Viação e Serviços Urbanos estabelecerá os regimentos que **regulamentarão o funcionamento das feiras**, considerando sua tipicidade e além de outras normas, deverão conter:*

I – dia, horário e local de instalação e funcionamento da feira;

II – padrão de equipamentos a serem utilizados;

III – produtos a serem expostos e comercializados;

IV – as normas de seleção e cadastramento dos feirantes. (G.n).

Conforme assevera, no âmbito municipal, as leis que regem os comportamentos e posturas do comércio municipal somente podem ser aprovadas pela maioria absoluta da Câmara, por se tratar de matéria afeta a Lei Complementar, conforme dispõe o art. 40, parágrafo único, inciso III, da Lei Orgânica do Município, in verbis:

*Art. 40. As leis complementares somente serão aprovadas se tiverem a **maioria absoluta dos votos** dos membros da Câmara Municipal, observados os demais termos de votação das leis ordinárias.*

Parágrafo único. Serão leis complementares dentre outras previstas nesta Lei Orgânica:

(...)

III Código de Postura; (G.n.)

Em sendo assim, sustenta que a lei combatida alterou a Lei Complementar nº 29/2017 (Código de Posturas), revogando disposições que concernem à competência do executivo municipal, para regulamentar as feiras livres, violando a forma legal de alteração de legislação infraconstitucional, qual seja, lei complementar. Por tais razões, a mencionada lei, cujo veto foi derrubado pelo poder legislativo, teria afrontado dispositivos da Constituição Estadual, mais precisamente os arts. 1º, inciso V, o art. 2º, e o art. 74, caput, os quais prelecionam:

Art. 1º. O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:

(...)

V - a garantia da autonomia municipal dentro dos princípios estabelecidos nesta Constituição em consonância com a Constituição Federal.

Art. 2º São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 74. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa.

Como é cediço, as regras que estabelecem a iniciativa privativa ou reservada para deflagrar o processo legislativo em relação a determinadas matérias cuidam-se de exceções, devendo, portanto, receber interpretação restritiva, nos termos da jurisprudência do STF:

A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. (Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, ADI 724 MC, 07.05.1992, DJ 27.04.2001, grifo nosso).

*Com efeito, o poder conferido aos Parlamentares para iniciar o processo legislativo ou emendarem projetos de origem do Executivo é amplo, excetuando-se as hipóteses **taxativamente** previstas na Constituição Federal.*

Dessa forma, a competência para iniciar o processo legislativo no âmbito desses entes da federação deve respeitar o disposto na Constituição Federal, consoante reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

A jurisprudência desta Casa de Justiça sedimentou o entendimento de ser a cláusula da reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, corolário do princípio da separação dos Poderes. Por isso mesmo, de compulsória observância pelos Estados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste (Cf. ADI 250, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 843, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 227, Rel. Min. Maurício Correa; ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI 665, Rel. Sydney Sanches, entre outras). (STF, Pleno, rel. Carlos Britto, ADI 3061, 05.04.2006, DJ 09.06.2006, grifo nosso).

Nos termos do ensinamento de Hely Lopes Meirelles, “As regras gerais que veiculam os princípios do processo legislativo são impositivas para as três esferas de governo. A legislação local não pode restringi-las nem ampliá-las” (Direito Municipal Brasileiro. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 688, grifo nosso).

Nesse passo, é certo que a disciplina do processo legislativo municipal e estadual deve coincidir com o processo legislativo traçado pela Constituição Federal. Destarte, há iniciativa reservada do chefe do executivo para leis que disponham sobre criação ou extinção de órgãos da administração pública, nos termos do art. 67, § 1º, II, “d”, da Constituição Estadual, interpretado consoante o art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

Em sendo assim, impende-se repisar o que dispõe a Constituição Federal acerca das leis de iniciativa privativa do chefe do executivo, traçando-se um paralelo com o que dispõe a Constituição Estadual, em dispositivos correspondentes, senão vejamos:

<i>Constituição Estadual</i>	<i>Constituição Federal</i>
<p><i>Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul 31 ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.</i></p> <p><i>§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que: [...]</i></p> <p><i>II - disponham sobre: [...]</i></p> <p><i>d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública. (grifo nosso)</i></p>	<p><i>Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.</i></p> <p><i>§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:</i></p> <p><i>II - disponham sobre: [...]</i></p> <p><i>e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (grifo nosso)</i></p>
<p><i>Art. 89. Compete privativamente ao Governador do Estado: [...]</i></p> <p><i>V - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; [...]</i></p> <p><i>VI - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; [...]</i></p> <p><i>IX - dispor sobre a estrutura, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração estadual;</i></p>	<p><i>Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]</i></p> <p><i>II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; [...]</i></p> <p><i>III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; [...]</i></p> <p><i>VI – dispor, mediante decreto, sobre:</i></p> <p><i>a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;</i></p>

*A disciplina do processo legislativo municipal e estadual deve coincidir, portanto, com o processo legislativo traçado pela Constituição Federal. Desse modo, há iniciativa reservada do chefe do executivo para leis que disponham sobre **criação** ou **extinção** de órgãos da administração pública, nos termos do art. 67, § 1º, II, “d”, da Constituição Estadual, interpretado consoante o art. 61, § 1º, II, e da Constituição Federal, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 32/2001.” (Parecer f. 223-226). Grifos no original.*

Sendo assim, a lei impugnada, ao dispor sobre a regulamentação das feiras livres, do comércio nelas realizados, da fixação de obrigações e deveres dos órgãos municipais no desempenho de tal desiderato, além de outras providências, não versou sobre as matérias de que tratam os arts. 67, § 1º, inciso II, letra d, e 89 e incisos, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, motivo pelo qual não há falar em inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa decorrente de suposta afronta a matéria reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

A propósito, colhem-se as seguintes jurisprudências, oriundas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as quais se aplicam, *mutatis mutandis*, à hipótese fática em debate:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.044, DE 03 DE MAIO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE SOCORRO.

Declaração da feira livre de Socorro como patrimônio cultural imaterial socorrense. Pretendida a inconstitucionalidade por violação ao princípio da independência dos poderes por usurpar a competência privativa do Poder Executivo. Inexistência de mácula constitucional. Impulso legiferante de natureza concorrente. Inexistência de ato de gestão próprio com efeitos concretos. Não ofensa ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. Ação julgada improcedente. (TJSP: ADI 2195821-15.2017.8.26.0000. Ac 11353358; São Paulo; Órgão Especial; Rel. Des. Péricles Piza; Julg. 04/04/2018; DJESP 27/04/2018/ p. 2.727). In Lex Magister. G.n

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE DISPÕE SOBRE O INCENTIVO À CRIAÇÃO DE BANHEIROS LIVRES NAS FEIRAS LIVRES NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

Ausência de ofensa à regra da separação dos poderes – Vício de iniciativa não configurado – Inexistência de afronta à regra contida no art. 25 da Constituição do Estado – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Pedido julgado improcedente – Cassada a liminar deferida. (TJSP: ADI 2172496-79.2015.8.26.0000; AC 9069038; São Paulo; Órgão Especial; Rel. Des. Márcio Bártoli; Julg. 09/12/2015; DJESP 19/01/2016). In Lex Magister.

Outrossim, conforme bem ponderou o Procurador-Geral de Justiça, a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul não faz qualquer menção à necessidade de existência de lei complementar para regulamentar os assuntos disciplinados pela lei aqui acoimada de inconstitucional.

Por último, extrai-se da leitura da petição inicial, que o vício de inconstitucionalidade alegado também resultaria de um conflito entre a lei ordinária impugnada e a Lei Complementar Municipal nº 029/2017 (Código de Posturas do Município de Ladário), chegando o requerente à conclusão de que tal conflito estaria presente em razão de o artigo 40, parágrafo único, inciso III, da Lei Orgânica do Município de Ladário, exigir que o Código de Posturas seja aprovado somente por meio de lei complementar, diploma cuja aprovação exige maioria absoluta da Câmara Municipal de Ladário.

Isto significa dizer que o vício de inconstitucionalidade alegado não se trata de violação direta à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, mas violação reflexa, visto que primeiro teria ocorrido violação à Lei Orgânica do Município, que exige lei complementar para aprovação do Código de Posturas e, ao depois, violação à Constituição Estadual, cujo artigo 74 exige maioria absoluta para aprovação de lei complementar.

Sucedede que o controle de constitucionalidade em abstrato de normas municipais não pode ter como parâmetro de constitucionalidade Lei Orgânica de um determinado município, porquanto não existe previsão constitucional para tal fim.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial predominante é de que a violação à Constituição Estadual, por meio de ADIN, seja direta, e não reflexa.

Confirmam-se os seguintes julgados sobre o assunto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 186/2016 DO MUNICÍPIO DE JARAGUÁ DO SUL QUE DISPÕE SOBRE A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO NO ÂMBITO MUNICIPAL – OFENSA AS DISPOSIÇÕES DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DE VEREADORES E DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL QUE REGULAMENTAM O PROCESSO LEGISLATIVO NO MUNICÍPIO DE JARAGUÁ DO SUL – INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA DIRETA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – VIA INADEQUADA – EXTINÇÃO DA AÇÃO.

O confronto entre o ato normativo impugnado e os preceitos constitucionais deve suceder de maneira direta pela incompatibilidade imediata entre eles, e é despidendo o cotejo com normas infraconstitucionais. Caso constatada a necessidade de traçar um paralelo com outro diploma legal, tal fato representa óbice à análise de sua inconstitucionalidade por via de ação direta. (TJSC; ADI 4010283-78.2017.8.24.0000; Florianópolis; Órgão Especial; Rel. Des. Fernando Carioni; DJSC 08/08/2018; Pag. 2). G.n

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EMENDA À LEI ORGÂNICA Nº 001/2016, DO MUNICÍPIO DE ITÁ – CÂMARA MUNICIPAL – ALEGADA OFENSA A NORMAS DO REGIMENTO INTERNO DA CASA LEGISLATIVA E A DISPOSITIVOS DE LEI DURANTE O SEU TRÂMITE – INADMISSIBILIDADE DA ACTIO, NESTE TOCANTE – OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA OU INDIRETA – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – ATO SEM EFEITOS EXTERNOS – DIVULGAÇÃO SIMPLIFICADA CABÍVEL – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 16, E III, §§ 1º E 2º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – VÍCIO MATERIAL – MANDATO DA MESA – DURAÇÃO – PRAZO DE 1 (UM) ANO – VIOLAÇÃO AO ART. 46, § 3º, DA CARTA LOCAL, SIMÉTRICO AO ART. 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INOCORRÊNCIA – NORMA DE OBSERVÂNCIA NÃO OBRIGATÓRIA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE DE JUSTIÇA – IMPROCEDÊNCIA – “A REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL PERANTE ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA TEM COMO REQUISITO A AFRONTA DO ATO NORMATIVO QUESTIONADO AOS DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, VIA ÚNICA E ESTRITA DE RECONHECIMENTO DE EVENTUAL MÁCULA. NÃO OBSTANTE, INVIÁVEIS EVENTUAIS QUESTIONAMENTOS QUE UTILIZEM COMO PARÂMETRO INSTRUMENTO NORMATIVO OUTRO COMO LEIS ORGÂNICAS E REGIMENTOS INTERNOS E NÃO A CARTA POLÍTICA DO ESTADO, É FATO CONFIGURADOR DE SIMPLES REGULARIDADE INTERNA. NESES CASOS, ANTE A AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE DIRETA À CONSTITUIÇÃO, HÁ CONFIGURAÇÃO DA CHAMADA INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA OU INDIRETA, A QUAL, POR CERTO, NÃO AUTORIZA COMBATE POR MEIO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE” (TJSP, Direta de Inconstitucionalidade nº 2001017-52.2014.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, J. 14-5-2014). [...] quando a Carta Política Federal refere-se ao mandato de dois anos para os membros da Mesa diretora do Legislativo, está estabelecendo um limite temporal máximo, vencido o qual há de ser obrigatoriamente aplicado o princípio da rotatividade. Nada impede que este venha a incidir em tempo menor. Tal opção insere-se na órbita da autonomia municipal, assentada na capacidade de auto-organização e de autogoverno do município. A fixação do período de dois anos como tempo de duração do mandato não se constitui em norma de atendimento compulsório, figurando no texto constitucional apenas como limite máximo para a rotatividade” (Meirelles. Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiro, 2001, p. 599, grifo nosso). (TJSC; ADI 4030027-59.2017.8.24.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Stanley Braga; DJSC 08/10/2018; Pág. 6).

Com esses acréscimos, outro caminho não resta senão o de julgar improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Dispositivo

Posto isso, em sintonia com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, julgo improcedente o pedido formulado pelo Prefeito do Município de Ladário, de declaração de inconstitucionalidade da Lei Ordinária Municipal nº 983/2017.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram improcedente ação, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Paschoal Carmello Leandro e Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0804767-76.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA C/C PEDIDO DE DANOS MORAIS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL – SUICÍDIO COMETIDO PELO SEGURADO NO PRAZO DE CARÊNCIA DE DOIS ANOS QUE AFASTA O DEVER DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL E DO ENUNCIADO CONTIDO NA SÚMULA 610 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DESNECESSIDADE DE INVESTIGAR SE O SUICÍDIO DO SEGURADO FOI OU NÃO VOLUNTÁRIO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 798 do Código Civil, firmou o entendimento, objeto da Súmula 610, segundo o qual o beneficiário do prêmio do seguro de vida, não terá direito ao recebimento da indenização se o óbito do segurado for decorrente de suicídio, ocorrido durante o período de carência de dois anos do início de vigência do contrato. (Súmula 610 - “*O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada*”).

Demonstra-se desnecessária a discussão a respeito de o suicídio do segurado ter sido ou não premeditado, isso porque o novo Código Civil adotou o critério objetivo e temporal para regular a matéria, tornando-se inócuo definir o motivo do ato suicida, já que o suicídio não é risco coberto pelo seguro de vida se cometido nos dois primeiros anos de vigência do contrato.

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, 8 de maio de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O espólio de Hélio Fabiano da Silva Castanho e Rosemir Nunes Scoca Castanho interpõem recurso de apelação contra sentença de improcedência do pedido autoral proferida nos autos da ação de cobrança c/c danos morais movida pelos apelantes em desfavor de Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Banco do Brasil S.A.

A pretensão dos apelantes é de receber seguro de vida, pretensão que foi julgada improcedente com apoio no artigo 798 do Código Civil, ou seja, em razão de o segurado ter cometido suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro.

Em suas razões recursais (f. 362-369), os apelantes alegam que o suicídio cometido pelo segurado foi involuntário, “*que, mesmo dentro do prazo de carência, não pode ser excluído da cobertura do contrato de seguro de vida, principalmente em contrato de adesão, como é o caso presente*” (f. 364).

Prossegue, asseverando que os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento no sentido de equiparar o suicídio involuntário a acidente e, por se tratar de acidente, não pode sua cobertura ser excluída de contrato de adesão, como é o caso do contrato de seguro de vida.

Ressalta que, em razão do princípio da boa-fé, o ônus de provar que o suicídio cometido tenha sido voluntário é da seguradora, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Transcreve precedentes dos Tribunais, requerendo, ao final, a reforma da sentença para o fim de que seja julgado totalmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Banco do Brasil S/A apresentaram contrarrazões à f. 362-369 e 371-378, oportunidade em que batem-se pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

O espólio de Hélio Fabiano da Silva Castanho e Rosemir Nunes Scoca Castanho interpõem recurso de apelação contra sentença de improcedência do pedido autoral proferida nos autos da ação de cobrança c/c danos morais movida pelos apelantes em desfavor de Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Banco do Brasil S.A.

A pretensão dos apelantes é de receber seguro de vida, pretensão que foi julgada improcedente com apoio no artigo 798 do Código Civil, ou seja, em razão de o segurado ter cometido suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro.

Em suas razões recursais (f. 362-369), os apelantes alegam que o suicídio cometido pelo segurado foi involuntário, “*que, mesmo dentro do prazo de carência, não pode ser excluído da cobertura do contrato de seguro de vida, principalmente em contrato de adesão, como é o caso presente*” (f.364).

Prossegue, asseverando que os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento no sentido de equiparar o suicídio involuntário a acidente e, por se tratar de acidente, não pode sua cobertura ser excluída de contrato de adesão, como é o caso do contrato de seguro de vida.

Ressalta que, em razão do princípio da boa-fé, o ônus de provar que o suicídio cometido tenha sido voluntário é da seguradora, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Transcreve precedentes dos Tribunais, requerendo, ao final, a reforma da sentença para o fim de que seja julgado totalmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Banco do Brasil S/A apresentaram contrarrazões à f. 362-369 e 371-378, oportunidade em que batem-se pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório, passo ao voto.

A matéria devolvida ao exame deste Tribunal diz respeito em saber se agiu ou não com acerto o julgador de primeiro grau quando sustentou ser indevida a indenização securitária em razão de o segurado ter cometido suicídio durante o prazo de carência de dois anos de vigência do contrato de seguro de vida celebrado entre as partes.

Sustenta a parte apelante que a sentença deve ser reformada porque a seguradora não provou que o suicídio cometido pelo segurado tenha sido voluntário, isto é, premeditado.

E, por se tratar de suicídio involuntário, que é equiparado a acidente, o pagamento do seguro é devido, sendo neste sentido o entendimento dos Tribunais.

Razão não assiste a parte apelante.

Deveras, o entendimento recente dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de ser inócua a discussão do motivo do suicídio ocorrido dentro do prazo de carência de dois anos de vigência do contrato de seguro de vida.

Transcrevo recente julgado do Tribunal de Justiça Mineiro:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – SEGURO DE VIDA – MORTE – HIPÓTESE DE SUICÍDIO DENTRO DE DOIS ANOS DA VIGÊNCIA DO CONTRATO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

O contrato de seguro prestamista contempla riscos específicos que não devem ser interpretados de forma extensiva. De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o beneficiário do prêmio do seguro de vida, não terá direito ao recebimento da indenização se o óbito do segurado for decorrente de suicídio, ocorrido durante o período de carência de dois anos do início de vigência do contrato. Demonstra-se desnecessária a discussão a respeito de o suicídio do segurado ter sido ou não premeditado, isso porque o novo Código Civil adotou o critério objetivo e temporal para regular a matéria, tornando-se inócua definir o motivo do ato suicida, já que o suicídio não é risco coberto pelo seguro de vida se cometido nos dois primeiros anos de vigência do contrato. (TJMG; APCV 0029739-98.2013.8.13.0236; Elói Mendes; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos; Julg. 27/03/2019; DJEMG 03/04/2019).

O precedente do Tribunal Mineiro está fundamentado em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que produziu acórdão cuja ementa transcrevo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CIVIL – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – SUICÍDIO DO SEGURADO – PREMEDITAÇÃO – COMPROVAÇÃO – DESNECESSIDADE – VIGÊNCIA – PRAZO DE CARÊNCIA – INDENIZAÇÃO DESCABIDA – RESERVA TÉCNICA – DEVOLUÇÃO AO BENEFICIÁRIO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ).

2. O suicídio, nos contratos de seguro de vida individuais ou coletivos firmados sob a égide do Código Civil de 2002, é risco não coberto se cometido nos primeiros 2 (dois) anos de vigência da avença. Com a novel legislação, tornou-se inócua definir a motivação do ato suicida, se voluntário ou involuntário, se premeditado ou não. Inaplicabilidade das Súmulas n° 105/STF e n° 61/STJ, editadas com base no Código Civil de 1916.

3. O art. 798 do CC/2002 estabeleceu novo critério, de índole temporal e objetiva, para a hipótese de suicídio do segurado no contrato de seguro de vida.

4. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicidar no prazo de carência, sendo assegurado, todavia, o direito de ressarcimento do montante da reserva técnica já formada. Após esgotado esse prazo, a seguradora não poderá se eximir de pagar a indenização alegando que o suicídio foi premeditado.

5. Os arts. 797, parágrafo único, e 798 do Código Civil de 2002 impõem à seguradora, na hipótese de morte do segurado por suicídio dentro do prazo de carência legal, a obrigação de restituir a reserva técnica ao beneficiário, sobretudo em razão do caráter previdenciário do contrato, sem fazer nenhuma ressalva quanto à espécie de seguro, se em grupo ou individual, não se conferindo ao intérprete proceder a uma interpretação restritiva na hipótese (art. 423 do CC/2002).

Precedentes.

6. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1065074/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

Conforme bem pontuou o julgador de primeiro grau, a matéria tornou-se pacífica no Superior Tribunal de Justiça, isto porque a Corte Superior, no ano de 2018, veio a editar a Súmula nº 610, que dispõe, *in verbis*: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”.

Feitas estas observações, tem-se que eventual reforma do *decisum* de primeiro grau implicaria em afronta direta a súmula 610 do Superior Tribunal de Justiça, súmula que é fruto de interpretação conferida pela mencionada Corte ao artigo 798 do Código Civil (*art. 798 - O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente*).

Sendo assim, a sentença recorrida merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Dispositivo

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto pelo espólio de Hélio Fabiano da Silva Castanho e Rosemir Nunes Scoca e nego-lhes provimento.

Com a manutenção da sentença e tendo em vista que foi apresentado contrarrazões ao recurso, fixo honorários recursais em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Assim, considerando que os honorários advocatícios foram fixados em primeiro grau em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, fica a parte autora condenada ao pagamento do valor total, a título de honorários advocatícios, em quantia de correspondente a 13% (treze por cento) do valor atualizado da causa. A condenação imposta a parte apelante fica com sua exigibilidade suspensa, na forma prevista no § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil, haja vista gozar dos benefícios 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. Amaury da Silva Kuklinski.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 08 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0807150-93.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – VALOR DEPOSITADO EM CONTA BANCÁRIA – FALECIMENTO DO TITULAR – TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* – INCIDÊNCIA DO ITCD – HIPÓTESE DE ISENÇÃO LEGAL AFASTADA – EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ CONDICIONADA AO PRÉVIO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO – RECURSO PROVIDO.

A isenção prevista no artigo 126, I, do Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97) só pode ser adotada para isentar as doações de bens ou direitos realizadas em vida, devendo incidir o ITCD sobre o saldo remanescente de FGTS e PIS depositado em conta bancária.

Consoante Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97) não há falar em isenção do ITCD sobre saldo em contas bancárias deixado pelo titular, além do que, o art. 111 do Código Tributário Nacional é claro ao prever que a legislação tributária que trata sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

Como o valor do alvará judicial em questão será devido à autora por transmissão *causa mortis*, fica condicionado o levantamento do alvará judicial ao prévio recolhimento do respectivo tributo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos de alvará judicial ajuizado por Maria Oliven Lima de Almeida que declarou a isenção do recolhimento do ITCD, determinando a expedição de alvará do valor depositado na subconta vinculada aos autos.

Sustenta que o fato gerador do imposto de transmissão *causa mortis* e doação não é a abertura do inventário ou arrolamento dos bens a serem transmitidos aos herdeiros, mas sim a doação ou óbito, se houve patrimônio transmissível, de modo que referida isenção deve ser indeferida.

Destaca que o artigo 126 do Código Tributário prevê algumas hipóteses passíveis de isenção, dentre as quais não se enquadra o caso dos autos, devendo ser respeitado o princípio da legalidade.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja afastada a isenção do tributo e determinado o recolhimento do ITCD incidente sobre o saldo bancário (resíduo de FGTS e PIS), objeto da transmissão em decorrência do óbito narrado nos autos.

Contrarrazões às f. 61-64.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

A controvérsia cinge-se em verificar se o caso discutido trata-se de hipótese de isenção tributária do ITCMD (imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos).

Maria Oliven Lima de Almeida aforou pedido de alvará judicial, objetivando o levantamento do valor de R\$ 2.737,00 deixado em conta da Caixa Econômica Federal de titularidade do seu falecido filho, Joviano Nunes de Almeida Neto, com óbito ocorrido em 24 de março de 2013.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido para o fim de autorizar a autora a levantar os valores depositados na subconta descrita na inicial, ressaltando que a disposição do art. 126, I, do CTE/MS (Lei Estadual 1.810/97), isenta do ITCD a transmissão *causa mortis* de bens e direitos que não ultrapassem o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação sustentando a necessidade de reforma da sentença em razão de ser devido o recolhimento do ITCD na hipótese dos autos, sob o argumento de que referido imposto tem como fato gerador o óbito ou a doação.

O artigo 155, da Constituição Federal de 1988¹, preceitua que é de competência dos estados-membros a instituição do ITCMD. Já o art. 150, § 6º, da CF/88² estabelece ser necessária lei específica para a concessão de isenção.

Decorre logicamente dos referidos preceitos constitucionais que também caberá aos estados-membros o poder de isentar o contribuinte do ITCMD.

Nesse sentido preleciona o doutrinador Eduardo Sabbag³:

“(...) É cediço que o poder de isentar ou anistiar é correlato ao poder de criar tributos ou exigir penalidade, devendo haver uma simetria no plano da competência tributária, na esteira dos binômios instituir-isentar’ ou ‘instituir-anistiar’. Não é à toa que Kiyoshi Harada, enfatiza, com acerto: ‘Sabido e ressabido que o poder de isentar é corolário do poder de tributar. Só pode isentar que tem o poder de tributar’”

Dessume-se que somente haverá hipótese de isenção do ITCMD quando houver lei estadual específica estatuindo sobre o tema.

A Lei Estadual nº 1.810/97 prevê os casos de isenção do ITCMD em seu art. 126:

“Art. 126. São isentos do ITCD:

I - as doações de bens e direitos cujos valores não ultrapassem o valor equivalente a 780 UFERMS;

II - as transmissões causa mortis, bem imóvel:

a) sendo rural, sua área não ultrapasse o módulo da região e que seja destinado aos herdeiros;

b) sendo urbano, presente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros.

Parágrafo único - A isenção prevista no inciso II só se aplica na herança que tenha um único bem imóvel a ser partilhado.”

1 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.

2 Art. 150 (...)

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

3 **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 816

Percebe-se que o inciso I, do art. 126, da Lei Estadual nº 1.810/97 prevê duas hipóteses de isenção do ITCMD, a saber: a) “as doações de bens cujos valores não ultrapassem o valor equivalente a 780 UFERMS”; e b) “direitos cujos valores não ultrapassem o valor equivalente a 780 UFERMS”.

Desta forma, verifica-se que a isenção prevista no inciso I apenas é aplicável à doações de atos inter vivos, vedando-se interpretação extensiva, especialmente nos casos de outorga de isenção, conforme dispõe o art. 111⁴, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Com efeito, não há isenção sobre o saldo remanescente em conta bancária. O valor de 780 UFERMS só pode ser adotado para isentar as doações realizadas por ato de liberalidade, o que não se amolda no presente caso.

Da leitura dos dispositivos acima, percebe-se que não se compreende, nas disposições vigentes na data do fato gerador, a previsão de isenção de tributo almejada, de modo que não caberia ao juiz a quo o deferimento do pedido de isenção, eis que em caso de isenção “não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa” (art. 179, do CTN).

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL PARA FINS DE SAQUE DE VALORES REMANESCENTE EM CONTA CORRENTE DERIVADOS DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ITCD IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO ISENÇÃO GRATUIDADE DE JUSTIÇA IMPOSSIBILIDADE RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL CONHECIDO E PROVIDO. É devido o ITCD sobre o saldo de valores remanescentes em conta corrente, derivados de benefício previdenciário, mormente porque existe previsão no Código Tributário Estadual”. (TJMS. Apelação nº 0800468-58.2013.8.12.0003, Bela Vista, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 23/11/2015, p: 30/11/2015)

“APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL – ITCD (IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO) – ISENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 126, I, DA LEI 1.810/97 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL) – RECURSO PROVIDO. Se os bens a serem partilhados não atendem aos requisitos previstos no artigo 126 do Código Tributário Estadual não é possível conceder-se a isenção do ITCD”. (TJMS. Apelação nº 0821706-42.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 06/10/2015, p: 14/10/2015)

“EMBARGOS INFRINGENTES – ALVARÁ JUDICIAL PARA FINS DE SAQUE DE PIS E FGTS – PEDIDO DEFERIDO PELO JUIZ – ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DO ITCD – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 126, INC. I, DA LEI Nº 1.810/97 (CTE) – RECURSO IMPROVIDO. Nos inventários processados sob o rito de arrolamento sumário, ante a ausência de previsão legal de isenção do ITCD incidente sobre bens móveis e direitos, não é possível ao juízo a concessão desse benefício, por força do artigo 179 do CTN, que confere à autoridade administrativa a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção de tal tributo”. (TJMS. Embargos Infringentes nº 0038219-89.2011.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 28/08/2013, p: 15/05/2014)”

Portanto, diante da ausência de previsão expressa da referida isenção no Código Tributário Estadual à época do fato gerador, forçosa a reforma da sentença.

Isso posto, dou provimento ao recurso para o fim de reformar a sentença e condicionar a expedição do alvará judicial do valor depositado em subconta vinculada aos autos à prévia comprovação do recolhimento do ITCD.

4 Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão de crédito tributário;

II – Outorga de isenção;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 26 de março de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0800868-27.2017.8.12.0005 - Aquidauana

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ALEGAÇÃO DE ERRONIA NA GRAFIA DO NOME DO AVÔ PATERNO – AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS – PRETENSÃO INADMITIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos termos do artigo 109, da Lei de Registros Públicos, afigura-se admitida a retificação de assentamento público com vistas à consecução do princípio da realidade registral, consistente na instrumentação das certificações de modo a que remanesça fielmente retratado o fato atestado.

Não caracterizado o alegado erro, pois descrito o nome do avô paterno no seu assento de nascimento com a mesma grafia aposta no assento de nascimento de seu pai, deixa de ser verificada a erronia registral passível de retificação na via eleita.

A certidão de nascimento se traduz na elementar documentação do cidadão, sendo responsável por sua individualização no seio da sociedade. Destarte, o seu correspondente assentamento, diretamente decorrente da manifestação de vontade dos genitores, goza de presunção de veracidade e deve se manter hígido inclusive em prol da segurança jurídica de todos que se relacionam com o seu titular.

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, com o parecer.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Vilmar Rodrigues de Oliveira apela da sentença, proferida nos autos da ação de retificação de registro civil, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Sustenta que o magistrado singular laborou em erro ao deixar de reconhecer que “Paulo de Oliveira Pitéu” e “Hypólito Inácio de Oliveira”, constantes de sua certidão de nascimento, são a mesma pessoa.

Defende que “Paulo de Oliveira Pitéu” era apenas um apelido de seu avô paterno, cujo verdadeiro nome é “Hypólito Inácio de Oliveira”, não se tratando de dois irmãos, como insinuou o juiz *a quo*.

Pugna pela reforma da sentença para que seja determinado a retificação do seu registro civil, para que conste como seu avô paterno, o nome de “Hypólito Inácio de Oliveira”.

Por fim caso pare alguma dúvida sobre a unicidade alegada, requer que se determine o retorno dos autos ou converta o presente recurso em diligência para exumação de corpos para recolhimento de material genético para feitura de exame de DNA.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões pelo desprovimento do recurso. (f. 86-91)

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer opinando pelo não provimento do apelo. (f. 101-107)

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

O apelante Vilmar Rodrigues de Oliveira ajuizou a presente ação, objetivando retificar seu registro civil, para que passe a constar que seus genitores são Luciano Gualberto de Oliveira e Glicéria Rodrigues Gualberto, bem como que seus avós paternos são Hypólito Inácio de Oliveira e Catarina Cardoso.

O juiz de 1ª instância proferiu a sentença de f. 64-68, julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, apenas para que os nomes de seus genitores fossem retificados passando a constar como sendo Gliceria Rodrigues Gualberto e Luciano Gualberto.

Por outro lado, indeferiu o pedido concernente à retificação dos nomes de seus avós paternos, para Hypólito Inácio de Oliveira e Catarina Cardoso.

Inconformado, interpôs a presente recurso, aduzindo que o magistrado singular laborou em erro ao deixar de reconhecer que Paulo de Oliveira Pitéu e Hipólito Inácio de Oliveira, constantes de sua certidão de nascimento, são a mesma pessoa.

Sustenta que Paulo de Oliveira Pitéu era apenas um apelido de seu avô paterno, cujo verdadeiro nome é Hipólito Inácio de Oliveira, não se tratando de dois irmãos, como insinuou o juízo *a quo*.

Nos termos do artigo 109, da Lei de Registros Públicos, afigura-se admitida a retificação de assentamento público com vistas à consecução do princípio da realidade registral, consistente na instrumentação escoreita das certificações de modo que remanesça fielmente retratado o fato atermado.

Entrementes, não se pode olvidar que o sistema jurídico regedor dos atos registraes também tem como precípua escopo a busca pela segurança jurídica, ensejando, como consequência, a inafastável exigência de elevado grau de certeza na perquirição da situação fática retratada pela atividade registral.

Portanto, a concretização do pleito de retificação dos dados indicados nos atos registraes impescinde da cabal demonstração da erronia alardeada.

No caso em apreço, com a renovada vênua, tenho que a documentação tida como escoreita e balizadora da retificação pretendida pelo apelante não é suficiente para desconstituir o entendimento proferido pelo juiz *a quo*.

Em que pese o apelante alegar que o nome de seu avô paterno era Hipólito Inácio de Oliveira, não há qualquer documento que corrobore essa informação. Note-se que na certidão de casamento dos pais do requerente (f. 09), na certidão de nascimento do pai do requerente (f. 10), no assento de casamento dos pais do requerente (fs. 36-37) e no assento de nascimento do pai do requerente (f. 44), consta que o avô paterno do autor é Paulo de Oliveira Pitéu.

Por outro lado, ouvidas as testemunhas em juízo, nenhuma soube afirmar com convicção de que Paulo de Oliveira Pitéu e Hipólito Inácio de Oliveira tratavam-se da mesma pessoa. (f. 49)

Muito embora haja nos autos a certidão de nascimento e de óbito de f. 11-12, constando o nome Hypólito Inácio de Oliveira, não ficou definitivamente comprovado que referida pessoa seria realmente o avô do apelante.

Como bem salientou a Procuradoria-Geral de Justiça, o que o autor pretende não é mera correção de grafia, uma vez que a alteração pretendida alteraria totalmente não só o seu registro civil, como também o de seu genitor, já que almeja a retificação do nome de seu avô paterno.

Assim, não caracterizado o alegado erro, pois descrito o nome do avô paterno como “Paulo de Oliveira Pitéu” no seu assento de nascimento com a mesma grafia aposta no assento de nascimento de seu pai, deixa de ser verificada a erronia registral passível de retificação na via eleita.

Ora, a certidão de nascimento se traduz na elementar documentação do cidadão, sendo responsável por sua individualização no seio da sociedade. Destarte, o seu correspondente assentamento, diretamente decorrente da manifestação de vontade dos genitores, goza de presunção de veracidade e deve se manter hígido inclusive em prol da segurança jurídica de todos que se relacionam com o seu titular.

Nesse sentido:

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – LEI DE REGISTROS PUBLICOS – RETIFICAÇÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO – SUPOSTO ERRO DE GRAFIA NOS NOMES DOS ASCENDENTES – AUSÊNCIA DE PROVA – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO – REEXAME DE PROVAS – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA N. 7 DO STJ – DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem asseverou que “não restou definitivamente comprovado que o nome dos pais da Autora indicado no registro civil está errado”, destacando que “os documentos que acompanharam a inicial não são suficientes a comprovar as alegações autorais” (e-STJ f. 69-70). Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 892211 MG 2016/0080284-9, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data de julgamento: 06/02/2018, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/03/2018)... Portanto, resta forçoso reconhecer que o douto sentenciante decidiu incorretamente o caso em exame, não havendo razões para a reforma da sentença impugnada.”

Outrossim, quanto ao pedido de conversão do julgamento em diligência para que fossem produzidas novas provas além das constantes nos autos, tenho que referida pretensão não merece prosperar.

Como bem fundamento o *Parquet* estadual:

“(...) Ocorre que, nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. Desta forma, não tendo sido devidamente instruída a ação com os elementos probatórios suficientes para provar o seu direito e não tendo sido feitos os requerimentos pertinentes pelo autor no curso da ação, a improcedência do pedido é uma consequência natural.” (f. 89)

Logo, na medida em que inverificada qualquer erronia no assentamento tanto do nascimento como do casamento dos pais do postulante, tenho como inviabilizada a retificação registral aspirada nesta instância.

Isso posto, com o parecer 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, com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1402956-33.2019.8.12.0000 - Coxim

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – DESTAQUE PARA EXPEDIÇÃO DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR – RPV – SÚMULA VINCULANTE 47/STF – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES STF E STJ – RECURSO PROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação sob o nº 22.072/RS, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou o entendimento de que ofende à Súmula Vinculante 47 decisão que afasta sua incidência dos créditos decorrentes de honorários advocatícios contratuais. Nesse sentido: Rcl. 21.516, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 29.10.2015; e Rcl. 21.299, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 14.9.2015.

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AgRg no REsp 1494498/RS, no dia 15/04/2019, firmou posicionamento acerca da possibilidade de fracionamento dos honorários da verba principal e expedição de requisição autônoma destinada ao pagamento do montante pertencente ao advogado, inclusive os contratuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Fábio Nogueira Costa agrava da decisão proferida nos autos da liquidação de sentença movida por Federação Sindical dos Servidores Públicos Municipais do Estado de Mato Grosso do Sul em face do Município de Coxim, que indeferiu o pedido de destaque dos honorários contratuais, mediante a juntada nos autos do contrato de honorários, para expedição de requisição de pequeno valor-RPV.

Defende a possibilidade de destaque dos honorários contratuais, haja vista que tanto a Portaria nº 629/2014 do TJMS, como a Resolução nº 115/2010 do CNJ estão em consonância com o artigo 22, § 4º, da Lei nº 8.906/1994, no sentido de que se o advogado exibir o contrato de honorários no processo que atuou, deve ocorrer o destaque do crédito da parte por ele assistida.

Alega que:

“(…) a decisão recorrida também não está em sintonia com a jurisprudência do STJ, segunda a qual seria possível ao patrono da causa, em seu próprio nome, requerer o destaque da verba honorária, mediante juntada aos autos do contrato de honorários, nos termos do artigo 22, § 4º, da Lei 8906D 1994, até a expedição do mandado de levantamento ou Precatório.” (sic)

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a decisão recorrida, determinando o destaque dos honorários advocatícios devidos ao agravante, conforme contrato de honorários anexado nos autos.

Na decisão de f. 168-169, foi indeferido o pedido de antecipação de tutela recursal, recebendo o recurso apenas no efeito devolutivo, com a determinação de intimação do agravado para, querendo, responder no prazo legal.

O Município de Coxim apesar de regularmente intimado, deixou transcorrer o prazo *in albis*, mantendo-se inerte (f. 177).

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de expedição de requisição de pequeno valor para o pagamento dos honorários contratuais.

Sobre o pagamento de honorários pela Fazenda Pública, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 47 que prevê:

“(...) os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

A fim de esclarecer o teor do enunciado normativo, a Corte Suprema havia assentado a tese de que *“é firme o entendimento desta Corte no sentido de que a decisão do juízo singular que impede a expedição de RPV em separado para pagamento de honorários contratuais não viola a Súmula Vinculante 47.”* (RE 968116, Relator Ministro Edson Fachin)

Neste julgamento o Ministro Edson Fachin discorreu que:

“(...) somente os honorários de sucumbência não são considerados como parcela integrante do valor principal e poderão ser requisitados de forma autônoma. Por outro viés, os honorários contratuais devem ser considerados parcela integrante do valor principal devido e serão destacados do principal apenas para que o depósito seja disponibilizado diretamente em favor do advogado, por força do contrato e do disposto no art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94. Sendo assim, se o pagamento do principal for feito através de precatório, o mesmo ocorrerá com o pagamento de honorários contratuais (...)”

E a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.347.736/RS, submetido ao regime de recursos repetitivos, decidiu pela autonomia dos honorários em relação ao crédito principal, inclusive no que pertine à forma de expedição do requisitório.

Portanto, com relação aos honorários contratuais, como não decorrem da condenação propriamente, prevalecia a posição de que eles não podiam ser objeto de requisição apartada, assegurando-se ao advogado apenas a possibilidade de requerer a sua reserva, mediante a juntada do contrato de prestação de serviços aos autos, antes da expedição do mandado de levantamento ou do precatório.

Entretanto, o novel entendimento tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que *“viola à Súmula Vinculante 47 decisão que afasta sua incidência dos créditos decorrentes de honorários advocatícios contratuais”*.

Explico.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na sessão do dia 08/09/2015, ao julgar o AgRg no AgRg no Recurso Especial nº 1.494.498 - RS (2014/0298725-4), negou provimento ao recurso sob o fundamento

de que “ a jurisprudência desta Casa não autoriza a expedição autônoma de requisição de pequeno valor ou precatório para os honorários contratuais, apenas o destacamento antes do ofício requisitório”.

O julgado restou assim ementado:

“(...) é possível o destaque dos honorários contratuais em favor dos advogados mediante a juntada, antes da expedição do precatório, do contrato de prestação de serviços profissionais, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906/1994, mas não a expedição autônoma de requisição de pequeno valor ou precatório”. Nesses casos, deve ser levado em consideração o crédito pertencente ao autor para fins de classificação do requisitório, porquanto os honorários contratuais não decorrem da condenação em si. [...]” (AgRg no AgRg no REsp 1494498/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 21/09/2015)

Contra referido julgamento, aquela parte agravante ajuizou reclamação no Supremo Tribunal Federal sob o nº 22.072/RS, que foi julgada procedente para cassar o aresto acima mencionado, nos termos da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, a seguir transcrita:

“Assiste razão ao reclamante quanto à alegação de violação à Súmula Vinculante 47.

Esta a redação da referida súmula vinculante:

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”.

A proposta de edição da Súmula Vinculante 47 (PSV nº 85), de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil, baseou-se no art. 22, § 4º, e no art. 23 da Lei nº 8.906/1994, que tratam dos honorários contratuais, sucumbenciais e por arbitramento judicial:

“Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

(...)

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

(...)

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”

A referida súmula foi aprovada na Sessão Plenária de 27.5.2015, tendo como base de sua fundamentação o RE 564.132-RG, Red. P/ Acórdão, Min. Cármen Lúcia, Dje 9.2.2015. Eis a ementa do referido julgado:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ESTADO-MEMBRO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL – AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO – TITULARES DIVERSOS – POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO – REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO

POR PRECATÓRIO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”

O Supremo Tribunal Federal ratificou a natureza de prestação alimentícia dos honorários de sucumbência devidos ao advogados, uma vez que constituem a contraprestação ao trabalho prestado.

Fixou-se o direito do advogado de requisitar a execução de seus honorários em destacado do crédito principal, sem implicar o fracionamento da execução contra a Fazenda Pública, situação vedada pelo art. 100, § 8º, (na redação conferida pela EC nº 62/2009) da Constituição Federal.

O ato reclamado está assim disposto:

“Face à existência do processo inventário nº 001/1.13.0076138-6 dos bens deixados pelo de cujus Jose Luiz Nehme, em tramitação na 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre, declaro habilitada a inventariante e representante do espólio, Sra. Maria Helena Ruschel.

Inicialmente, anoto que todos os valores disponíveis neste feito serão remetidos ao Juízo do inventário, competente para a partilha dos bens entre os herdeiros. Da mesma forma que o crédito executado, o débito contratual também deverá ser levado ao processo de inventário.

Portanto, oficie-se ao Juízo da 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre comunicando a existência de crédito em nome do espólio de Jose Luiz Nehme e solicitando que o número de uma conta judicial para que seja possível a realização da transferência do valor disponível para o processo de inventário.” (eDOC 7).

No Recurso Extraordinário 564.132, precedente da Súmula Vinculante nº 47, esclareceu-se que há possibilidade de execução e pagamento autônomo dos créditos de honorários advocatícios, podendo ser desvinculado do crédito principal porque tem origem distinta e pertence a pessoa distinta.

Dessa forma, tenho por ofensa à Súmula Vinculante 47 decisão que afasta sua incidência dos créditos decorrentes de honorários advocatícios contratuais. Nesse sentido: Rcl. 21.516, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 29.10.2015; e Rcl. 21.299, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 14.9.2015.

Ante o exposto, julgo procedente esta Reclamação, para cassar o ato reclamado e determinar que outra seja proferida à luz da Súmula Vinculante 47, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

O Superior Tribunal de Justiça ao rejulgar o AgRg no AgRg no REsp 1494498/RS no dia 15/04/2019, acolheu a tese firmada pela Suprema Corte na Reclamação, oportunidade em que o Relator Ministro Og Fernandes foi seguido pelos eminentes pares Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão e Herman Benjamin, conforme fundamentação a seguir:

“ O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação 22.072/RS, asseverou que viola o referido enunciado sumular decisão que afasta sua incidência dos créditos decorrentes de honorários advocatícios contratuais.

Assim sendo, o caso é de provimento do recurso especial para assentar a possibilidade de fracionamento dos honorários da verba principal e expedição de requisição autônoma destinada ao pagamento do montante pertencente ao advogado, inclusive os contratuais.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial.”

O julgado restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – REQUISIÇÃO AUTÔNOMA DESTINADA AO PAGAMENTO DESSE MONTANTE – SÚMULA VINCULANTE 47/STF – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Rejulgamento do agravo regimental por determinação da Suprema Corte. 2. “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza” (Súmula Vinculante 47/STF). 3. Segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação 22.072/RS, viola o referido enunciado sumular decisão que afasta sua incidência dos créditos decorrentes de honorários advocatícios contratuais. 4. O caso é de provimento do recurso especial para assentar a possibilidade de fracionamento dos honorários da verba principal e expedição de requisição autônoma destinada ao pagamento do montante pertencente ao advogado, inclusive os contratuais. 5. Agravo regimental a que se dá provimento para dar provimento ao recurso especial. (AgRg no AgRg no REsp 1494498/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 15/04/2019)

Nesse contexto, denota-se que atualmente prevalece nas Cortes Superiores, o entendimento de que é possível o fracionamento dos honorários da verba principal, possibilitando a expedição de requisição autônoma destinada ao pagamento do montante pertencente ao advogado, com relação aos honorários sucumbenciais, como também dos honorários contratuais.

Portanto, impedir a expedição de requisição de pequeno valor (RPV) para o pagamento dos honorários contratuais devidos ao agravante, é incorrer em flagrante violação a Súmula Vinculante nº 47, de sorte que, o provimento do presente recurso é medida de rigor.

Assim, a decisão recorrida deve ser reformada para que seja admitida a expedição de requisição de pequeno valor autônoma para o pagamento dos honorários contratuais.

Isso posto, dou provimento ao recurso para determinar o destaque dos honorários contratuais da verba principal e, conseqüentemente, autorizar a expedição de requisição de pequeno valor (RPV) para o pagamento dos honorários contratuais devidos ao agravante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 04 de junho de 2019.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1414022-44.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator designado Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA FORMULADO PELA AGRAVANTE – INDEFERIMENTO – ICMS – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – SERVIÇO ESSENCIAL – ALÍQUOTA ESTADUAL FIXADA EM 27% – LEI 1.810/97, ART. 41, VI – NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não se olvida a faculdade conferida ao legislador estadual a respeito da seletividade da alíquota em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço sobre o qual incide o ICMS, tal como dispõe de forma clara o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, segundo o qual o Estado “*poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*”.

É assim evidente que se o Estado opta pela aplicação da seletividade, o que era inicialmente uma faculdade passa a ser uma obrigação, não podendo o legislador, a seu bel prazer, estabelecer alíquotas destituídas de relação com a essencialidade ou não do serviço.

Admitir, assim, que o Estado estabeleça alíquota de 27% sobre o serviço de telecomunicação é, no mínimo, incongruente e contraditório com a intenção do constituinte, que previu a seletividade com o fito óbvio de que a alíquota fosse inversamente proporcional à essencialidade do serviço, ou seja, quanto mais essencial for o serviço ou a mercadoria, menor deverá ser a alíquota sobre ele incidente e, quanto menos essencial ou mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior a alíquota incidente.

Recurso conhecido e provido para suspender a exigibilidade do ICMS à alíquota de 27% sobre os serviços de telecomunicações da empresa agravante, por ser alíquota superior àquela genericamente estabelecida pela legislação sul mato-grossense, de 17%.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o 1º Vogal retificar o voto para acompanhá-lo, vencido o Relator.

Campo Grande, 27 de março de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0828170-09.2018.8.12.0001 pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Ordinária com pedido de tutela provisória de urgência proposta pela Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra contra o Estado de Mato Grosso do Sul, em que aduz, em suma, ser pessoa jurídica de direito privado, e que exerce a atividade de comércio varejista de mercadorias em geral. Argumenta que para a consecução de suas atividades é imprescindível que seus estabelecimentos estejam devidamente providos de serviços considerados essenciais, tais como o serviço de telecomunicações.

Relata que a operação de serviço de telecomunicações está sujeita a incidência do ICMS, e, no Estado de Mato Grosso do Sul, a alíquota devida foi fixada em vinte e sete por cento (27%), regulada pelo Decreto nº 9.203, de 18/09/1998. Assevera, ainda, nos termos do art. 41-A, § 1º, da Lei Estadual nº 1.810, de 22/12/1997, a referida alíquota sofre acréscimo de dois por cento (2%) destinado ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza (FECOMP), instituído pela Lei Estadual nº 3.337, de 22/12/2006.

Por fim, aduz que o serviço de telecomunicações representa serviço essencial para a sociedade em geral, de modo que a alíquota do ICMS a ser aplicada no caso em análise deve estar em harmonia com o princípio da seletividade/essencialidade.

Requeru, assim: *a) a concessão de tutela de urgência para suspender a exigibilidade do ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações, em todos os estabelecimentos da parte autora; b) a procedência da tutela concedida, para que os estabelecimentos da autora não se sujeitem às inconstitucionais alíquotas incidentes sobre o serviço de telecomunicações, e c) a restituição e/ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título* (f. 1-23, na origem).

Decisão interlocutória: indeferiu a concessão de tutela de urgência (f. 141-143, na origem).

Agravo de instrumento: interposto por Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra, sustentando, em síntese, que: a ação tem o propósito de garantir que a tributação do ICMS sobre os serviços de telecomunicações seja pela alíquota genérica de dezessete por cento (17%), tendo em vista a inconstitucionalidade da alíquota de vinte e sete por cento (27%), prevista na legislação Estadual; a Lei Estadual nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997, se vinculou ao critério da essencialidade na diferenciação da alíquota entre os diferentes produtos e serviços sujeitos ao imposto.

Requer, assim: a concessão da antecipação da tutela recursal para suspender a tributação de ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações em alíquota superior àquela genericamente prevista, autorizando a redução da alíquota para dezessete por cento (17%), e no mérito, a confirmação da tutela de urgência (f. 1-17).

Decisão do relator: indeferiu o pedido de concessão da tutela antecipada recursal (f. 196-200).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 205-211).

VOTO(EM 13/03/2019)

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

Discute-se no presente recurso se estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência visando a imediata diminuição da alíquota do ICMS sobre os serviços de telecomunicações de 27% para 17% considerando o princípio constitucional da seletividade/essencialidade.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 07/11/2018 (f. 32-35), tendo a respectiva intimação ocorrido em 14/11/2018 (f. 181), enquanto que o presente recurso foi interposto em 07/12/2018 (f. 01-17).

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 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, caput, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 18-19).

Requisitos da tutela de urgência

O agravante sustenta que a tributação do ICMS sobre os serviços de telecomunicações seja pela alíquota genérica de dezessete por cento (17%), tendo em vista a inconstitucionalidade da alíquota de vinte e sete por cento (27%), prevista na legislação Estadual, por desconsiderar o critério da essencialidade na diferenciação da alíquota entre os diferentes produtos e serviços sujeitos ao imposto (art. 155, § 2º, inc. III, da CF).

O Juiz *a quo* indeferiu a tutela de urgência sob o fundamento de que:

“(...) nos termos do art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, a adoção do princípio da seletividade é uma faculdade do legislador estadual, sendo deste a competência para regulamentar o ICMS em todas as suas peculiaridades, inclusive no que tange a aplicação do princípio constitucional da seletividade” (f. 34).

A, ainda, acrescentou que a análise necessita de dilação probatória, pois:

“(...) ainda que adotada a tese de que o Judiciário pode declarar a nulidade da cobrança, determinando ao Legislativo o restabelecimento das alíquotas respeitando a essencialidade, imprescindível para tanto a análise pormenorizada das alíquotas estipuladas pela legislação estadual aos serviços de telecomunicações, bem como se elas atendem o comando constitucional da seletividade, o que demanda dilação probatória” (f. 35).

O agravante recorre da decisão que indeferiu a tutela provisória que pretendia que fosse suspensa a exigibilidade do ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações, exigência esta consubstanciada pelo artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97, em alíquota superior àquela genericamente prevista na legislação sul-mato-grossense (atualmente estabelecida em 17% pelo artigo 41, inciso III, alínea a, da mesma Lei Estadual nº 1.810/97)

O artigo 300, do Código de Processo Civil/15 prevê que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Em síntese, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos.

Num juízo perfunctório tenho que não há plausibilidade no direito reclamado, pois existe contróversia a respeito da faculdade ou obrigatoriedade da aplicação do princípio da seletividade ao ICMS.

Isso porque o art. 155, § 2º, inc. III, da CF, prevê, em relação ao ICMS, que poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Uma parte da doutrina entende que estabelecer um poder à uma pessoa política, em verdade, é lhe impor um dever, ou seja, a seletividade teria natureza obrigatória para o legislador infraconstitucional. Enquanto a outra parte entende pela facultatividade do legislador em aplicar alíquotas seletivas ao ICMS, e por esse motivo é necessária prévia análise para entender quais serão as mercadorias e serviços sujeitos ao princípio da seletividade¹.

Considerando especificamente a controvérsia ora apresentada (aplicação da seletividade ao ICMS sobre o serviço de telecomunicações), o Supremo Tribunal Federal afetou para julgamento de repercussão geral o RE 714.139/SC, conforme se extrai da ementa a seguir:

“IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.” (RE 714139 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/06/2014, Publ. 26-09-2014).

¹ Fonte: <<https://jus.com.br/artigos/59886/a-analise-da-aplicacao-do-principio-da-seletividade-ao-imposto-sobre-operacao-de-circulacao-de-mercadoria-e-servico-icms>>

Portanto, considerando a controvérsia da questão apresentada, pendente de julgamento no STF por meio de Recurso Extraordinário com repercussão geral, no momento, não há plausibilidade do direito invocado pelo agravante, razão pela qual não há que se falar em concessão da tutela de urgência.

Portanto, mantenho a decisão agravada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra mas nego-lhe provimento.

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, negar provimento ao recurso.

VOTO (EM 20/03/2019)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º vogal)

Na sessão do dia 13/03/2019, pedi vista após o ilustre Relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, negar provimento ao agravo de instrumento interposto por Companhia Brasileira de Distribuição – Hipermercado Extra, mantendo a decisão proferida pelo douto juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, Dr. Marcelo Andrade Campos Silva, que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo agravante.

O recorrente ingressou com essa ação alegando que para a consecução de suas atividades utiliza dos serviços de telecomunicações, sujeitos portanto ao ICMS nos moldes do art. 155, inciso II, da Constituição Federal. Afirmou, entretanto, que o Estado do Mato Grosso do Sul, através da Lei 1.810/97, estabeleceu alíquota de 27% sobre tais serviços (art. 41, VI).

Afirma ainda que de acordo com o disposto no artigo 41-A, § 1º, da Lei 1.810/97, as citadas alíquotas sofrem o acréscimo de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOMP), instituído pela Lei nº 3.337/2006.

Aduz que o serviço de telecomunicações representa serviço essencial para a sociedade em geral, de modo que a alíquota de ICMS a ser aplicada *in casu* deve estar em harmonia com o Princípio da Seletividade/Essencialidade, insculpido no art. 155, § 2º, III, da CF/88.

Em razão disso ingressou com a ação em comento, requerendo tutela provisória de urgência para:

“(...) suspensão da exigibilidade do ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações, exigência esta consubstanciada pelo artigo 41, inciso VI, da Lei (MS) nº 1.810/97, em alíquota superior àquela genericamente prevista na legislação sul-mato-grossense (atualmente estabelecida em 17% pelo artigo 41, inciso III, alínea a, da Lei (MS) nº 1.810/97) acrescida do adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, na forma do art. 151, inciso V, do CTN”.

O douto juiz *a quo* indeferiu o pedido de tutela provisória sob o fundamento de que a adoção do princípio da seletividade é uma faculdade do legislador estadual, sendo deste a competência para regulamentar o ICMS em todas as suas peculiaridades. Ponderou, ademais, que ainda que adotada a tese de que o Judiciário pode declarar a nulidade da cobrança, determinando ao Legislativo o restabelecimento das alíquotas respeitando a essencialidade, seria imprescindível para tanto:

“(...) a análise pormenorizada das alíquotas estipuladas em legislação estadual aos serviços de telecomunicações, bem como se elas atendem o comando constitucional da seletividade, o que demanda dilação probatória”.

O autor, então, agravou da decisão em comento sustentando a obrigatoriedade da observância do princípio da seletividade. Pondera que se o art. 155, § 2º, III da Constituição Federal estabelece que o ICMS “*poderá ser seletivo em função da essencialidade dos produtos*” ele faculta a adoção de um sistema de alíquotas variáveis que, se aplicado, obriga a graduação dessas alíquotas de acordo com a essencialidade de cada mercadoria e serviço tributado.

Conclui que a evidente essencialidade dos serviços de comunicações expõe a contrariedade da alíquota majorada ao texto constitucional.

O eminente relator do feito proferiu voto negando provimento ao agravo sob o fundamento de que não há plausibilidade do direito invocado uma vez que há controvérsia a respeito da faculdade ou obrigatoriedade do princípio da seletividade ao ICMS. Citou o RE 714.139/SC, afetado para julgamento de repercussão geral.

Pedi vista dos autos e, pedindo vênias ao eminente relator, estou dando provimento ao recurso.

Para ser concedida a tutela de urgência mister se faz a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito ou o perigo de dano ou risco ao resultado útil no processo, sendo que, *in casu*, estão presentes.

Tais requisitos estão elencados no art. 300 do NCPC, que trata da tutela de urgência; veja-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.”

Verifica-se, pois, a exigência da presença cumulativa de dois requisitos essenciais, a saber, a *probabilidade do direito* do autor e o *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*, sem os quais a medida pleiteada não deve ser concedida.

Ressalto que o conceito de probabilidade do direito, a exemplo da anterior previsão de verossimilhança da alegação do artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, é certo, é quase certo ou bastante provável que o autor tenha razão e o pedido formulado na inicial será fatalmente acolhido ao final da ação.

Assim, a menção à “probabilidade do direito” feita pelo dispositivo legal refere-se não à certeza do direito, mas sim à sua aparência de verdade, exigindo a lei uma prova que corrobore a afirmação feita pelo autor. É um juízo, como a literalidade da palavra expressa, de probabilidade quanto a ter o autor razão nos seus argumentos, que podem levar ao eventual acolhimento da pretensão inicial.

Nessa senda, com o brilhantismo que lhe é peculiar, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO leciona sobre a aplicação dos juízos do mal maior e do direito mais forte na análise do *fumus boni iuris*; veja-se:

“Para antecipar a tutela, basta a probabilidade e, obviamente, não se exige a certeza; mas é sempre indispensável observar uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os prejuízos a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela quanto às medidas cautelares.

[...]

Ao juízo do mal maior associa-se o juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devam ser sacrificados.” (grifei)

Pois bem.

Transpondo a espécie para o caso dos autos, a probabilidade do direito do agravante, a meu ver, é evidente, assim como o perigo de dano, de modo a justificar a concessão da tutela.

Não se olvida a faculdade conferida ao legislador estadual a respeito da seletividade da alíquota em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço sobre o qual incide o ICMS, tal como dispõe de forma clara o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, segundo o qual o Estado “*poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*”.

Ocorre que é evidente que se o Estado opta pela aplicação da seletividade, o que era inicialmente uma faculdade passa a ser uma obrigação, não podendo o legislador, a seu bel prazer, estabelecer alíquotas destituídas de relação com a essencialidade ou não do serviço.

Admitir, assim, que o Estado estabeleça alíquota de 27% sobre o serviço de telecomunicação é, no mínimo, incongruente e contraditório com a intenção do constituinte, que previu a seletividade com o fito óbvio de que a alíquota fosse inversamente proporcional à essencialidade do serviço, ou seja, quanto mais essencial for o serviço ou a mercadoria, menor deverá ser a alíquota sobre ele incidente e, quanto menos essencial ou mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior a alíquota incidente.

Reside aí a probabilidade do direito do agravante, suficiente, a meu ver, à concessão da tutela de urgência. Aliás, há probabilidade tão evidente que o Supremo Tribunal Federal afetou para julgamento de repercussão geral o RE 714.139/SC. Confira-se:

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%. Se há controvérsia tão evidente a ponto de justificar a instauração do incidente, me parece que há, então, probabilidade do direito apta a justificar a medida pleiteada.

De outro lado, é evidente, a meu ver, que a cobrança de tributo indevido representa perigo de dano ao contribuinte, seja porque diminui a capacidade financeira dele, seja porque o procedimento de restituição é complexo e demorado.

A meu ver, assim, o contribuinte não pode ser compelido ao pagamento de alíquota exorbitante e sem propósito, constituindo-se essa cobrança em prejuízo ao desenvolvimento de suas atividades comerciais, na medida em que aumenta o custo dos serviços e, conseqüentemente, em adicional a ser implementado no seu próprio comércio.

Ademais, pagando a alíquota de 27% sobre o serviço de telecomunicações, que se revela, em princípio, ilegal, estará promovendo pagamento indevido, com todas as dificuldades sabidamente existentes para compensar ou obter a devolução dos valores pagos a tal título, pelo que o agravante não deve se submeter a essa exação tributária, impondo-se o deferimento da antecipação da tutela pleiteada em primeiro grau.

Posto isso, pedindo vênias ao e. relator, dele dirijo para conhecer do recurso e lhe dar provimento, reformar a r. decisão recorrida e deferir a liminar pleiteada na inicial, o que faço com fundamento no art. 300 do CPC, presentes os requisitos ali encartados, da ação em curso em primeiro grau, determinando ao Estado de Mato Grosso do Sul que suspenda a exigibilidade do ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações em alíquota superior àquela genericamente prevista na legislação sul-mato-grossense (atualmente estabelecida em 17% pelo artigo 41, inciso III, alínea a, da Lei nº 1.810/97), acrescida do adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, na forma do art. 151, inciso V, do CTN.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Claudionor Miguel Absz Duarte), para reexame do voto proferido, após o 2º vogal apresentar voto divergente e dar provimento ao recurso. O relator negou provimento ao recurso.

VOTO (EM 27/03/2019)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor reexame do meu voto, após a divergência aberta pelo e. 2º vogal, Des. Dorival Renato Pavan.

O i. relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, negou provimento ao recurso interposto pela agravante Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra, mantendo a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido de tutela de urgência por ela deduzido, consubstanciado no afastamento provisório da:

“(...) tributação de ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações na forma do artigo 41, inciso VI, da Lei (MS) nº 1.810/97, em alíquota superior àquela genericamente prevista (atualmente fixada em 17%) pelo artigo 41, inciso III, alínea a, da Lei (MS) nº 1.810/97, autorizando, portanto, a redução da carga tributária do ICMS relativamente aos serviços de telecomunicações para 17% (dezessete por cento)”.

O Des. Dorival Renato Pavan, em voto divergente, deu provimento ao recurso, por entender encontrarem-se presentes os requisitos legais para a concessão da tutela de urgência pugnada pela agravante, baseando-se, além da constatação da essencialidade dos serviços de telecomunicações nas suas atividades, o entendimento do c. Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 714.139/SC, que afetou a matéria para julgamento em repercussão geral, nestes termos:

“IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral - 17%”.

Por esses motivos, revendo meu voto, entendo modificá-lo para acompanhar o voto do i. Des. Dorival Renato Pavan, lembrando, inclusive, que questão semelhante já foi apreciada pela d. 4ª Câmara Cível, em que restou concedida a tutela de urgência para adequar a incidência do imposto ICMS, no caso de fornecimento de energia elétrica, para o consumo efetivo, justamente, por haver reconhecida a essencialidade do produto ou serviço, e a necessária urgência para a concessão da medida antecipatória. *Verbis*:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE OS ADICIONAIS ORIUNDOS DO SISTEMA DE BANDEIRA TARIFÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 300 DO CPC (...) – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

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.

A base de cálculo para a cobrança de ICMS é a demanda de potência efetivamente utilizada pelo consumidor, sem incidência das bandeiras tarifárias, dada a impossibilidade de transferência dos riscos do empreendimento para o consumidor.

De acordo com a súmula 391 do STJ, “o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Recurso conhecido e provido.” (TJMS.Agravo Interno nº 1409426-51.2017.8.12/50000. 4ª Câmara Cível. Rel. Designado Des. Dorival Renato Pavan. J. 27/03/18. DJ. 03/05/18)

Em razão do exposto, com a vênia do o e. relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, retifico meu voto para acompanhar o i. 2º vogal, Des. Dorival Renato Pavan, e, em consequência, nos mesmos termos, dou provimento ao recurso interposto por Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o 1º vogal retificar o voto para acompanhá-lo, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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 e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 27 de março de 2019.

3ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0029054-57.2007.8.12.0001 - Campo Grande

Relator designado Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – ACIDENTE CAUSADO POR MENOR – EMANCIPAÇÃO NÃO RECONHECIDA – A DEMONSTRAÇÃO TÃO SOMENTE DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO INSUFICIENTE PARA TAL FIM – LEGITIMIDADE DA GENITORA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores, ademais se não plenamente demonstrada a suposta causa da emancipação, *in casu*, a economia própria advinda de vínculo empregatício (artigo 5º, parágrafo único, V, do Código Civil). Precedentes STJ. Genitora que se qualifica como parte legítima para figurar no polo passivo de ação de reparação de danos por acidente de trânsito causado por menor.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL DA REQUERIDA – FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – RECURSO PREJUDICADO.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator e o 2º vogal, tudo em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 8 de maio de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos, respectivamente, por Vera Lúcia dos Santos e por Darlene Moreira Barbosa contra sentença proferida pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS.

Ação: de indenização de danos materiais proposta por Darlene Moreira Barbosa contra Vera Lúcia dos Santos, João Selles e Erick Patrick da Silva Monteiro, na qual aduz, em suma, que Paulo Ricardo de Salles, que é filho dos dois primeiros requeridos, em 09/03/2007, quando era menor de idade, deu causa à acidente de trânsito, quando indevidamente dirigia o carro de propriedade do terceiro requerido, o que causou danos ao veículo da autora.

Requeriu, assim, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 15.052,16 (f. 01-05 e 46-47).

Decisão: homologou o pedido de desistência em relação ao réu João Selles, em razão do seu falecimento (f. 86).

Sentença: reconheceu a ilegitimidade passiva dos réus, e, assim, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito. A sentença condenou a requerente ao pagamento das custas, isentando-a do pagamento dos honorários de sucumbência (f. 329-334).

Apelação: interposta pela ré Vera Lúcia dos Santos, em que pleiteia a condenação da autora-apelada ao pagamento dos honorários de sucumbência (f. 340-344).

Apelação: interposta pela autora Darlene Moreira Barbosa, argumentando que: a) a ré Vera Lúcia dos Santos possui legitimidade passiva para responder pela presente demanda, pois é mãe de Paulo Ricardo de Salles, que à época dos fatos era menor de idade e provocou o acidente de trânsito que causou prejuízos materiais à autora; b) o menor Paulo Ricardo de Salles não era emancipado e não possuía economia própria, portanto a mãe é responsável pela reparação civil dos danos causados por seu filho, conforme teor do artigo 932 do CC/2002; c) ainda que se considere que o menor tinha economia própria, tal fato não constitui emancipação voluntária, portanto não enseja a exclusão da responsabilidade dos pais pelos danos causados pelo filho; d) o réu Erick Patrick da Silva Monteiro também possui legitimidade passiva, visto que era o proprietário do carro envolvido no acidente, já que não comprova que realmente tinha alienado o veículo para terceiro antes do evento danoso, e e) ainda que o réu tenha vendido o automóvel envolvido no acidente antes do evento danoso, sua responsabilidade civil persiste, pois é o titular do veículo junto ao DETRAN.

Ao final, requer o provimento do recurso, para o fim de reconhecer a legitimidade passiva dos réus-apelados e, no mérito, condenar os requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais (f. 346-359).

Contrarrazões: apresentadas por Darlene Moreira Barbosa em que pugna pelo não provimento do recurso (f. 366-370).

VOTO (EM 24/04/2019)

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

Discute-se nos presentes recursos: a legitimidade passiva dos réus, com a conseqüente condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais em favor da autora, e a possibilidade de condenação da autora ao pagamento de honorários de sucumbência em favor do patrono dos réus.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 7/12/2017 (f. 335), tendo a respectiva intimação ocorrido em 07/03/2018 (f. 336) enquanto que os presentes recursos foram interpostos em 27/03/2018 e 28/03/2018, respectivamente (f. 340-344 e 346-359).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, os recursos são tempestivos, pois interpostos no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, os recursos estão 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 (partes beneficiárias da gratuidade judiciária f. 375).

Do recurso interposto pela autora Darlene Moreira Barbosa

Legitimidade passiva

Em apertada síntese, aduz a autora-apelante que a sentença deve ser reformada para que seja reconhecida a legitimidade passiva dos réus-apelados para responderem pela presente demanda.

Assevera que: a ré Vera Lúcia dos Santos possui legitimidade passiva para responder pela presente demanda, pois é mãe de Paulo Ricardo de Salles, que à época dos fatos era menor de idade e provocou o acidente de trânsito que causou prejuízos materiais à autora; o menor não era emancipado e não possuía economia própria, portanto a mãe é responsável pela reparação civil dos danos causados por seu filho, conforme teor do artigo 932 do CC/2002; ainda que se considere que o menor tinha economia própria, tal fato não constitui emancipação voluntária, portanto não enseja a exclusão da responsabilidade dos pais pelos danos causados pelo filho; o réu Erick Patrick da Silva Monteiro também possui legitimidade passiva, visto que era o

proprietário do carro envolvido no acidente, já que não comprova que realmente tinha alienado o veículo para terceiro antes do evento danoso, e ainda que o réu tenha vendido o automóvel envolvido no acidente antes do evento danoso, sua responsabilidade civil persiste, pois é o titular do veículo junto ao DETRAN.

Depreende-se dos autos, que a autora, Darlene Moreira Barbosa, ajuizou a presente ação de indenização por danos materiais contra Vera Lúcia dos Santos, João Selles e Erick Patrick da Silva Monteiro, na qual aduz, em suma, que Paulo Ricardo de Salles, que é filho dos dois primeiros requeridos, em 09/03/2007, quando era menor de idade, deu causa à acidente de trânsito, quando indevidamente dirigia o carro de propriedade do terceiro requerido, o que causou danos ao veículo da autora.

A autora-apelante requereu a exclusão do réu João Selles do polo passivo da ação, em razão do seu falecimento (f. 86).

Em sua inicial, a autora-recorrente, em síntese, relatou que o menor Paulo Ricardo de Salles, em 09/03/2007, conduzia a camionete Ford 250, de propriedade do réu Erick Patrick da Silva Monteiro, quando devido a realização da manobra (zerinho), acertou o veículo Celta, placas HRZ 2890, de propriedade da ora apelante, que se encontrava regularmente estacionado na rua.

Requereu a responsabilização dos réus, Vera Lúcia dos Santos, que é mãe do menor envolvido no acidente, e Erick Patrick da Silva Monteiro, por ser o proprietário do veículo envolvido no evento danoso.

Prescreve o Código Civil que, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, sendo que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (artigos 186 e 927 do Código Civil/2002).

O artigo 932, inciso I, do CC/2002 estipula que são também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

A responsabilidade objetiva dos genitores, portanto, deflui do art. 933 do CC/2002, que prevê que “*as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos*”.

Nesse contexto, “*desde que praticado o ato de modo culposo, ofensivo, os pais, tutores, empregadores, comitentes serão responsabilizados independentemente de sua culpa*” (STJ - REsp 1.428.206/RJ, 4ª Turma, DJe de 16/03/2017).

No caso, o acidente de trânsito foi provocado por Paulo Ricardo de Salles, que, à época dos fatos (09/03/2007), possuía dezessete (17) anos de idade (f. 103).

Ou seja, *a priori*, os pais do menor possuem legitimidade passiva para responderem por ação que visa a reparação civil por acidente provocado pelo adolescente, uma vez que possuem responsabilidade civil objetiva em repararem o dano causado pelo seu filho.

Seguindo tal entendimento, a autora-apelante propôs ação de indenização por danos materiais contra Vera Lúcia dos Santos e João Selles, que são os genitores de Paulo Ricardo de Salles, em que pleiteou a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais, em razão do acidente de trânsito provocado pelo menor.

Ocorre que a própria autora-apelante requereu a exclusão do réu João Selles do polo passivo da ação, em razão do seu falecimento (f. 86).

Por sua vez, a ré Vera Lúcia dos Santos defende que é parte ilegítima para responder pela presente demanda, na medida que o seu filho não estaria mais sob a sua responsabilidade (guarda), pois o menor já teria emprego fixo e não residiria com o seus pais (f. 105). Alega que o menor já seria emancipado, por exercer trabalho que lhe garante economia própria (artigo 5º, V, do CC/2002).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que:

“(...) o art. 932, inc. I, do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos.” (Ministro Luis Felipe Salomão, REsp 1436401/MG, 4ª Turma, DJe 16/03/2017).

Nesse contexto:

“(...) 2. O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil. 3.- Há que se investigar se persiste o poder familiar com todas as deveres/poderes de orientação e vigilância que lhe são inerentes. Precedentes.” (STJ - AgRg no AREsp 220.930/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 09/10/2012, DJe 29/10/2012).

Portanto, tem-se que os pais são civilmente responsáveis pelos atos ilícitos praticados por seus filhos menores de idade, desde que presente o poder familiar, sendo irrelevante se possuem a guarda ou se o filho reside em sua companhia.

Contudo, vale lembrar que o poder familiar é extinto pela emancipação do menor (artigo 1635, II, do CC/2002), sendo que uma das causas que acarretam na emancipação é quando o menor de idade, com dezesseis anos completos, possui relação de emprego que lhe forneça economia própria, isto é, independência financeira (artigo 5º, § único, inciso V, do CC/2002).

A emancipação pela existência de relação de emprego que garante ao menor, maior de dezesseis anos, economia própria decorre da Lei, ou seja, é uma *emancipação legal* e, por isso, *“independe de registro e produzirá efeitos desde logo, isto é, a partir do ato ou do fato que a provocou”* (GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Esquemático, v. 1, 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125).

Na espécie, o conjunto fático-probatório dos autos indica que o menor Paulo Ricardo de Salles, quando se envolveu no acidente automobilístico em questão, já era emancipado, uma vez que já possuía dezesseis anos completos e possuía relação de emprego que lhe fornecia independência financeira. Em razão disso, o poder familiar dos seus genitores foi extinto, o que exime os pais da responsabilidade civil pelos atos ilícitos cometidos pelo filho menor de idade, que não estava mais na companhia e autoridade dos genitores.

A emancipação do menor fica evidenciada pelo registro constante na sua carteira de trabalho, que atesta que trabalhava na empresa Casa de Frango Paulista Ltda, na função de garçom, desde 29/11/2005; ou seja, bem antes da data do acidente, que ocorreu em 09/03/2007. O adolescente recebia, à época, um pouco mais que um salário mínimo, o que lhe garantia independência financeira (f. 104-105).

Tal fato fica explicitado, na medida que a sua mãe, que trabalhava no mesmo local, na função de cozinheira, recebia remuneração idêntica (f. 106). Ou seja, o filho, apesar de adolescente, recebia aproximadamente a mesma remuneração que a sua mãe, do que se infere que ambos possuíam autonomia financeira semelhante.

Além disso, a testemunha Maria de Fátima Rodrigues relata que o adolescente já trabalhava desde os quatorze (14) anos de idade e não mora mais com os seus pais, sendo que possui autonomia de vida (f. 225-226).

Inclusive, conforme informação constante nos autos, o menor residiria junto com outra pessoa (companheira/namorada), tanto que o veículo envolvido no acidente tinha sido adquirido pela sua sogra Maria Éster Martins (f. 10).

Tais fatores corroboram com o entendimento de que os pais não exerciam mais o poder familiar sobre o menor que provocou o acidente e, portanto, não podem ser responsabilizados pelos atos praticados pelo filho.

Desse modo, agiu com acerto a sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva da mãe do menor Paulo Ricardo de Salles, a ré Vera Lúcia dos Santo, para figurar no polo passivo da presente demanda indenizatória.

No que tange à legitimidade passiva do proprietário do veículo conduzido pelo menor, vale dizer que *“em acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros”* (STJ - AgInt no REsp 1.256.697/SP, Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 19/05/2017).

Portanto, em regra, o proprietário do veículo responde solidariamente pelos danos decorrentes de acidente de trânsito causado por culpa do condutor.

Contudo, não se pode perder de vista o teor da Súmula nº 132 do STJ que prevê que *“a ausência de registro da transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado.”*

Tal entendimento se justifica, pois os direitos reais sobre coisas móveis se adquirem com a tradição do bem, conforme teor do artigo 1226 do CC/2002, portanto não há motivo para que o antigo proprietário do veículo seja responsabilizado quando o carro já foi alienado e entregue ao novo proprietário, ainda que a transferência não tenha sido regularizada junto ao DETRAN.

No caso, no momento do acidente, em 09/03/2007, o veículo Ford F 250, placa HRU 2279, estava registrado no nome do réu-apelado Erick Patrick da Silva Monteiro.

Apesar disso, o requerido comprova que já não era mais o proprietário do automóvel na data do evento danoso, uma vez que o bem foi vendido à senhora Maria Éster Martins, em 02/03/2007, conforme é possível apurar do contrato de compra e venda do veículo (f. 134).

O depoimento das testemunhas Aparecido Fernandes Martins e Jeferson Borher Guimarães esclareceram que na data do acidente o veículo já tinha sido vendido à Maria Éster Martins, que estava na sua posse (f. 221-224).

A testemunha Helker Graciano da Mota, que é esposo da autora-apelante, narra que estava no local do acidente e confirma que quem se apresentou como proprietária do veículo envolvido no acidente foi a pessoa de Maria Éster Martins, embora alegue que outra pessoa tenha se responsabilizado informalmente pelo pagamento dos prejuízos ocasionados (f. 227-228).

Inclusive, vale dizer que no relatório do acidente de trânsito consta que Maria Éster Martins compareceu no local do acidente e esclareceu que o evento danoso foi provocado pelo menor Paulo Ricardo de Salles, que, à época dos fatos, era o seu genro (f. 10), do que se infere que, realmente, Maria Éster Martins, era a nova proprietária do veículo e emprestou indevidamente o carro para o seu genro menor de idade utilizar, o que provocou o acidente automobilístico.

À despeito de estar comprovado que a proprietária do carro que provocou o acidente era Maria Éster Martins não é possível a sua responsabilização por meio da presente ação, pois a proprietária do bem não faz parte da presente demanda, o que inviabiliza a sua condenação.

Logo, apesar do veículo, no momento do acidente, ainda estar registrado em nome do réu Erick Patrick da Silva Monteiro, o requerido não pode ser responsabilizado pelo evento danoso, uma vez que não era mais o proprietário do bem.

Portanto, também deve ser mantido o capítulo da sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva do réu Erick Patrick da Silva Monteiro, uma vez que não era mais o proprietário do automóvel envolvido no acidente.

Assim, no caso em apreço, após analisar minuciosamente todas as informações e as provas produzidas nos autos, verifica-se que os réus elencados na peça inicial não possuem legitimidade passiva para responderem pela presente demanda.

Logo, deve ser mantida a sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva.

Do recurso interposto pela ré Vera Lúcia dos Santos

Honorários de sucumbência

A ré interpõe recurso de apelação e pleiteia a condenação da autora-apelada ao pagamento dos honorários de sucumbência (f. 340-344).

A sentença isentou a requerente do pagamento dos honorários de sucumbência, sob o fundamento de que a autora *“moveu a ação contra pessoas que, em tese, haveriam de responder pelo pedido da inicial, e a ilegitimidade passiva só foi possível verificar no curso da instrução processual”* (f. 334).

Ocorre que a sentença deve ser reformada, visto que não há fundamento legal para deixar de condenar a requerente ao pagamento dos honorários de sucumbência.

Pelo contrário, o artigo 85, *caput* e § 2º, do CPC/2015 estipula que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, sendo que os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

O § 6º do mesmo artigo acrescenta que os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

Portanto considerando que a parte autora foi vencida na demanda, uma vez que foi reconhecida a ilegitimidade passiva dos réus, deve ser condenada ao pagamento dos honorários de sucumbência.

Com relação ao valor, considerando os parâmetros estipulados no artigo 85, § 2º e incisos, do CPC/2015, em especial, o tempo de tramitação da demanda, a necessidade de valorização do profissional da advocacia e o trabalho adicional realizado em grau recursal, arbitro os honorários de sucumbência em quinze por cento (15%) sobre o valor da causa.

Logo, neste ponto, a sentença deve ser reformada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Darlene Moreira Barbosa, mas nego-lhe provimento.

Conheço o recurso interposto por Vera Lúcia dos Santos e dou-lhe provimento para condenar a autora ao pagamento dos honorários de sucumbência, que fixo em quinze por cento (15%) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 2º e incisos, do CPC/2015, cuja exigibilidade fica suspensa por ser beneficiária da gratuidade judiciária.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º vogal)

Conforme já relatado pelo eminente relator, trata-se de apelações cíveis interpostas por Darlene Moreira Barbosa e Vera Lúcia dos Santos contra a sentença de f. 329-334, proferida pelo douto juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Dr. Maurício Petrauski, que julgou extinto o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, ante o reconhecimento da ilegitimidade passiva dos requeridos.

Extrai-se dos autos que a autora, ora apelante, ingressou com a ação, objetivando ser ressarcida dos danos causados em 09.03.2007 ao seu veículo que estava adequadamente estacionado junto à lateral da calçada quando foi abalroado pelo automóvel conduzido por Paulo Ricardo dos Selles, menor com 17 (dezessete) anos à época dos fatos, em virtude deste estar efetuando manobras perigosas (“zerinho”). Ajuizou, assim, em 09.05.2007 a demanda em face da genitora do menor, Vera Lúcia dos Santos.

Em contestação, a requerida arguiu preliminar de ilegitimidade passiva, defendendo que o infrator era o único habilitado a figurar no polo passivo, na medida em que já era legalmente emancipado pelo exercício da atividade laboral, que exercia desde 29.11.2005, de acordo com registro na carteira de trabalho, segundo artigo 5º, parágrafo único, V, do Código Civil (f. 104-105).

A peça contestatória foi impugnada às f. 116-118 e o feito instruído com a realização de audiências (f. 130, 158).

À f. 176 foi proferida decisão saneadora.

Realizada audiência de instrução, foram colhidos depoimentos testemunhais às f. 221-229 e as partes apresentaram alegações finais.

Na sequência, adveio a sentença em 07.12.2017, cuja parte dispositiva restou assim redigida:

“Posto isso, considerando-se que embora menor na época dos fatos, Paulo Ricardo dos Santos Selles, que era o condutor da caminhonete que colidiu no veículo da requerente e causou os danos reclamados, não estava sob autoridade e companhia de sua mãe, a requerida Vera Lúcia dos Santos, e também já tinha emprego e economia própria, não incidindo para aquela demandada, consoante o art. 5º, parágrafo único, V, do CC, a obrigação de responder pelos atos daquele seu filho, e de outro lado, comprovado suficientemente nos autos que o corréu Eric Patrick da Silva Monteiro já tinha vendido aquela mesma caminhonete quando do sinistro, reconheço e declaro a ilegitimidade passiva de ambos os demandados para responder pelo pedido de reparação de danos materiais apresentado neste feito, que lhes moveu a requerente Darlene Moreira Barbosa, relativamente aos prejuízos causados em veículo de sua propriedade, em evento que ocorreu no dia 09 de março de 2.007, e julgo extinto o presente feito, sem resolução do mérito, com esteio no art. 485, VI, do CPC.

Custas pela requerente, ficando a exigibilidade dessa verba, entretanto, condicionada ao disposto no art. 98, § 3º, do CPC. Deixo de condenar a autora nas demais obrigações de sucumbência, uma vez que, pelos elementos que dispunha, moveu a ação contra pessoas que, em tese, haveriam de responder pelo pedido da inicial, e a ilegitimidade passiva só foi possível verificar no curso da instrução processual.

Sentença com excesso de prazo legal em razão do acúmulo de serviço.”

Inconformadas, autora e requerida interpuseram recurso de apelação.

Com a devida vênia, ousou discordar do eminente relator em relação ao recurso de Darlene Moreira Barbosa no que tange à requerida Vera Lúcia dos Santos.

Do contexto processual, primeiramente há de se observar que a ação foi proposta em 2007, mas apenas em 2017 foi sentenciada com a extinção do feito sem resolução do mérito, o que contraria o princípio tanto da duração razoável do processado, como da primazia do julgamento de mérito.

Feito esse destaque, cumpre destacar que a tese de defesa da requerida baseava-se na assertiva de que embora seu filho fosse menor é certo que já residia com sua namorada e era emancipado por exercer atividade profissional, o que afastava seu poder familiar, enquadrando-se no disposto no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil, que dispõe:

“Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

(...)

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.” (g.n.)

Acerca do referido dispositivo legal leciona NESTOR DUARTE¹:

“Aos dezoito anos completos cessa a menoridade e, não havendo causa outra de incapacidade ou de inabilitação, a pessoa torna-se apta para a prática de todos os atos da vida civil.

(...)

A incapacidade dos menores, todavia, poderá cessar por outros modos que não o implemento da idade (...)

É de notar que o estabelecimento de união estável não faz cessar a incapacidade dos menores.

(...)

Não dispõe a lei acerca do meio de prova pertinente. Em se tratando de relação de emprego, prova-a a Carteira de Trabalho ou instrumento escrito, mas pode ser suprida por todos os meios permitidos em Direito (art. 456 da CLT). No caso de estabelecimento, a comprovação da economia própria poderá dar-se, também, por justificação judicial (art. 861 do CPC), que não fazendo coisa julgada, é passível de ser infirmada em ação própria por qualquer interessado”.

E agrega Silvio de Salvo VENOSA²:

*“Há, no então, uma inovação no inciso V, que se reporta à emancipação obtida ‘pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos, tenha economia própria’. Há, pois, a possibilidade de ser atingida a maioridade também com a relação de emprego que proporcione economia própria (...) **A simples relação de emprego, por si só, não comprova a maioridade perante o universo negocial, como a própria lei demonstra.**” (g.n.)*

Com efeito, os documentos constantes dos autos atestam unicamente que o menor, à época dos fatos, tinha vínculo empregatício desde 29.11.2005 com a empresa Casa de Frango Paulista LTDA – ME, onde exercia a função de garçom, auferindo renda mensal de R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais), de acordo com registro na Carteira de Trabalho - CTPS (f. 104-105).

À época do acidente automobilístico (10.03.2007), o salário mínimo vigente era de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), segundo a Medida Provisória nº 288/2006, sendo reajustado para R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) a partir de 01.04.2007 pela Lei nº 11.498/2007, ou seja, o infrator ganhava aproximadamente o valor de um salário mínimo vigente quando ocorreu o acidente configurador do aventado ato ilícito que ensejaria a reparação.

Tal circunstância *de per si* não conduz à conclusão de que o menor era emancipado, pois, como visto, o ato de trabalhar apenas não induz à emancipação.

No que concerne à responsabilidade dos pais pelo evento danoso, observo que a emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores.

A propósito do tema, transcrevo excerto de memorável voto do Superior Tribunal de Justiça de lavra do então Ministro Eduardo Ribeiro no REsp nº 122.573-PR:

“Costuma-se tratar de modo diferente as hipóteses, consoante a causa da emancipação. Assim, Caio Mario: “Em caso de emancipação do filho, cabe distinguir-se: se é a legal, advinda por exemplo do casamento, os pais estão liberados; mas a emancipação voluntária

¹ *et al in Código Civil Comentado* - Doutrina e Jurisprudência, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, 3. ed. Editora Manole, 2009. p. 21-22

² *in Direito Civil* – Parte Geral – Volume I. 5. ed. Editora Atlas, 2005. p. 180.

não os exonera, porque um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei” (Responsabilidade Civil - 4ª ed - Forense – p. 91/2).

A meu ver, correta essa posição. Tratando-se de atos ilícitos, a emancipação, ao menos a que decorra da vontade dos pais, não terá as mesmas consequências que dela advêm quando se cuide da prática de atos com efeitos jurídicos queridos. A responsabilidade dos pais decorre especialmente do poder de direção que, para os fins de exame, não é afetado. É possível mesmo ter-se a emancipação como ato menos refletido; não necessariamente fraudulento. Observo que a emancipação, por si, não afasta a possibilidade de responsabilizar os pais, o que não exclui possa isso derivar de outras causas que venham a ser apuradas” (g.n.)

E ainda,

“Suspensão do processo.

Justifica-se sustar o curso do processo civil, para aguardar o desfecho do processo criminal, se a defesa se funda na alegação de legítima defesa, admissível em tese.

Dano moral.

Resultando para os pais, de quem sofreu graves lesões, consideráveis padecimentos morais, têm direito a reparação. Isso não se exclui em razão de o ofendido também pleitear indenização a esse título.

Responsabilidade civil. Pais. Menor emancipado.

A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho.” (STJ, REsp 122.573/PR, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/06/1998, DJ 18/12/1998, p. 340) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ATROPELAMENTO – LESÕES CORPORAIS – INCAPACIDADE – DEVER DE INDENIZAR – REEXAME DE MATÉRIA DE FATO – REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PENSÃO MENSAL – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – JULGAMENTO ULTRA PETITA – OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS – EMANCIPAÇÃO.

1. Não cabe recurso especial por alegada ofensa a dispositivos constitucionais.

2. A emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores.

3. Impossibilidade de reexame de matéria de fato em recurso especial (Súmula 7 do STJ).

4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. A percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito. Precedentes.

6. Indevidos décimo terceiro e férias, não postulados na inicial, uma vez que o autor não era assalariado, desenvolvendo a atividade de pedreiro como autônomo.

7. Agravo regimental parcialmente provido. (STJ, AgRg no Ag 1239557/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09/10/2012, DJe 17/10/2012) (g.n.)

Assim, com todo respeito à douda sentença e ao eminente relator, deles divirjo em parte, conheço do recurso de apelação de Darlene Moreira Barbosa e lhe dou parcial provimento para reformar a sentença e reconhecer a legitimidade passiva da mãe do causador do acidente com a determinação de que o feito seja devolvido à vara de origem para que prossiga no julgamento do mérito dos pedidos.

Consequentemente, resta prejudicado o apelo de Vera Lúcia dos Santos que se circunscrevia à análise da condenação dos honorários sucumbenciais.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por maioria, negaram provimento ao apelo de Darlene Moreira Barbosa e deram provimento ao recurso de Vera Lúcia dos Santos, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. 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 08/05/2019)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º vogal)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Darlene Moreira Barbosa e Vera Lúcia dos Santos, sendo que, a primeira, pugna pela reforma da sentença para, assim, permitir o prosseguimento da demanda em relação à segunda apelante, Vera Lúcia, mãe do motorista causador do acidente automobilístico e menor púbere à época dos fatos, Paulo Ricardo dos Selles, como também, em relação ao proprietário de direito do referido veículo, o apelado Eric Patrick da Silva Monteiro, enquanto a apelante Vera Lúcia, pugna, unicamente, pela reforma da sentença quanto ao arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais em desfavor da apelada Darlene Moreira Barbosa.

Compareço nesta r. sessão, nos termos do art. 942, do CPC/15, para compor julgamento e, após inteirarme dos fatos e examinar os estritos da controvérsia, com a vênua do e. Relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, acompanhar o i. 1º vogal, Des. Dorival Renato Pavan, por entender que, de fato, não seria hipótese de extinção da ação, por ilegitimidade de parte passiva da demanda, devendo prosseguir a ação em relação à apelada Vera Lúcia dos Santos.

Inicialmente, reconheço a ilegitimidade passiva de Eric Patrick da Silva Monteiro por restar demonstrado satisfatoriamente nos autos, precisamente, às ps. 133-34, com o contrato de financiamento junto à BV Financeira e o próprio contrato de compra e venda, a alienação do veículo à pessoa de Maria Ester Martins, em 02/03/07, uma semana antes da data do abaloamento, que se deu em 09/03/07, devendo, portanto, ser mantida a sentença, nessa questão.

Por outro lado, entendo que a sentença recorrida deve ser reformada na parte em que reconheceu a ilegitimidade de parte passiva da apelada Vera Lúcia dos Santos, uma vez que, a meu ver, não restou demonstrado nos autos, a emancipação econômica de seu filho, Paulo Ricardo dos Selles, motorista causador do acidente de veículo, e menor púbere à época dos fatos, de forma que, segundo o mesmo entendimento do Des. Pavan,

“(...) a parte não tem como saber dessa situação que é de fato, muito mais do que de direito, para fins de propor a ação em face da pessoa legitimada. Bem se vê que quando a alegação é de emancipação voluntária o operador do direito deve tomar extremo cuidado em tais situações para não gerar um sentido de iniquidade da prestação jurisdicional, notadamente como no caso presente em que o processo foi julgado extinto 11 anos depois de proposta a ação”.

A propósito:

“(...) A emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores”. (STJ. AgRg no Ag 1239557/RJ).

Ademais, o próprio fato do menor púbere, na condução de veículo automotor de propriedade da mãe de sua namorada, sem habilitação, consubstancia elementos acerca da inexistência de emancipação econômica, não bastando para tanto, a simples alegação de ser trabalhador “garçom”, não havendo meios, portanto, para a apelada Vera Lúcia dos Santos, eximir-se da responsabilidade legal insculpida no art. 932, do CC/02, que dispõe: “*são também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia*”.

Em razão do exposto, com a vênua do e. relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, acompanho o i. 1º vogal, Des. Dorival Renato Pavan, e, assim, dou parcial provimento ao recurso interposto por Darlene Moreira Barbosa, para determinar o prosseguimento da ação em relação à apelada Vera Lúcia dos Santos, e, em consequência desse resultado, julgo prejudicado o recurso por ela interposto, que se insurgia com relação ao arbitramento de honorários advocatícios, em razão do prosseguimento da demanda.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator e o 2º vogal, tudo em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 8 de maio de 2019.

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0809943-70.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – ECAD – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – RETRANSMISSÃO DE OBRAS EM QUARTO DE HOTEL – PRESCRIÇÃO TRIENAL – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A pretensão de cobrança pela utilização de obras musicais, literomusicais ou fonogramas prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

ECAD – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – RETRANSMISSÃO DE OBRAS EM QUARTO DE HOTEL – CONTRATAÇÃO DE TV POR ASSINATURA – *BIS IN IDEM* – QUARTO DE HOTEL QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DE USO COLETIVO, MAS EXTENSÃO DO LAR DO HÓSPEDE, DE USO INDIVIDUAL E INVOLÁVEL – COBRANÇA INDEVIDA – RECURSO DO REQUERIDO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

Embora não pacificado, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a utilização de serviços de TV por assinatura na qual a fornecedora já tenha efetuado o pagamento do ECAD, isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais.

Ademais, quarto de hotel não pode ser considerado como local de frequência coletiva porquanto se trata de local individualizado do qual tem acesso apenas o hóspede, devendo ser considerado como sendo extensão do seu lar, de uso individual e inviolável.

O § 3º do art. 68 da Lei 9.610/98 refere-se ao espaço comum do hotel, de livre circulação, e não aos quartos individuais disponibilizados pelo estabelecimento.

Recurso do requerido conhecido e provido. Recurso do ECAD prejudicado.

Ônus sucumbenciais invertidos.

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 de Bert Hotelaria Ltda. e julgar prejudicado o apelo do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de maio de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tratam-se de duas apelações interpostas às f. 679-712 e 718-738 por Bert Hotelaria Ltda e Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, respectivamente, ambos insurgindo-se contra a sentença de f. 645-653, proferida pelo douto juiz da 8ª Vara Cível da comarca de Dourados, Dr. Rubens Witzel Filho, que

julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o primeiro apelante ao pagamento de direitos autorais em razão da captação de transmissão de radiodifusão em local de frequência coletiva, no período compreendido entre julho de 2011 e setembro de 2015, bem como das parcelas vencidas no curso do processo.

Extrai-se dos autos que Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD ajuizou a presente ação de cobrança de direitos autorais em face do requerido, Bert Hotelaria Ltda. em razão de os quartos do estabelecimento demandado, de nome fantasia “Ibis Hotel”, possuírem televisores.

Afirmou que se trata de fato gerador da cobrança previsto na lei de regência; que embora esteja cadastrado junto ao ECAD como “Hotel com Sonorização Ambiental por Aposento”, o réu se nega ao pagamento dos direitos autorais pela utilização de obras musicais, disponibilizadas através de TV por assinatura, em suas dependências.

Requereu a condenação do requerido ao pagamento dos direitos autorais devidos desde o mês de julho de 2011 à setembro de 2015, o que segundo o seu cálculo perfaz o valor de R\$ 88.134,30 (oitenta e oito mil, cento e trinta e quatro reais e trinta centavos), mais a incidência de juros desde a violação dos direitos autorais e correção monetária.

Após regular trâmite processual, foi proferida a sentença de f. 645-653, por meio da qual o douto juiz a quo julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o requerido ao pagamento dos direitos autorais em razão da captação de transmissão de radiodifusão em local de frequência coletiva, no período compreendido entre julho de 2011 a setembro de 2015, assim como das parcelas vencidas no curso do processo. Remeteu a apuração do valor para liquidação de sentença, com base na taxa de ocupação efetiva do estabelecimento. Em consequência, condenou a requerida ao pagamento das custas e honorários, fixados em 10% sobre o valor condenatório.

Irresignadas, ambas as partes apelam.

Bert Hotelaria Ltda, em suas razões recursais de f. 679-712 alegando, em preliminar, a prescrição quanto à pretensão de cobrança dos valores referentes ao período compreendido entre julho de 2011 e outubro de 2012.

No mérito, alega que o quarto de hotel não se enquadra na condição necessária à cobrança do direito autoral. Ressalta que a cobrança de direito autoral exige a execução pública da obra protegida; que eventual sintonia pelo hóspede de programa que tenha conteúdo musical, no âmbito restrito do quarto do hotel, não pode ser considerado como execução pública.

Alega que é evidente que o legislador, ao inserir o hotel como local de frequência coletiva, de modo a considerar a execução pública de obras protegidas, com a incidência da regra legal, o fez referindo-se ao espaço destinado a circulação de público.

Menciona o art. 23 da Lei 11.771/2008, que considera o quarto de hotel como unidade de frequência individual de uso exclusivo do hóspede.

Segue alegando que firmou contrato de prestação de serviço de telecomunicação com empresa de TV a cabo, nele incluído o de programa de televisão; que é consumidor e não tem capacidade de manipular a programação oferecida pela TV paga, tornando-se mero telespectador do programa exibido, não atuando na transmissão ou retransmissão de qualquer evento ou programa.

Afirma que a condenação imposta pela sentença configura bis in idem, o que é vedado em nosso sistema jurídico, eis que obriga o Apelante ao pagamento em duplicidade de obrigação já quitada, *in casu*, pela empresa prestadora de serviço de TV por assinatura.

Ressalta que é cediço que as emissoras de TV e a empresa prestadora do serviço de TV a cabo ou por assinatura são obrigadas a efetuar o pagamento referente a transmissão, retransmissão de programas que tem como conteúdo obras protegidas.

Alega que o autor é uma instituição privada que não tem legitimidade para regulamentar a lei dos direitos autorais, pois a regulamentação é ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Insurge-se, por fim, quanto à distribuição dos ônus sucumbenciais.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD também apela alegando, em síntese, que a cobrança deve ter como base a taxa média de ocupação apurada pelo IBOPE e a quantidade de aposentos. Alega que não há prova que desmereça o índice do IBOPE para cálculo do percentual de ocupação; que a prova da taxa de ocupação deveria ter sido produzida em instrução processual.

Segue alegando que a apuração do valor devido depende de mero cálculo aritmético, sendo desnecessária a liquidação de sentença; que a multa moratória está prevista de forma expressa na lei de direitos autorais, de modo que deve ser aplicada.

Contrarrazões do autor às f. 743-775. Sem contrarrazões do réu.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Conforme relatado, tratam-se de duas apelações interpostas às f. 679-712 e 718-738 por Bert Hotelaria Ltda e Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, respectivamente, ambos insurgindo-se contra a sentença de f. 645-653, proferida pelo douto juiz da 8ª Vara Cível da comarca de Dourados, Dr. Rubens Witzel Filho, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o primeiro apelante ao pagamento de direitos autorais em razão da captação de transmissão de radiodifusão em local de frequência coletiva, no período compreendido entre julho de 2011 e setembro de 2015, bem como das parcelas vencidas no curso do processo.

Admissibilidade

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Os recursos são tempestivos. Preparo à f. 713-715 e 739-741.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo as apelações em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise, pela ordem de prejudicialidade.

Quanto ao recurso de Bert Hotelaria Ltda.

Como visto, o apelante sustenta, inicialmente, a prescrição da pretensão de cobrança dos valores referentes ao período compreendido entre julho de 2011 e outubro de 2012. No mérito, sustenta a inexigibilidade da cobrança de direitos autorais decorrentes da existência de televisores nos quartos de hóspedes.

Quanto à prescrição.

Assiste razão ao apelante quanto à alegação de prescrição parcial da pretensão.

Embora o Código Civil não preveja prazo prescricional específico para pretensão decorrente de violação a direitos autorais, a matéria é claramente compatível com o prazo inserido no art. 206, § 3º, V, que estipula o prazo de três anos para a pretensão de reparação civil.

É esse o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS – DIREITO AUTORAL – OBRAS MUSICAIS – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – SÚMULA 7/STJ – PRESCRIÇÃO TRIENAL – AUTORIZAÇÃO PARA EXIBIÇÃO PÚBLICA – NECESSIDADE – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – CRITÉRIOS DE COBRANÇA –

TABELA DO ECAD – VIABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EXORBITÂNCIA NÃO VERIFICADA.

1. Ação ajuizada em 21/10/2008. Recursos especiais interpostos em 17/12/2013 e conclusos ao Gabinete em 25/8/2016.

2. O propósito recursal, além de examinar se houve cerceamento de defesa e definir o prazo prescricional incidente sobre pretensão de cobrança de direitos autorais, é analisar pedido de revisão dos valores praticados pelo ECAD e verificar se é ou não necessária autorização para utilização de composições musicais e literomusicais integrantes de obras audiovisuais exibidas em cinemas.

3. Os juízos de origem entenderam que não seria necessária maior dilação probatória para solução da controvérsia, de modo que estaria autorizado o julgamento antecipado da lide. O exame da tese contrária exigiria revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial por força da Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. A pretensão de reparação dos danos causados em razão da utilização de obras musicais, literomusicais ou fonogramas sem a devida autorização prescreve em três anos. Precedentes.

5. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema.

6. O art. 68, caput, da LDA contém disposição específica a impedir a utilização, sem autorização, de composições musicais, literomusicais ou fonogramas em representações e execuções públicas, sendo certo que, previamente ao uso das obras, deve ser apresentada ao escritório central a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

7. Constitui atribuição do ECAD fixar critérios para a cobrança de direitos autorais, conforme definição em regulamento aprovado em assembleia composta pelos representantes das associações que o integram, sendo, por conseguinte, válida a tabela de preços por ele instituída. Precedentes.

8. As alterações promovidas pela Lei 12.853/13 à LDA não modificaram o âmbito de atuação do ECAD, que permanece competente para fixar preços e efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais.

Precedente.

9. Rever o montante arbitrado a título de honorários advocatícios só é possível, em recurso especial, quando constatada nítida irrisoriedade ou exorbitância, circunstâncias ausentes no particular.

RECURSOS ESPECIAIS NÃO PROVIDOS. (REsp 1694254/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973) – DIREITO AUTORAL – ECAD – PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESCRIÇÃO TRIENAL – ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.

1. A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observadas as regras de transição previstas no art. 2.028 do mesmo diploma legal, não importando se proveniente de relações contratuais ou extracontratuais.

2. Agravo desprovido. (AgInt no AREsp 893.943/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017)

RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – DIREITOS AUTORAIS – QUARTO DE HOTEL – APARELHOS TELEVISORES – TV POR ASSINATURA – COBRANÇA – POSSIBILIDADE – LEI Nº 9.610/1998 – CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RÁDIO-DIFUSÃO – FATOS GERADORES DISTINTOS – INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – PRESCRIÇÃO – PRAZO TRIENAL.

1. *À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.*

2. *Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura.*

3. *Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.*

4. *Consoante a jurisprudência consolidada por ambas as Turmas julgadoras da Segunda Seção, em se tratando de pretensão de cobrança relativa a ilícito extracontratual, o prazo prescricional incidente no caso de violação de direitos do autor é de 3 (três) anos, a teor do que disposto pelo art. 206, § 3º, do Código Civil.*

5. *Por ausência de previsão legal e ante a inexistência de relação contratual, é descabida a cobrança de multa moratória estabelecida unilateralmente em Regulamento de Arrecadação do ECAD. Precedentes.*

6. *Recurso especial provido.* (REsp 1589598/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

Como a ação foi proposta apenas em 20/10/2015, a pretensão de cobrança dos valores anteriores a 20/10/2012 está de fato prescrita.

Mérito.

No mérito, tenho que também assiste razão à requerida/apelante.

A Lei nº 9.610/98, que regula os direitos autorais, prevê em seu art. 68, *caput*, e §§ 2º e 3º o seguinte:

“Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

(...)

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares e clubes ou associações de qualquer natureza, lojas,

estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

Verifica-se que o douto juiz *a quo* considerou o § 3º, que expressamente inclui os hotéis como locais de frequência coletiva, como fundamento para a procedência do pedido de cobrança.

Não me filio, entretanto, a tal entendimento.

Em consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça verifica-se que ainda não há uniformidade de pensamento a respeito dessa matéria – direitos autorais pelo uso de televisores em quartos de hotéis. Confira-se os seguintes arestos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DIREITOS AUTORAIS – QUARTOS DE HOTEL – TV POR ASSINATURA – COBRANÇA – LEI 9.610/98 – LEGALIDADE – INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – FATOS GERADORES DIVERSOS.

1. De acordo com o entendimento consolidado nesta Corte, a disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança dos direitos autorais pelo ECAD das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas por meio deles executadas.

2. “Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura” (REsp 1.589.598/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe de 22/06/2017) 3. “Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.” (REsp 1.589.598/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe de 22/06/2017) 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1639215/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 09/02/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO AUTORAL – ECAD – TAXA – COBRANÇA – QUARTO DE HOTEL – TV POR ASSINATURA – DISPONIBILIZAÇÃO – INCIDÊNCIA.

1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é assegurado ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD o direito de arrecadar direitos autorais decorrentes da disponibilização de rádio e TV por assinatura em quartos de hotéis, exceto se houver contrato prevendo o pagamento da taxa pela empresa prestadora dos serviços, o que não se verifica no caso em exame.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1567914/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 27/06/2016)

De outro lado, este Tribunal de Justiça tem o entendimento pacífico de que é descabida a cobrança de direitos autorais decorrentes da disponibilização de TV por assinatura em quartos de hotéis, o que configuraria *bis in idem* pelo fato de que o valor correspondente já é pago pela prestadora de serviços, no caso, a SKY, como se vê no contrato de f. 495-498 e 499-507. Confira-se os precedentes deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – COBRANÇA DE TAXA DE DIREITOS AUTORAIS – TV POR ASSINATURA EM QUARTOS DE HOTEL – PAGAMENTO FEITO PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS – BIS IN IDEM – QUARTOS – USO PRIVATIVO – AUSÊNCIA DE FREQUÊNCIA COLETIVA – NÃO INCIDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Neste recurso o apelante se insurge contra a sentença. Ainda que os argumentos sejam os mesmos da peça de defesa, o recurso mostra-se dialético, pois coerente em relação à sentença e compreensível o inconformismo. 2. Existe bis in idem na cobrança de taxa de direitos autorais pelo ECAD em virtude da disponibilização de rádio e tv por assinatura nos quartos de hóspedes, tendo em vista que o valor correspondente já é pago pela prestadora de serviços. 3. Ademais, entendo que os quartos dos hóspedes não constituem sequer hipótese de incidência da taxa em questão, porque não possuem frequência pública, sendo de uso individual e inviolável. APELAÇÃO CÍVEL DO AUTOR – FALTA DE INTERESSE RECURSAL SUPERVENIENTE PELO PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU – RECURSO NÃO CONHECIDO. Por consequência, por falta de interesse recursal superveniente, não foi conhecido o recurso interposto pelo autor. (TJMS. Apelação nº 0810318-71.2015.8.12.0002, Dourados, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 27/11/2018, p: 29/11/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C/C PERDAS E DANOS – ECAD – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – RETRANSMISSÃO DE OBRAS EM QUARTO DE HOTEL – TV POR ASSINATURA – DÍVIDA INEXISTENTE – RECURSO DESPROVIDO. “A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria.” (STJ - EDcl no REsp 1044345/RJ) (TJMS. Apelação nº 0803043-87.2015.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 22/08/2017, p: 28/08/2017)

EMENTA – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C/C PERDAS E DANOS – ECAD – CONTRIBUIÇÃO – DIREITOS AUTORAIS – TV POR ASSINATURA – HOTEL – COBRANÇA EM DUPLICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO PACIFICADO – STJ – MAJORAÇÃO – VERBA HONORÁRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas, desde que não tenha sido contratado o pagamento da taxa pela empresa prestadora dos serviços. Segundo o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015: “§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” (TJMS. Apelação nº 0803791-85.2015.8.12.0008, Corumbá, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 06/02/2017, p: 08/02/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS SUPOSTAMENTE DEVIDOS PELA UTILIZAÇÃO DE TELEVISORES NOS QUARTOS DE HOTEL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Quarto de hotel não é considerado como “lugar de frequência coletiva”, para fins de aplicação do disposto no art. 68, da Lei N.º 9610/98. É vedada a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD à hospedagem, quando a esta o serviço é disponibilizado por distribuidora de TV a cabo que arca com o pagamento dos direitos autorais, descabendo ao ECAD buscar a dúplice incidência. (TJMS. Apelação nº 0833500-60.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 04/10/2016, p: 06/10/2016)

De fato. Se já há pagamento por meio da empresa contratada, não há como efetuar nova cobrança em decorrência do mesmo fato gerador.

Mas ainda há mais.

Em que pese o §3º do art. 68 da Lei 9.610/98 estipular que os hotéis são considerados locais de frequência coletiva, fato é que não se pode supor, por lógica, que tal norma refere-se aos quartos, que evidentemente não são de frequência coletiva, equiparando-se a uma extensão do lar do hóspede, de uso individual e inviolável, como dispõe, inclusive o art. 23 da Lei 11.771/2008:

“(…) Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

O hotel pode ser considerado de frequência coletiva apenas em sua área comum de circulação, jamais no quarto, que é de ocupação individual e no qual não se permite circulação pelos demais clientes ali hospedados.

A respeito do ponto em questão, peço vênia para transcrever parte bem lançado voto proferido pelo eminente Desembargador Marcelo Câmara Rasslan no Processo de nº 0833500-60.2013.8.12.0001, adotando-o também como razões de decidir:

“(…) Ora, quarto de hotel, definitivamente, não pode ser considerado como um ambiente em que se realizam “execuções públicas”.

Os quartos de hotéis são destinados a famílias e a pessoas específicas, os hóspedes, não sendo abertos a estranhos às unidades utilizadas na hospedagem. Nessa conformidade, difícil encarar um televisor, ligado dentro de um quarto, com uma, duas ou três pessoas no máximo assistindo, como uma exibição ou execução pública.

É bem verdade que o § 3.º, do citado dispositivo legal, estabelece que “consideram-se locais de frequência coletiva”, dentre vários estabelecimentos ali referidos, também os hotéis. Todavia o indigitado parágrafo, à luz de uma interpretação sistemática, não pode ser dissociado do caput do artigo, de modo que uma exegese adequada do comando legal, considerado em seu todo, só pode conduzir à conclusão de que os estabelecimentos citados no § 3.º (teatros, cinemas, salões de baile, boates, bares, clubes, etc., inclusive hotéis) devem se submeter à lei dos direitos autorais desde que promovam execuções públicas, afastada a incidência da lei em utilização restrita ou privada.

Note-se que, em princípio, todos os estabelecimentos citados têm por móvel de suas atividades a promoção de eventos públicos, o que, via de regra, não é o caso dos hotéis, muito embora, em circunstâncias específicas, isso possa acontecer.

Isto significa dizer que, de forma ponderada, cada situação deverá ser analisada de forma particular. Vale dizer: se um hotel promove um evento público qualquer, musical, teatral ou outro, neste caso, deverá, então, responder pelos direitos autorais das obras utilizadas. Do contrário, se apenas disponibiliza acesso à televisão para os hóspedes, de forma privada, neste caso, de rigor a não incidência do ônus autoral.”

Nesse contexto, então, entendo que merece provimento o recurso do apelante para reformar a sentença e julgar totalmente improcedente o pedido inicial, restando prejudicada a análise do recurso do autor.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação de Bert Hotelaria Ltda. e lhe dou provimento para declarar a prescrição da pretensão autoral com relação ao período de julho de 2011 a outubro de 2012. Dou provimento ao recurso, também, para reformar a sentença e julgar totalmente improcedente o pedido inicial.

Em consequência, ficam invertidos os ônus sucumbenciais.

Prejudicado o recurso do autor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Bert Hotelaria LTDA. e julgaram prejudicado o apelo do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 29 de maio de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0829426-55.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – AUTOGESTÃO – INAPLICABILIDADE DO CDC – SÚMULA Nº 608, DO STJ – FALECIMENTO DO BENEFICIÁRIO TITULAR – RESCISÃO DO CONTRATO DO BENEFICIÁRIO DEPENDENTE APÓS O TRANSCURSO DE 180 DIAS DA DATA DO ÓBITO DO TITULAR – EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – ARTIGO 186, DO CC – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDEVIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Os planos de saúde ofertados por associações sem fins lucrativos e de autogestão não são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a teor da Súmula nº 608, do STJ.

Na hipótese em exame, não são aplicáveis as regras previstas no artigo 30, § 3º e artigo 31, da Lei nº 9.656/1998, uma vez que o beneficiário titular, falecido filho da recorrente, não contribuía para o plano de saúde, o qual era integralmente custeado pela ECT – Empresa de Correios e Telégrafos.

Assim, não há como manter o vínculo contratual com a beneficiária dependente em razão da impossibilidade de assumir o pagamento integral de mensalidades, a qual não é cobrada dos usuários.

A responsabilização civil de qualquer pessoa, seja física ou jurídica, depende de comportamento voluntário ilícito e que tal conduta tenha gerado um dano seja de índole moral ou material, consoante preconiza o artigo 186, do Código Civil.

Havendo expressa previsão contratual dispondo sobre a rescisão do contrato do beneficiário-dependente após o transcurso do prazo de 180 dias do óbito do beneficiário-titular, mostra-se desnecessária a notificação prévia.

Diante da ausência de ilegalidade na conduta da parte requerida, não há que se falar em dever de indenizar os danos morais alegados na petição inicial.

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, 23 de abril de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (artigo 1.010, § 3º, do CPC/2015 e enunciado nº 99, do FPPC).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo os recursos na forma do artigo 1.012, *caput*, do CPC/2015.

Lídia Vieira da Silva interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Postal Saúde – Caixa de Assistência e Saúde dos Empregados dos Correios.

Em suas razões recursais (f. 314-319), a recorrente alegou que apesar de não ser aplicável o CDC, é necessária a observação dos princípios que regem os contratos, tais como o da boa-fé e da função social.

Asseverou que não foi previamente notificada sobre a ruptura do plano de saúde, tanto que estava com uma cirurgia pré-agendada.

Justificou que:

“(...) o cancelamento do plano de forma unilateral e abrupta, sem oportunizar, digase, ciência à parte, desencadeando diversos prejuízos físicos e morais, ainda mais, quando a apelante é considerada pessoa idosa e de saúde instável, necessitando o uso constante do benefício, fica evidente” (f. 316).

Mencionou que o artigo 30, § 3º e o artigo 31, § 2º, da Lei nº 9.656/1998 garantem o direito de os dependentes permanecerem como beneficiários em caso de morte do titular do plano de saúde.

Defendeu que a ausência de prévia notificação de cancelamento dá ensejo à indenização por dano moral.

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim e reformar a sentença apelada, julgando procedentes os pedidos iniciais.

Em contraminuta (f. 324-343), a apelada requereu o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Lídia Vieira da Silva interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Postal Saúde – Caixa de Assistência e Saúde dos Empregados dos Correios.

Considerações iniciais

A autora ingressou com a presente demanda sustentando que a requerida extinguiu seu plano de saúde sem prévio aviso e sem que fosse realizada a manutenção e/ou transferência para os dependentes com eventual contraprestação. Afirmou que seu falecido filho, Joel Vieira, era o titular do plano de saúde, mas que após o seu óbito ocorrido em 08.12.2015, houve o cancelamento indevido do serviço, impossibilitando a realização de cirurgia agendada para remoção de pedra na vesícula, o que lhe causou danos morais. Diante destes fatos, pediu a condenação da requerida à manutenção do plano de saúde e ao pagamento de indenização por danos morais (f. 01-13).

Após contestação (f. 76-96) e réplica (f. 202-208), foi proferida sentença de improcedência assim lastreada (f. 302-310):

“(...)”

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, com fulcro no disposto nos artigos 30 e 31 da lei 9.656/98, bem como nos artigos 186 e 927 do código civil, julgam-se improcedentes os pedidos contidos na inicial desta ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais promovida por Lidia Vieira da Silva, em desfavor de Postal Saúde - Caixa

de Assistência e Saúde dos Empregados dos Correios, porquanto restou demonstrado nos autos que a parte requerida agiu no exercício regular de seu direito ao cancelar o plano de saúde após o falecimento do titular.

(...)”.

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso afirmando que: apesar de não ser aplicável o CDC, é necessária a observação dos princípios que regem os contratos, tais como o da boa-fé e da função social; não foi previamente notificada sobre a ruptura do plano de saúde, tanto que estava com uma cirurgia pré-agendada; o cancelamento do plano de forma unilateral e abrupta, sem oportunizar, diga-se, ciência à parte, desencadeando diversos prejuízos físicos e morais, ainda mais, quando a apelante é considerada pessoa idosa e de saúde instável, necessitando o uso constante do benefício, fica evidente; o artigo 30, § 3º e o artigo 31, § 2º, da Lei nº 9.656/1998 garantem o direito de os dependentes permanecerem como beneficiários em caso de morte do titular do plano de saúde; a ausência de prévia notificação de cancelamento dá ensejo à indenização por dano moral.

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise do mérito recursal.

Da inaplicabilidade do CDC

De início, cumpre esclarecer que em diversos julgados já havia me manifestado sobre a aplicabilidade das normas do CDC, sendo o plano de saúde um prestador de serviços e o usuário o destinatário final (artigos 2.º e 3.º, do CDC).

Contudo, recentemente, mais precisamente em 17.04.2018, o STJ publicou o enunciado da Súmula nº 608, segundo a qual *“aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”*.

Portanto, as relações jurídicas firmadas com o requerido, em razão de sua natureza de associação civil sem fins lucrativos, de autogestão pelos membros da Assembleia Geral, deixou de ser regulada pelo CDC, aplicando-se, então, as normas do ordenamento civilista.

Nesse sentido, transcrevo julgado desta 3ª Câmara Cível:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA – PEDIDO PARA INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA EM PLANO DE SAÚDE DA CASSEMS – ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS DE AUTOGESTÃO PELOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – NÃO INCIDÊNCIA DO CDC E DE NORMAS PREVIDENCIÁRIAS – POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO NO PLANO DE SAÚDE COMO AGREGADO, MEDIANTE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, CONFORME REGULAMENTO DO PLANO DE SAÚDE – URGÊNCIA DA CONCESSÃO DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA – CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA INÓCUA, ANTE O FATO DE A MENOR ESTAR PRESTES A ALCANÇAR A MAIORIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1405229-19.2018.8.12.0000, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 07/08/2018, p: 09/08/2018) – destacado.

No mesmo sentido vem se posicionando o STJ:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – MODALIDADE DE AUTOGESTÃO – 1. INAPLICABILIDADE DO CDC – FATO QUE NÃO AFASTA A FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO – BOA-FÉ OBJETIVA – DESCUMPRIMENTO – DANOS MORAIS – SÚMULA 83/STJ – 2. QUANTUM QUE SE MOSTRA ADEQUADO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – 3. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O fato de não ser aplicável a legislação consumerista aos contratos de plano de saúde sob a referida modalidade não atinge o princípio da força obrigatória do contrato, sendo

imperiosa a incidência das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e os desdobramentos dela decorrentes. Precedentes. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte, atraindo a incidência da Súmula 83/STJ.

2. *A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, exigindo, para sua revisão, o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado em recurso especial, nos termos do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.*

3. *Agravo interno desprovido” (AgInt no AREsp 1225495/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018) – destacado.*

Portanto, a matéria posta em discussão deve ser analisada à luz do Código Civil e não do Código de Defesa do Consumidor, tal como já fizera o magistrado *a quo*.

Da rescisão unilateral do plano de saúde

A questão posta em discussão cinge-se em saber se o requerido praticou ato ilícito em razão da rescisão do contrato de plano de saúde sem prévia notificação da parte autora.

Não obstante serem inaplicáveis as regras do CDC, os planos de autogestão não estão fora das fronteiras da legislação especial sobre saúde suplementar.

Analisando detidamente o caso dos autos, verifico não haver abusividade ou ilegalidade na cláusula do contrato que prevê a perda da condição de beneficiário após transcorrido o prazo de 180 dias a contar da data do falecimento do titular.

A respeito da permanência dos dependentes no plano de saúde após o falecimento do titular, a Lei nº 9.656/1998 estabelece o seguinte:

“Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

(...)

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

(...)

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral” – destacado.

Da simples leitura dos dispositivos legais, infere-se que em caso de rescisão ou encerramento do vínculo empregatício, o beneficiário tem o direito de ser mantido no plano de saúde nas mesmas condições de cobertura gozadas quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma a obrigação de pagar integralmente as mensalidades. O mesmo entendimento pode ser adotado para os beneficiários na condição de dependentes.

Todavia, na hipótese em exame, referida regra não tem incidência, uma vez que o beneficiário titular, falecido filho da recorrente, não contribuía para o plano de saúde, o qual era integralmente custeado pela ECT – Empresa de Correios e Telégrafos.

Ademais, as condições gerais do plano de saúde dispõem expressamente sobre a perda da condição de dependente pela morte do beneficiário. Confira-se:

“7 Perda da condição de beneficiários

(...)

7.2 Falecimento do Beneficiário Titular

7.2.1 A família/dependente terá a obrigação de comunicar o falecimento do titular e de entregar uma cópia da respectiva certidão de óbito a área de cadastro dos correios da jurisdição a que pertence. A utilização indevida do benefício acarretará na adoção de medidas legais cabíveis.

7.2.2 Na ocorrência de falecimento do beneficiário titular, o dependente perderá a condição de beneficiário, depois de transcorridos 180 (cento e oitenta) dias contínuos, a contar da data do óbito. Durante o período em questão, o benefício será oferecido de forma gratuita aos beneficiários dependentes que estiverem com seus dados cadastrais atualizados e que não estejam enquadrados nas situações elencadas no subitem 7.1.1.

7.2.2.1 Transcorrido o período definido no subitem 7.2.3, o(s) dependente(s) perderá(ão) a condição de beneficiário(s).(…)” – destacado.

Sendo assim, se a perda da condição de beneficiário do dependente está expressamente prevista no contrato havido entre as partes e possui um termo certo e definido (180 dias após o falecimento do titular), razão pela qual é desnecessária a pretendida prévia notificação para a rescisão do vínculo contratual.

Ainda, o Manual do Beneficiário traz a seguinte informação (f. 185-186):

“4. Perda de condição de beneficiário

Ocorrerá nas seguintes situações:

(...)

e) Na ocorrência de falecimento do Empregado que estava na ativa, o dependente perderá a condição de Beneficiário, transcorridos 180 dias a contar da data do falecimento do titular. Durante esse período, a Assistência Médico-Hospitalar e Odontológica será oferecida de modo gratuito.

(...)”.

Em suma, a exclusão da recorrente do plano de saúde não foi arbitrária, tampouco praticada mediante ilicitude, inexistindo o alegado direito à re-inclusão no plano ou à indenização por danos morais.

A propósito, para a atribuição de responsabilidade civil a qualquer pessoa, seja física ou jurídica, é necessário que tenha havido um comportamento voluntário ilícito e que tal conduta tenha gerado um dano seja de índole moral ou material, consoante preconiza o Código Civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 927 que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.*

Na hipótese em exame, a existência de expressa previsão contratual no sentido de excluir o beneficiário dependente após o transcurso do prazo de 180 dias da data do óbito do dependente titular, inexistente a ilicitude da conduta, não exsurto o dever de indenizar objetivado pela parte autora.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Lídia Vieira da Silva, mas nego-lhe provimento. Com fulcro no artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários fixados em favor do patrono da parte requerida para 15% sobre o valor atualizado da causa, observada a regra de suspensão do artigo 98, § 3º, do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Wilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1404775-05.2019.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INDEVIDA – PROVA NEGATIVA – RECURSO PROVIDO.

A aplicabilidade do CDC não é automática, sendo utilizada apenas naqueles casos em que comprovada a hipossuficiência técnica do consumidor, que não dispõe de meios suficientes para comprovar o alegado defeito do produto, da má prestação do serviço, ou quando forem verossímeis as suas alegações, situação não verificada no caso vertente.

A mera alegação de relação de consumo, por si só, não autoriza a automática aplicação da inversão do ônus da prova, notadamente por ser vedado atribuir à parte contrária a realização de prova negativa (diabólica).

Em se tratando de alegação de erro médico, incumbem às partes demonstrarem todo o alegado, isto é, à autora comprovar o evento danoso e aos réus comprovarem uma das causas excludentes de responsabilidade, não podendo a carga probatória (positiva e negativa) recair somente sob a responsabilidade de uma delas.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Maira Kelly Utima Coelho Pereira interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais movida por Magaly Adenir Franco dos Santos, determinou a inversão do ônus da prova.

Argumenta que a parte autora não produziu qualquer prova que indicasse ter havido qualquer intercorrência relacionada ao procedimento anestésico administrado pela agravante.

Afirma, ainda, que a inversão, neste caso, acaba por exigir da agravante a produção de prova negativa dos fatos narrados, o que é vedado pelo ordenamento.

Requer a concessão do efeito suspensivo.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 129-134).

A agravada apresentou contraminuta à f. 140-145, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Maira Kelly Utima Coelho Pereira interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais movida por Magaly Adenir Franco dos Santos, determinou a inversão do ônus da prova.

A agravada ingressou com ação de reparação de danos materiais, morais e estéticos em face da agravante, e outros, sustentando que, em decorrência da negligência, imprudência ou imperícia da médica anestesista, ora agravante, e do médico urologista, Dr. Waldemar Casuo Abe, que participaram da cirurgia para retirada de cálculo renal a que foi submetida na data de 15-7-2016, teve várias complicações, correu risco de morte e mantém sequelas que a incapacitam para o trabalho.

Após a apresentação das contestações e impugnações às contestações, o magistrado *a quo* determinou a inversão do ônus da prova, nos seguintes termos (f. 1.261-1.269 dos autos originários):

“(...) No caso, portanto, havendo alegação de erro médico, o qual teria provocado danos corporais, morais e econômicos, diante da alegada reação alérgica à anestesia, cabe a inversão do ônus da prova, com fundamento da lei consumerista ou na lei processual civil, sendo ônus dos Requeridos, portanto, comprovar a regularidade de seus atos e suas alegações, especialmente no tocante à adequação dos procedimentos adotados na cirurgia realizada na autora, em 15.07.2016.”

Inconformada, recorre a requerida.

Argumenta que a parte autora não produziu qualquer prova que indicasse ter havido qualquer intercorrência relacionada ao procedimento anestésico administrado pela agravante.

Afirma, ainda, que a inversão, neste caso, acaba por exigir da agravante a produção de prova negativa dos fatos narrados, o que é vedado pelo ordenamento.

Requer a concessão do efeito suspensivo.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 129-134).

A agravada apresentou contraminuta à f. 140-145, pelo desprovimento do recurso.

A questão cinge-se em saber se é cabível a inversão do ônus da prova no presente caso.

O Código Consumerista esculpiu como direito básico do consumidor:

“(...) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, consoante o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90.

No entanto, a aplicabilidade do CDC não é automática, sendo utilizada apenas naqueles casos em que comprovada a hipossuficiência técnica do consumidor, que não dispõe de meios suficientes para comprovar o alegado defeito do produto, a má prestação do serviço, ou quando forem verossímeis as suas alegações.

E mais, referida inversão não desobriga a parte autora de comprovar minimamente o direito por ela alegado, pois se assim o fosse, bastaria que qualquer pessoa alegasse um fato e se a parte ré não conseguisse provar o contrário, o pedido seria julgado procedente, o que não pode ser aceito.

A propósito, transcrevo julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL – CONSUMIDOR – RELAÇÃO DE CONSUMO – CONCESSIONÁRIA – PORTABILIDADE DE LINHA FIXA – OI TELEMAR – TIM CELULAR S/A – ALEGADA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, CONSUBSTANCIADA NA AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA REFERIDA LINHA – INICIAL DESTITUÍDA DE PROVAMÍNIMA ACERCA DAS ALEGAÇÕES – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO INTERPOSTA PELO AUTOR – SÚMULA Nº 330 DO TJRJ. Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito. Recurso desprovido” (TJRJ; APL 0038558-14.2015.8.19.0001; Rio de Janeiro; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor; Rel. Desig. Des. Luiz Roberto Ayoub; Julg. 20/07/2017; DORJ 21/07/2017; Pág. 498) – destacado.

“APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE CONSUMO – MAQUIAGEM DEFINITIVA NAS SOBRANCELHAS – ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CASO CONCRETO NO QUAL NÃO RESTOU COMPROVADO O NEXO CAUSAL. Ainda que o CDC estabeleça a inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva dos fornecedores, tal não se confunde com isentar a parte autora de produzir prova indiciária mínima quanto à verossimilhança do direito alegado. Caso concreto em que o contexto probatório, limitado dada a conduta processual da autora que não se preocupou em assegurar a prova do alegado defeito do serviço, submetendo-se a novo procedimento de micropigmentação, não permite concluir que o serviço prestado pela ré tenha sido defeituoso. Ainda, o laudo pericial concluiu que as sobrancelhas da autora, como todo o corpo humano, apresentavam, e seguem apresentando, leve assimetria. Apelação desprovida” (TJRS; AC 0117263-53.2017.8.21.7000; Porto Alegre; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti; Julg. 12/07/2017; DJERS 18/07/2017) – destacado.

No caso presente, pleiteia a agravada o recebimento de indenização sob o argumento de que, em decorrência da aplicação da anestesia e da cirurgia malsucedidas, às quais foi submetida em julho/2016, ficou quase um mês internada, sendo oito dias na UTI, adquiriu infecção generalizada, teve que realizar uma ponte de safena, além de sofrer limitação dos membros inferiores, que lhe causa dores fortes e incapacidade laboral.

Contudo, percebe-se que as provas dos fatos e dos danos alegados é de fácil produção para a autora, não havendo a necessidade de ser invertido o ônus da prova, sendo-lhe inclusive mais acessível a comprovação dos procedimentos cirúrgicos, das internações e sequelas do que os requeridos demonstrarem que tais eventos não ocorreram.

Quanto ao nexo causal, vale ainda ressaltar que a inversão do ônus da prova, no caso concreto, importaria aos requeridos prova de difícil produção, consistente na realização de provas negativas (prova diabólica), desequilibrando a relação processual entre as partes.

Sob essa ótica, não se pode esquecer que mantém-se o ônus da parte requerida provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC, que no presente caso seria a comprovação de eventual culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, que são causas excludentes de responsabilidade.

O que não pode ser aceito é que se impute à requerida a demonstração de fatos negativos, tais como a prova de que não ocorreu reação alérgica na paciente, de que inexistiram intercorrências pela raquianestesia ou de que as alegadas complicações e limitações físicas não ocorreram por conta da técnica anestésica utilizada.

Por essa razão, em se tratando de alegação de erro médico, incumbe à parte autora demonstrar todo o alegado, isto é, compete à parte autora comprovar o ato ilícito imputado à parte requerida e a esta comprovar uma das causas excludentes de responsabilidade, não podendo a carga probatória (positiva e negativa) recair somente sob a responsabilidade de uma delas.

Se assim o fosse, teria a parte requerida, em todas as ações, de produzir provas a favor do autor, o que desvirtuaria o instituto da prova, previsto no art. 373 do CPC. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

“CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – LAQUEADURA DE TROMPAS E POSTERIOR GRAVIDEZ – IMPROCEDÊNCIA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – OMISSÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTES – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA Nº 211 DO STJ – A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE É CONTRATUAL – OBRIGAÇÃO DE MEIO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À VÍTIMA – PRECEDENTES – TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFASTOU O DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DA FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA – REFORMA – SÚMULA Nº 7 DO STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

[...]

4. Cabe à autora demonstrar o dano e provar que este decorreu de culpa por parte do médico, razão pela qual não há falar em inversão do ônus da prova.

5. As instâncias ordinárias, de forma uníssona, e com amparo no acervo fático-probatório reunido nos autos, notadamente o laudo pericial, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a ocorrência de erro médico, que resultou em gravidez posterior ao procedimento de laqueadura de trompas. A reforma de tal entendimento atrai a incidência da Súmula nº 7 do STJ.

[...] 7. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1395293/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 03/09/2015)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEXO CAUSAL ENTRE ALEGADO ERRO MÉDICO E PATOLOGIA – NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE PROVA – ÔNUS DO AUTOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 373, I, DO CPC DE 2015 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais, tendo em vista que incumbe ao autor do processo comprovar fato constitutivo de seu direito, conforme a inteligência do art. 373, inciso I, do CPC de 2015. O conjunto fático-probatório dos autos indica a realização de tratamento médico adequado, em conformidade com a prudência, técnica e diligência necessárias.” (TJMS. Apelação nº 0804401-94.2013.8.12.0017, Nova Andradina, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 27/11/2017, p: 30/11/2017)

Assim, merece reforma a decisão agravada.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento, reformando em parte a decisão agravada, para o fim de indeferir a inversão do ônus da prova.

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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Wilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade nº 1404646-97.2019.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PAGAMENTO DAS CUSTAS INICIAIS DEVIDAMENTE COMPROVADO – MEDIDA CAUTELAR – LEI MUNICIPAL Nº 2.863, DE 18.11.2014 – OBRIGATORIEDADE DAS CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS PLANTAREM ÁRVORES PARA MITIGAÇÃO DO EFEITO ESTUFA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – *FUMUS BONI IURIS* CARACTERIZADO – *PERICULUM IN MORA* AUSENTE – TARDIO AJUIZAMENTO DA DEMANDA – LIMINAR INDEFERIDA.

O comprovante de pagamento de boleto anexado aos autos é suficiente para a demonstração da regularidade das custas iniciais.

A medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade deve ser deferida quando restarem cumulativamente preenchidos os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A Lei Municipal nº 2.863/2014, do Município de Três Lagoas, ao instituir a obrigatoriedade das concessionárias de veículos plantarem árvores para mitigação do efeito estufa, em tese, incorreu em vício de inconstitucionalidade formal, havendo possível usurpação de competência legislativa bem como inconstitucionalidade material, por violar os princípios da razoabilidade, da isonomia da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica.

Contudo, o ajuizamento tardio da ação direta de inconstitucionalidade – quase 05 anos após a entrada em vigor da norma atacada – afasta o *periculum in mora*, impedindo a concessão medida cautelar.

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, indeferir a medida liminar, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Sindicato Profissional das Concessionárias de Veículos Automotores do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar em desfavor do Município de Três Lagoas e da Câmara Municipal de Três Lagoas, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.863/2014 que dispõe sobre a obrigatoriedade das concessionárias de veículos plantarem árvores para mitigação do efeito estufa.

O autor sustentou que a Lei Municipal nº 2.863/2014 padece de vício de inconstitucionalidade, uma vez que viola dispositivos tanto da Constituição Estadual quanto da Constituição Federal.

Destacou que a competência legislativa municipal é complementar à legislação federal e estadual e que a lei impugnada extrapolou a esfera de competência legislativa do município, violando o artigo 24, inciso VI, da CF.

Justificou que *“se extrai do texto da lei, ora combatida, a criação de embaraço ao exercício da atividade comercial e civil, além de ferir o princípio da isonomia”* (f. 08).

Mencionou que o legislador municipal pretendeu criar, por meio transverso, uma obrigação que se assemelha a tributo, contrariando os artigos 147 e 150, da Constituição Estadual.

Pediu a concessão da cautelar a fim de determinar a imediata suspensão da eficácia da Lei nº 2.863, de 18.11.2014. Pugnou, ainda, que ao final seja julgada procedente a pretensão inaugural, com a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

Notificado, o representante legal do município requereu a comprovação do recolhimento das custas iniciais e, quanto à liminar, manifestou-se pelo seu indeferimento (f. 48-52). Por sua vez, a Câmara Municipal de Três Lagoas (f. 55-59) também se pronunciou pelo indeferimento da medida.

A PGJ opinou pelo indeferimento da liminar (f. 67-73).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Sindicato Profissional das Concessionárias de Veículos Automotores do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar em desfavor do Município de Três Lagoas e da Câmara Municipal de Três Lagoas, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.863/2014 que dispõe sobre a obrigatoriedade das concessionárias de veículos plantarem árvores para mitigação do efeito estufa.

O autor sustentou que: a Lei Municipal nº 2.863/2014 padece de vício de inconstitucionalidade, uma vez que viola dispositivos tanto da Constituição Estadual quanto da Constituição Federal; a competência legislativa municipal é complementar à legislação federal e estadual e que a lei impugnada extrapolou a esfera de competência legislativa do município, violando o artigo 24, inciso VI, da CF; *“se extrai do texto da lei, ora combatida, a criação de embaraço ao exercício da atividade comercial e civil, além de ferir o princípio da isonomia”* (f. 08); o legislador municipal pretendeu criar, por meio transverso, uma obrigação que se assemelha a tributo, contrariando os artigos 147 e 150, da Constituição Estadual.

Pediu a concessão da cautelar a fim de determinar a imediata suspensão da eficácia da Lei nº 2.863, de 18.11.2014. Pugnou, ainda, que ao final seja julgada procedente a pretensão inaugural, com a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

Notificado, o representante legal do município requereu a comprovação do recolhimento das custas iniciais e, quanto à liminar, manifestou-se pelo seu indeferimento (f. 48-52). Por sua vez, a Câmara Municipal de Três Lagoas (f. 55-59) também se pronunciou pelo indeferimento da medida.

A PGJ opinou pelo indeferimento da liminar (f. 67-73).

Desde já adianto que apesar do município pleitear a comprovação do recolhimento das custas iniciais, o documento encartado à f. 39 (comprovante de pagamento de boleto) é suficiente para demonstrar a regularidade do pagamento das custas.

Conforme mencionado no relatório, o autor sustentou que a Lei Municipal nº 2.863/2014 padece de vício de inconstitucionalidade formal, já que extrapolou a esfera de competência legislativa do município, inclusive criando obrigação que se assemelha a tributo. Também alegou que há inconstitucionalidade material por violar o princípio da isonomia.

A norma questionada “*dispõe sobre a obrigatoriedade das concessionárias de veículos plantarem árvores para mitigação do efeito estufa e dá outras providências*”. Por oportuno, transcrevo alguns dos dispositivos legais que reputo relevantes para a compreensão da controvérsia:

“Art. 1º Fica instituído que as concessionárias de veículos automotores localizadas no Município de Três Lagoas, por estarem diretamente ligadas à venda de produtos, que são fontes emissoras de dióxido de carbono (CO2), ficam obrigadas a comprovar o plantio de árvores compensando assim a quantidade de veículos vendidos ao mês.

(...)

Art. 2º Estabelecer que para cada veículo automotor novo vendido, a empresa correspondente deve plantar uma árvore, contribuindo para a formação de contínuos florestais entre unidades de conservação, compensando assim a emissão de gases (CO2) que contribuem para o efeito estufa.

Art. 3º O plantio poderá ser executado pela própria concessionária ou através de cooperativas, organizações não governamentais ou empresas privadas na área ambiental junto ao setor competente da Prefeitura Municipal, devendo observar as legislações vigentes”

Como é cediço, a concessão da cautelar nas ações de cunho constitucional está condicionada ao preenchimento de dois requisitos básicos: (i) a relevância jurídica do pedido, também chamado de *fumus boni iuris* e (ii) o *periculum in mora*.

A respeito dos requisitos da cautelar na ADI, trago oportuna lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“(…) A medida cautelar (concedida mediante liminar, antes da apreciação do mérito do pedido principal) constitui um provimento jurisdicional que tem por fito assegurar a utilidade da futura decisão de mérito da ação direta.

Sempre que satisfeitos os pressupostos processuais, o Supremo Tribunal Federal apreciará liminarmente o pedido do autor da ação direta, a fim de afastar dano irreparável, ou de difícil reparação, que adviria caso os efeitos decorrentes de solução da controvérsia ocorressem somente por ocasião da decisão meritória.

O pedido de cautelar é apreciado pelo Supremo Tribunal Federal diante da alegação, pelo autor da ação, da presença dos pressupostos fumus boni iuris (fumaça do bom direito) e periculum in mora (perigo na demora).

O fumus boni iuris diz respeito ao fundamento jurídico do pedido, à demonstração de sua razoabilidade, de sua relevância e plausibilidade jurídicas.

Por outro lado, deve ser evidenciado no pedido formulado que, não sendo concedida a liminar, a demora da tramitação do processo e do julgamento definitivo da ação acarretará graves transtornos, danos ou prejuízos, de difícil ou impossível reparação (periculum in mora)” (Direito Constitucional Descomplicado. 7.ª ed. São Paulo: Método, 2011. p. 856-857) – destacado.

Ressalte-se, ainda, que ambos os requisitos devem ser cumulativamente preenchidos, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado:

“EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – LEI MUNICIPAL Nº 4.096/17 – VÍCIO DE INICIATIVA – PROJETO DE LEI DE INICIATIVA DO VEREADOR – COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – ANÁLISE SUMÁRIA – PERICULUM IN MORA EVIDENCIADO – COMPROMETIMENTO – SERVIÇO PÚBLICO – CONCESSÃO DO PROVIMENTO LIMINAR. 1 Para a concessão da medida liminar nas ações diretas de inconstitucionalidade, é indispensável o preenchimento dos requisitos cumulativos do fumus boni iuris, isto é, a plausibilidade do direito material invocado e do periculum in mora, consubstanciado no risco de dano de difícil ou incerta reparação. Na situação em

análise, ou seja, edição de lei municipal que transfere a terceiro as custas com a confecção da placa de via pública, verifico prima face a presença do fumus boni iuris, na medida em que a iniciativa de lei acerca da matéria pelo vereador da Câmara Municipal de Guarapari, afronta diretamente o artigo 61, § 1º, inciso II, b, da Carta Magna e artigo 63, parágrafo único, inciso III, da Constituição Estadual. Em relação ao periculum in mora, observo que as normas que conferem denominação de vias públicas no âmbito municipal são rotineiras e de produção em grande escala, de modo que a suspensão do referido dispositivo servirá de orientação para a Câmara Municipal de Guarapari, evitando assim a desestruturação do sistema de denominação de vias do município. 2 Medida cautelar concedida, suspendendo a eficácia da Lei Municipal nº 4.096, de 17/03/2017, com efeitos ex nunc e erga omnes, até o julgamento final da presente ação declaratória de inconstitucionalidade” (TJ-ES - ADI: 00024750320188080000, Relator: Fernando Zardini Antonio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/03/2018) – destacado.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL/RJ Nº 1848/91 (ART. 34, PAR. 1º) – PROPOSTA ORCAMENTARIA – AUTORIZAÇÃO PARA A SUA EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM CASO DE NÃO APROVAÇÃO DO PROJETO ATÉ O TÉRMINO DA SESSÃO LEGISLATIVA – INSUBSISTÊNCIA, NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DA APROVAÇÃO FICTA DAS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS – DISCIPLINA LEGISLATIVA DO ORÇAMENTO (CF, ART. 166, PAR. 7º C/C ART. 64) – INOCORRÊNCIA CUMULATIVA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR – SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. A concessão de medida cautelar, em sede de controle normativo abstrato, pressupõe a necessária ocorrência dos requisitos concernentes ao “fumus boni iuris” e ao “periculum in mora”. Por mais relevante que seja a plausibilidade jurídica do tema versado na ação direta, a sua isolada configuração não basta para justificar a suspensão provisória de eficácia do ato estatal impugnado, se inócua o “periculum in mora” ou, quando menos, a conveniência da medida cautelar postulada” (STF - ADI: 612 RJ, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/11/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Dj 26-03-1993 Pp-05002 Ement Vol-01697-02 Pp-00298).

“EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL PREVENDO A REALIZAÇÃO DE DESPESAS – PERIGO DA DEMORA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO – PRETENSÃO INICIAL CONTRARIANDO ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA NO TEMA 917 DOS RECURSOS JULGADOS COM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF – INDEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A concessão de medida cautelar em ação de direta de inconstitucionalidade pressupõe, a exemplo das demais medidas cautelares, demonstração da fumaça do bom direito e o perigo da demora. 2. Suficientemente demonstrado perigo da demora, tendo em vista a estipulação de prazo para realização das despesas. 3. Ausente, contudo, a fumaça do bom direito, tendo em vista a orientação sedimentada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal)” (tema 917). 4. Ausentes qualquer dos requisitos legais, impõe-se o indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar” (TJMS. Direta de Inconstitucionalidade nº 1402937-27.2019.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 16/05/2019, p: 20/05/2019) – destacado.

No que diz respeito ao requisito da relevância jurídica do pedido, tenho-o por preenchido.

Evidencia-se, em tese, a alegada inconstitucionalidade formal (por violação ao artigo 22, inciso I e ao artigo 24, inciso VI, da CF).

O texto constitucional determina ser de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção ao meio ambiente (artigo 23, da CF). Por sua vez, a competência legislativa sobre a matéria é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (artigo 24, incisos VI, VII e VIII, da CF), incumbindo à União estabelecer normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal disciplinar

as regras suplementares (artigo 24, § 1º, da CF), sendo reservada ao Município a competência residual ou concorrente para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, da CF).

Em matéria ambiental, o STF de fato vem reconhecendo a competência legislativa municipal, porém apenas quando se tratar de assunto predominantemente local. Vejamos:

*“ EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.977/2009 DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO/SP QUE PROÍBE A UTILIZAÇÃO, PELOS ESTABELECIMENTOS DAQUELA LOCALIDADE, DE EMBALAGENS PLÁSTICAS À BASE DE POLIETILENO OU DE DERIVADOS DE PETRÓLEO – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR – AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA – INEXISTÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA – PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE – MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL – COMPETÊNCIA MUNICIPAL – PRECEDENTES. 1. A lei impugnada não dispõe sobre nenhuma das matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada do chefe do Poder Executivo previstas no art. 61, § 1º, da Constituição Federal. 2. O diploma impugnado não implica aumento nas despesas do poder público municipal. Ainda que assim não fosse, é da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive reiterada em sede de repercussão geral (ARE nº 878.911/RJ-RG), que nem toda lei que acarrete aumento de despesa para o Poder Executivo é vedada à iniciativa parlamentar. Para que isso ocorra, é necessário que, cumulativamente, a legislação tenha tratado de alguma das matérias constantes do art. 61, § 1º, da Constituição Federal. 3. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece aos municípios a competência para legislar sobre direito ambiental quando se tratar de assunto de interesse predominantemente local** (RE nº 586.224/SP-RG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 8/5/15 – Tema 145). 4. O assunto tratado na lei municipal impugnada constitui matéria de interesse do município, por estar relacionada à gestão dos resíduos sólidos produzidos na localidade, especificamente das sacolas plásticas, conforme consta da exposição de motivos ao projeto de lei que deu origem ao diploma combatido. 5. Agravo regimental não provido” (STF; RE 729726 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 06/10/2017, Processo Eletrônico DJe-245 Divulg 25-10-2017 Public 26-10-2017) – destacado.*

Ocorre que o bem potencialmente protegido pela norma municipal (mitigação do efeito estufa) não se amolda ao conceito de “assunto de interesse predominantemente local”, motivo pelo qual estaria caracterizada a alegada usurpação de competência. No mesmo sentido:

*“ EMENTA – CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.911/2017, DO MUNICÍPIO DE VILA VELHA, QUE OBRIGA CONCESSIONÁRIAS E LOJAS DE VENDA/REVENDA O PLANTIO DE 01 (UMA) ÁRVORE PARA CADA VEÍCULO OU EQUIPAMENTO ZERO QUILOMETRO VENDIDO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO ARTIGO 20, CAPUT, E ARTIGO 28, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. **Por violação ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal e ao artigo 20, caput, e artigo 28, incisos I e II, da Constituição do Estado do Espírito Santo, padece de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência legislativa da União, a Lei municipal que obriga concessionárias e lojas de venda/revenda o plantio de 01 (uma) árvore para cada veículo ou equipamento zero quilômetro vendido. Precedentes dos Tribunais Pátrios, inclusive deste Egrégio Tribunal Pleno. II. Procedência do pedido inaugural para pronunciar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 5.911/2017, do Município de Vila Velha, com efeitos ex tunc. Acorda o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por maioria de votos, julgar procedente o pedido inicial para pronunciar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 5.911/2017, do Município de Vila Velha, com efeitos ex tunc, nos termos do voto do Eminentíssimo Desembargador Namyrr Carlos de Souza Filho, designado para redigir o acórdão”** (TJ-ES - ADI: 00013560720188080000, Relator: Namyrr Carlos de Souza Filho, Data de Julgamento: 05/07/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/07/2018) – destacado.*

De outro vértice, também é possível dizer que a Lei Municipal nº 2.863/2014 apresenta ofensa aos princípios da isonomia, já que impõe obrigação do plantio de árvores vinculado apenas à venda de veículos novos, deixando de alcançar outros estabelecimentos que também provoquem o dano ambiental que se pretende precaver. A norma em questão também afrontaria o princípio da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica.

Aliás, outros Tribunais pátrios já reconheceram a inconstitucionalidade material de normas idênticas a esta, como se depreende dos seguintes julgados:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.113/08, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – LEI MUNICIPAL, REGULAMENTADA PELO DECRETO MUNICIPAL Nº 14.124/08, QUE DETERMINA ÀS CONCESSIONÁRIAS O PLANTIO DE UMA ÁRVORE PARA CADA VEÍCULO VENDIDO, SOB PENA DE MULTA - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 10.113/08 RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO” (TJ-SP - APL: 91111311220098260000 SP 9111131-12.2009.8.26.0000, Relator: Zélia Maria Antunes Alves, Data de Julgamento: 27/03/2014, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 29/03/2014).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº 7.593, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA – PREVISÃO DE PLANTIO DE ÁRVORES APENAS ÀS CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS NOVOS – INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE OS MEIOS EMPREGADOS E A FINALIDADE ALMEJADA – ESTABELECIMENTO DE PRIVILÉGIO PARA ALGUNS EM DETRIMENTO DE OUTROS – INCIDÊNCIA DOS ARTS. 23, 30 E 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – ARGUIÇÃO PROCEDENTE” (TJ-SP - ADI: 20427482820148260000 SP 2042748-28.2014.8.26.0000, Relator: Ademir Benedito, Data de Julgamento: 15/10/2014, Órgão Especial. Data de Publicação: 22/10/2014).

Não obstante esteja suficientemente caracterizado o *fumus boni iuris*, o segundo requisito (*periculum in mora*) não restou atendido. Isto porque, a lei atacada está em vigor desde novembro de 2014, ou seja, encontra-se vigente há quase 05 anos, o que, por si só, afasta a alegação de perigo de dano.

Assim já se posicionou o STF:

“EMENTA – ADIN – LEI Nº 8.024/90 – PLANO COLLOR – BLOQUEIO DOS CRUZADOS – AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA – LIMINAR INDEFERIDA. - O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando ja decorrido lapso temporal consideravel desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza - não obstante o relevo jurídico da tese deduzida - o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. - Votos vencidos dos Ministros Celso de Mello (Relator), Paulo Brossard e Néri da Silveira, que ordenavam a liberação imediata dos cruzados bloqueados, por entenderem que a salvaguarda do padrão monetário não justifica o desrespeito, pelo Estado, de princípios inscritos na Constituição da República: “O poder normativo reconhecido a União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento as reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários (...), quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição” (Ministro Celso de Mello, Relator)” (STF; ADI 534 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/1991, Dj 08-04-1994 Pp-07239 Ement Vol-01739-02 Pp-00210) – destacado.

“EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 5.206/2001, DO ESTADO DO PIAUÍ – EXAME DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR – PRETENDIDA APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.868/99 – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DA ALEGADA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – AJUIZAMENTO TARDIO DA AÇÃO DIRETA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO LIMINAR – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (ADI 2674 MC-AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, Acórdão Eletrônico DJe-030 Divulg 12-02-2015 Public 13-02-2015) – destacado.

Sendo assim, diante da ausência de um dos seus requisitos, deve ser indeferida a medida cautelar pretendida.

Conclusão

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, diante da ausência de um de seus requisitos, indefiro a medida cautelar pugnada.

Notifiquem-se os representantes legais do Município e da Câmara Municipal de Três Lagoas para que se manifestem no prazo de 30 dias (artigo 519, *caput*, do RITJMS e artigo 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999).

Após, colha-se o parecer ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, indeferiram a medida liminar, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, 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. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação nº 0800556-84.2014.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – MATÉRIA JORNALÍSTICA – PONDERAÇÃO DE VALORES ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO DE PERSONALIDADE – CONTEÚDO QUE NÃO VIOLA O DIREITO À IMAGEM E A HONRA – DIREITO DE INFORMAÇÃO – *ANIMUS NARRANDI* – ATO ILÍCITO NÃO COMPROVADO – NÃO OCORRÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – RECURSO DESPROVIDO.

Não ocorrência de cerceamento de defesa – autor que fora intimado para especificar as provas que pretendia produzir e dada tal oportunidade, apenas comparece nos autos repetindo sobre os fatos alegados na inicial, informando que há prova da matéria incontroversa, houve dano moral que geral lesão a sua reputação, reiterando as questões já apresentadas com a juntada de documentos, sem contudo, atender a determinação do Magistrado com relação à especificação das provas e nem requereu a prova testemunhal ou qualquer outra, não podendo falar na fase recursal que houve cerceamento de defesa.

A matéria jornalística revestida de interesse público, que traz em seu bojo tão somente informações prestadas com relação ao processo de cassação contra o chefe do Poder Executivo do Município na época, encontra-se em perfeita sintonia com o direito de informação consagrado nos art. 5º, XIV, e 220 da Constituição Federal.

O direito à honra, como todo direito constitucional, não é absoluto, devendo determinar-se em relação ao seu âmbito normativo a partir da proteção constitucional de outros direitos fundamentais. Neste contexto, está a liberdade de expressão e informação que também possui normatização constitucional, erigindo-se em característica do Estado Democrático de Direito.

Logo, a reportagem veiculada não ultrapassou o *animus narrandi*, haja vista que apenas relatou os fatos investigados, não acrescentando outros elementos, já que não extrapolou o direito de informação ou a liberdade de imprensa, garantias constitucionais. Analisados os fatos e as circunstâncias do caso em tela, não há ocorrência de ato ilícito, passível de indenização, razão por que a sentença de primeiro grau não merece nenhum reparo.

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, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Saint Clair Castilho Gomes contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Bonito nos autos de reparação por danos morais movida em face de Campo Grande Notícias Ltda e João Bosco Martins que julgou improcedente os pedido.

A recorrente alega, em síntese, que:

Não exultante das difamações, no dia 17/03/2014 novamente foi publicada a matéria com mesmo título TRE retoma hoje julgamento e prefeito de Bonito pode ser cassado, sendo que referidas reportagens, além de indevidas, menciona o nome do irmão do apelante Clayton Castilho Gomes, insinuando que o mesmo havia sido agraciado por um cargo após o sumiço da referida agenda pelo servidor cedido pela prefeitura de Bonito ao Cartório Eleitoral;

Resta evidente que as reportagens envolveram indiretamente o apelante em um cenário de condutas ilícitas de forma reprovável, incompatível com o dever de verdade que é inerente a qualquer publicação jornalística, visto serem afirmações falsas, oriundas da negligência e da ausência de apuração dos fatos, pois já havia sido realizado um processo investigatório sobre os quatro funcionários que faziam parte da equipe do Cartório Eleitoral na época, onde foi encerrado e arquivado em dezembro de 2013 por falta de provas, excluindo qualquer culpa, ou seja, levantando em público acusações que já haviam se dada por encerrada;

O ilícito civil é evidente e apto a ensejar a condenação dos apelados a reparar os danos morais incorridos em virtude das publicações das reportagens em tela, pois o ordenamento jurídico pátrio consagra, de forma clara e inequívoca, a proteção ao nome, à imagem, à honra e aos demais direitos da personalidade;

As publicações ocorreram meses após o arquivamento da sindicância, inexistindo qualquer elemento que permita aos apelados estabelecer um vínculo entre o nome do apelante e o enredo criminoso descrito na reportagem, seja ele ou não objeto de uma investigação, sendo que qualquer notícia publicada pela imprensa a respeito do tema deve observar redobrada cautela e sempre estar acompanhada de expressas ressalvas;

Conclui-se pelo dever de indenizar dos apelados, pois é justamente nesse agir do jornalista que se revela a temeridade da reportagem, optando pela publicação da informação, destituída de qualquer elemento;

É aposentado e sua renda mensal atualmente é de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais), logo deve ser desobrigado de pagar as custas e sucumbências arbitrados em razão de perdurar o estado de carência econômica do apelante;

A sentença recorrida foi proferida sem que se consumasse a necessária instrução processual, em verdadeiro cerceamento de defesa, primordialmente de fatos controvertidos que requerem o exaurimento da fase de instrução, em especial da audiência de instrução e julgamento onde se tem a oportunidade de elucidação dos fatos, ou seja, de que o foi alvo de injúria e difamação, em razão dos apelados terem publicado reportagens alicerçadas às afirmações falsas, oriundas de briga de politicagem;

Requer a declaração de nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos para que o juízo *a quo* possa exaurir a fase de instrução processual com oitiva da testemunha a ser apresentada, garantindo-lhe, desta forma, o contraditório e a ampla defesa e que os parâmetros para a fixação do *quantum* devem tomar por base o abalo à imagem, credibilidade e o bom nome perante a sociedade, diante do constrangimento, pela dimensão dos fatos que se deu de forma injusta, despropositada e de má-fé, estando presentes os pressupostos da obrigação de indenizar, tratando-se de dano *in re ipsa*, que resta evidenciado pelas circunstâncias do fato. Por fim, pede o provimento do recurso com pedido de indenização por danos morais para reformar a sentença recorrida com a inversão do ônus sucumbencial.

Apresentadas as contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 241-252).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Saint Clair Castilho Gomes contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Bonito nos autos de reparação por danos morais movida em face de Campo Grande Notícias Ltda e João Bosco Martins que julgou improcedente os pedidos.

A recorrente alega, em síntese, que:

Não exultante das difamações, no dia 17/03/2014, novamente foi publicada a matéria com mesmo título “TRE retoma hoje julgamento e prefeito de Bonito pode ser cassado”, mencionando o nome do irmão Clayton Castilho Gomes, sendo que referidas reportagens, além de indevidas, insinuam que o mesmo havia sido agraciado por um cargo após o sumiço da referida agenda pelo servidor cedido pela prefeitura de Bonito ao Cartório Eleitoral;

Resta evidente que as reportagens envolveram indiretamente o apelante em um cenário de condutas ilícitas de forma reprovável, incompatível com o dever de verdade que é inerente a qualquer publicação jornalística, visto serem afirmações falsas, oriundas da negligência e da ausência de apuração dos fatos, pois já havia sido realizado um processo investigatório sobre os quatro funcionários que faziam parte da equipe do Cartório Eleitoral na época, que foi encerrado e arquivado em dezembro de 2013 por falta de provas, excluindo qualquer culpa, ou seja, levantando em público acusações que já haviam se dado por encerradas;

O ilícito civil é evidente e apto a ensejar a condenação dos apelados a reparar os danos morais incorridos em virtude das publicações das reportagens em tela, pois o ordenamento jurídico pátrio consagra, de forma clara e inequívoca, a proteção ao nome, à imagem, à honra e aos demais direitos da personalidade;

As publicações ocorreram meses após o arquivamento da sindicância, inexistindo qualquer elemento que permita aos apelados estabelecer um vínculo entre o nome do apelante e o enredo criminoso descrito na reportagem, seja ele ou não objeto de uma investigação, sendo que qualquer notícia publicada pela imprensa a respeito do tema deve observar redobrada cautela e sempre estar acompanhada de expressas ressalvas;

Conclui-se pelo dever de indenizar dos apelados, pois é justamente nesse agir do jornalista que se revela a temeridade da reportagem, optando pela publicação da informação, destituída de qualquer elemento;

É aposentado e sua renda mensal atualmente é de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais), logo deve ser desobrigado de pagar as custas e sucumbências arbitradas em razão de perdurar o estado de carência econômica do apelante;

A sentença recorrida foi proferida sem que se consumasse a necessária instrução processual, em verdadeiro cerceamento de defesa, primordialmente de fatos controvertidos que requerem o exaurimento da fase de instrução, em especial da audiência de instrução e julgamento onde se tem a oportunidade de elucidação dos fatos, ou seja, de que o foi alvo de injúria e difamação, em razão dos apelados terem publicado reportagens alicerçadas às afirmações falsas, oriundas de briga de política.

Requer a declaração de nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos para que o juízo *a quo* possa exaurir a fase de instrução processual, com oitiva da testemunha a ser apresentada, garantindo-lhe, desta forma, o contraditório e a ampla defesa e que os parâmetros para a fixação do *quantum* devem tomar por base o abalo à imagem, credibilidade e o bom nome perante a sociedade, diante do constrangimento, pela dimensão dos fatos que se deu de forma injusta, despropositada e de má-fé, estando presentes os pressupostos da obrigação de indenizar, tratando-se de dano *in re ipsa*, que resta evidenciado pelas circunstâncias do fato. Por fim, pede o provimento do recurso com pedido de indenização por danos morais para reformar a sentença recorrida com a inversão do ônus sucumbencial.

Apresentadas as contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 241-252).

Por primeiro examino a alegação de ocorrência de cerceamento de defesa, por ter sido proferida sentença sem que se consumasse a instrução processual, requerendo o apelante a anulação com o retorno dos autos para que o juízo proceda a instrução do processo com a oitiva de testemunha e tenho que ela não merece guarida.

Isso porque conforme se verifica da decisão de f. 195-196, o Magistrado determinou a intimação das partes para especificarem as provas que pretendiam produzir e para justificar, objetiva e fundamentadamente a relevância e pertinência.

Intimadas as partes, o autor comparece nos autos manifestando sobre os fatos alegados na inicial, informando que há prova da matéria incontroversa, disso resultando que houve dano moral que geral lesão a sua reputação, reiterando as questões já apresentadas nos autos e juntando documentos de f. 202-203. Contudo, em nenhum momento especificou que pretendia produzir prova testemunhal ou qualquer outra, não podendo falar nessa fase recursal que houve cerceamento de defesa.

Portanto, seu pedido de retorno dos autos para que o Juízo proceda a instrução do processo em audiência com oitiva de testemunha se tornou precluso, considerando a ausência de tal pretensão na manifestação de f. 199-201, já que teve a oportunidade de requerer tal prova e não o fez no momento correto.

Por tais razões, afastado a alegação de cerceamento de defesa.

Passo à análise do mérito do pleito.

Sobre a questão de indenização por suposta violação ao direito à imagem é preciso se ater se no caso houve abuso capaz de extrapolar os limites das informações veiculadas.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, assegura, como direito fundamental, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, consoante se infere:

“(...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Em relação à honra, bem alude Edilson Pereira de Farias:

“A primeira característica é a de que o seu fundamento radica no princípio da dignidade da pessoa humana (ver itens 9 e 10 do capítulo I). Vale dizer: a honra é atributo inerente a qualquer pessoa independentemente de considerações de raça, religião, classe social, etc. Com sua constitucionalização, a honra expande sua força normativa, tornando-se, por conseguinte, incompatível com as ‘concepções aristocráticas ou meritocráticas’ sobre a honra. A segunda característica é a de que o conteúdo da honra refere-se tanto à honra objetiva (a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros), quanto à honra subjetiva (a dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa). É dizer, no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta no meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimação que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral”.¹

Desta forma, o direito à honra, como todo direito constitucional, não é absoluto, devendo determinar-se em relação ao seu âmbito normativo a partir da proteção constitucional de outros direitos fundamentais.

Neste contexto, está a liberdade de expressão e informação que também possui normatização constitucional, erigindo-se em característica do Estado Democrático de Direito:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

¹ Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996. p. 109.

§ 1º - *Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

§ 2º - *É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

Na medida em que outros direitos fundamentais também receberam a devida proteção dos regimes democráticos, verificou-se a necessidade de construir limites à própria liberdade de expressão e informação, como os direitos de personalidade, dentre eles a honra.

Em razão de tal, para a resolução da colisão entre tão importantes direitos, bem como para determinar se houve ou não ato ilícito no caso telado, capaz de determinar o pagamento de indenização, há que se analisar as reportagens sob o crivo dos limites internos e externos que delimitam a garantia à informação.

No caso em testilha cumpre verificar se os recorridos ao veicularem a notícia em debate violaram o dever de veracidade, e se não incorreram em abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Em resumo, o efeito legitimante da atuação da imprensa implica não apenas que as notícias sejam relatadas com rigor e objetividade, mas, sobretudo, que a informação constitua interesse público em função do conteúdo da notícia ou da condição pública da pessoa a que se reporta.

Estes elementos, imprescindíveis para o reconhecimento da licitude da atividade informativa e formativa da imprensa, traduzem o exercício regular do seu direito de comunicar e sugere sua prevalência numa situação concreta de ponderação entre os referidos direitos fundamentais, em respeito ao pluralismo político e ideológico, elementos inseparáveis da moderna democracia, o que afasta a configuração de abuso do direito.

Sobre o tema, pertinente o magistério de Sérgio Cavalieri Filho¹:

“Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da proporcionalidade como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.

Ademais, o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve-se fazer com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, in fine. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no § 1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à ‘observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’. Temos aqui verdadeira reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral. Do contrário não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos acima citados como limites imanentes ao exercício da liberdade de imprensa.

Costuma-se ressaltar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada de notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se, então, nos chamados ‘direito à informação e direito à história’, a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independentemente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público). Mas o limite da confidencialidade

¹ Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed., 3ª reimpr, São Paulo: Atlas, 2007. p. 104.

persiste preservado; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar etc., não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado.

E assim é, segundo essa mesma doutrina, porque a vida dessas pessoas compreende um aspecto voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, todavia, que se debruça sobre a pessoa mesma, sobre os membros da família, sobre seus amigos, integra o conceito de vida privada, inviolável, nos termos da Constituição.”

Observa-se da narração dos fatos que o apelante pretende receber indenização por dano moral em decorrência de exposição na mídia jornalística e que fora citado em reportagens veiculadas pelo Jornal Campo Grande News, cuja publicação com nota intitulada como “*Prova some e TRE julga hoje pedido de cassação do prefeito de Bonito*” e tal matéria foi autorizada pelo apelado João Bosco Martins no dia 11/03/2014, que assim trazia a suposta acusação:

(...) Ainda na representação, Bosco frisa que após o sumiço da agenda de dentro do cartório o funcionário da prefeitura, cedido à Justiça Eleitoral, teve seu irmão, de nome Clayton Castilho Gomes, agraciado com um cargo de confiança DAS-4 na administração municipal de Bonito.”

Sustenta o apelante que, posteriormente em 17/03/2014 foi publicada outra matéria com o mesmo título “*TRE retoma hoje julgamento e prefeito de Bonito pode ser cassado*”

O apelante narra que embora a reportagem não tenha citado expressamente seu nome, esclarece que era o único servidor cedido pela Prefeitura de Bonito ao Cartório Eleitoral e irmão de Clayton Castilho Gomes, portando, se sentiu difamado e caluniado pelos requeridos, tendo em vista que as reportagens lhe envolveram indiretamente.

Para melhor elucidação dos fatos, colaciono a notícia veiculada intitulada como:

“Prova some e TRE julga hoje pedido de cassação do prefeito de Bonito

Sem a principal prova da suposta compra de votos, o TRE-MS (Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul) julga, nesta segunda-feira (10), o pedido de cassação do prefeito de Bonito, Leonel Lemos de Souza Brito, conhecido como Leleco (PTdoB).

A análise ocorre há mais de um ano após o caso vir à tona e três dias depois de o jornalista João Bosco Martins denunciar o sumiço de prova e lançar suspeita sobre o envolvimento da primeira-dama, Néia Prado, no desaparecimento do documento.

De acordo com a denúncia, na véspera da eleição extemporânea de Bonito, no dia 2 de março de 2012, em operação conjunta da Polícia Civil e do DOF (Departamento de Operação de Operações de Fronteira), foi detido o carro da mulher de Leleco e preso o motorista que conduzia o veículo, acusado de compra de votos.

Um dia após flagrante, a delegada Maira Machado, informou que o “DOF abordou o veículo e o condutor estava na carteira com aproximadamente R\$ 1,5 mil em notas trocadas, em maços de dois, cinco, 10, 50 e R\$ 100”. Ainda de acordo com ela, “foi encontrada uma agenda com três páginas de possíveis nomes, telefones e endereços”, além de material de campanha da coligação do então candidato do PTdoB.

Sumiço - Passado um ano e três meses do flagra, no dia 13 de junho de 2013, o advogado da coligação adversária, Marcos Piva, foi ao cartório da 30ª zona eleitoral solicitar cópia da agenda, mas surpreendeu-se com o desaparecimento da prova.

Inconformado com o sumiço, Bosco apresentou, na última sexta-feira (7), representação ao MPE (Ministério Público Estadual) para investigar o caso. Na denúncia, ele ressalta que, em depoimento, servidores do cartório, informaram a presença de Néia no local, na época do desaparecimento, para consultar a documento.

Ainda na representação, Bosco frisa que “após o sumiço da agenda de dentro do cartório o funcionário da prefeitura, cedido à Justiça Eleitoral, teve seu irmão, de nome Clayton Castilho Gomes, agraciado com um cargo de confiança DAS-4 na administração municipal de Bonito”.

Diante das suspeitas, o jornalista pede o restabelecimento das investigações da sindicância arquivada pela Corregedoria eleitoral para apurar o desaparecimento da agenda. Procurado pela reportagem, o prefeito de Bonito não foi localizado.

A segunda notícia jornalística assim informou:

TRE retoma hoje julgamento e prefeito de Bonito pode ser cassado

O TRE-MS (Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul) deve decidir, nesta segunda-feira (17), se cassa o prefeito de Bonito, Leonel Lemos de Souza Brito, conhecido como Leleco (PTdoB), por suposta compra de votos. O placar do julgamento terminou em 2 a 1.

Na semana passada, o juiz federal Heraldo Garcia Vitta pediu vistas e, além dele, faltam votar o juiz eleitoral André Carvalho Pagnoncelli e o juiz Marcelo Câmara Raslan. Em caso de empate, o presidente do TRE, desembargador Atapoã Costa Feliz, irá se manifestar.

O julgamento, adiado por duas vezes, ocorre há mais de um ano após o caso vir à tona e depois de o jornalista João Bosco Martins denunciar o sumiço de uma das prova da suposta compra de votos e lançar suspeita sobre o envolvimento da primeira-dama, Néia Prado, no desaparecimento da agenda com nome de eleitores.

De acordo com a denúncia, na véspera da eleição extemporânea de Bonito, no dia 2 de março de 2012, em operação conjunta da Polícia Civil e do DOF (Departamento de Operação de Operações de Fronteira), foi detido o carro da mulher de Leleco e preso o motorista que conduzia o veículo, acusado de compra de votos.

Um dia após flagrante, a delegada Maira Machado, informou que o “DOF abordou o veículo e o condutor estava na carteira com aproximadamente R\$ 1,5 mil em notas trocadas, em maços de dois, cinco, 10, 50 e R\$ 100”. Ainda de acordo com ela, “foi encontrada uma agenda com três páginas de possíveis nomes, telefones e endereços”, além de material de campanha da coligação do então candidato do PTdoB.

Sumiço - Mas, no dia 13 de junho de 2013, o advogado da coligação adversária, Marcos Piva, foi ao cartório da 30ª zona eleitoral solicitar cópia da agenda e surpreendeu-se com o desaparecimento da prova.

Inconformado com o sumiço, Bosco apresentou representação ao MPE (Ministério Público Estadual) para investigar o caso. Na denúncia, ele ressalta que, em depoimento, servidores do cartório, informaram a presença de Néia no local, na época do desaparecimento, para consultar a documento.

Ainda na representação, Bosco frisa que “após o sumiço da agenda de dentro do cartório o funcionário da prefeitura, cedido à Justiça Eleitoral, teve seu irmão, de nome Clayton Castilho Gomes, agraciado com um cargo de confiança DAS-4 na administração municipal de Bonito”. A denúncia também foi protocolada, na última sexta-feira (14), no CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

(...)

Em que pesem as alegações do autor, e independentemente de ter havido arquivamento do processo investigatório sobre os fatos ocorridos, que não impôs a autoria do suposto sumiço da agenda a algum dos funcionários do Cartório Eleitoral, o autor deveria ter demonstrado de que a notícia veiculada na mídia extrapolou os limites da mera informação, ou seja, que houve violação do direito à imagem, honra e intimidade de sua pessoa.

O que se extrai da notícia não tem, de per si só, o condão de responsabilização dos apelados por qualquer dano, visto que se trata de narração dos fatos na época da campanha eleitoral sobre o julgamento pelo TRE referente ao processo de cassação do Prefeito de Bonito, sem emitir juízo de valoração quanto à pessoa do recorrente.

Pontuado tal, obvia-se que os recorridos agiram no direito de informação de matéria de repercussão de interesse público, utilizando-se do direito de transmissão dos fatos, não havendo menção diretamente desses fatos narrados contra a pessoa do apelante.

O ato deve ser caracterizado como *animus narrandi*, motivo pelo qual tal se encontra constitucionalmente resguardado pela inarredável e inafastável liberdade de imprensa, que sem qualquer dúvida constitui-se em um dos pilares básicos do Estado de Direito.

Pontuado tal, colaciono excerto da sentença objurgada:

É cedido que a liberdade de expressão e de imprensa, embora nitidamente reconhecida, não possui caráter absoluto, eis que deve ressalvar o direito à imagem, honra e intimidade dos indivíduos. Pois bem.

Quando a notícia veiculada possui caráter ofensivo, não se limitando à narração das informações de forma fidedigna, ou seja, extrapolando os limites da mera informação, há que se reconhecer o dever de responsabilização. De outro modo, caso os profissionais/empresas da seara midiática cumpram o seu ofício de prestar informações à sociedade, apenas se limitando a descrever fatos, não há se falar em responsabilização.

Transportando os ensinamentos para o caso em tela, entendo que o pedido deve ser julgado improcedente.

Conforme se denota dos autos, o primeiro requerido João Bosco de Castro Martins, exercendo o seu direito de cidadão, elaborou uma representação que foi protocolada junto ao Ministério Público visando esclarecer a questão do sumiço da agenda, que serviria de prova em um processo de cassação contra um chefe do Poder Executivo do Município.

*E, o segundo requerido, por sua vez, veiculou tal notícia em seu jornal limitando a descrever *ipsis literis* o que narrou o primeiro requerido em sua Representação.*

*Sendo assim, tenho que trata o caso de mera veiculação de notícias, de modo que não vislumbro nenhum excesso que ultrapasse o intuito de informação. Ao menos não ficou demonstrado nos autos que os requeridos possuíam *animus difamandi, injuriandi ou caluniandi*.*

A matéria jornalística revestida de interesse público, que traz em seu bojo tão somente informações prestadas com relação ao processo de cassação contra o chefe do Poder Executivo do Município na época, encontra-se em perfeita sintonia com o direito de informação consagrado nos art. 5º, XIV, e 220 da Constituição Federal.

Como se observa, não pode ser considerada como ato ilícito a aludida publicação, já que limitada à narração dos fatos. Não se nega, com isso, a repercussão da reportagem, porém, como dito, a notícia então divulgada tinha conteúdo de informação de interesse público à coletividade.

No mesmo sentido já se pronunciou este Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS – NOTICIADO FATO VERÍDICO – ANIMUS NARRANDI – EXCESSO DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NÃO CARACTERIZADO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO DESPROVIDO.

A liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IV e XIV) não é absoluta, tanto que encontra limitação no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas (CF, art. 5º, X), o que determina, em caso de ofensa ou violação a um destes direitos, a reparação do dano. As empresas jornalísticas e os profissionais do ramo, desde que imbuídos tão somente no animus narrandi, limitando-se a veicular fatos efetivamente ocorridos, não cometem ato ilícito passível de responsabilização. (...) Assim, não demonstrado o intuito ofensivo na conduta do apelado, que atuou no exercício regular do direito de informação, não há falar em caracterização de dano moral indenizável.” (Apelação - Nº 0046204-46.2010.8.12.0001 - Campo Grande, Relator Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Câmara Cível, j. 10.10.2012).

Sobre a questão, oportuno transcrever a doutrina de Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil, *in verbis*:

“A divulgação de fatos verdadeiros como mera representação e projeção do ocorrido no mundo físico e no plano material, através dos meios atualmente à disposição – tais como jornal, revista, televisão, rádio e Internet – como mero repasse de informações obtidas e transmitidas de forma lícita, fiel e assisada, não comporta discepção, nem se traduz em abuso ou excesso. (...)”

Até mesmo a notícia verdadeira sobre a prisão e o indiciamento de alguém em inquérito policial, ou que esteja sendo objeto de investigação através do Ministério Público ou de Comissão Parlamentar ou, ainda, acusado formalmente em ação penal é legítima e possível. (...)”

É certo que uma notícia dessa natureza pode causar constrangimento. Contudo, se divulgada adequadamente, com fidelidade e despida de adjetivação, juízo de valor, acréscimos ou sensacionalismo, nenhum agravo poderá ser invocado (5. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1448-1449)”.

Logo, a reportagem veiculada não ultrapassou o *animus narrandi*, haja vista que apenas relatou os fatos investigados, não acrescentando outros elementos e por essa razão, entendo que não extrapolou seu direito de informar ou a liberdade de imprensa, garantias constitucionais.

Assim, analisados os fatos e as circunstâncias do caso em tela, não vejo que tenha ocorrido ato ilícito, passível de indenização, razão por que a sentença de primeiro grau não merece nenhum reparo.

Quanto ao prequestionamento, por fim, sabe-se que, no sistema de persuasão racional adotado no processo civil brasileiro, o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações e disposições normativas invocadas pelas partes, bastando menção às regras e fundamentos jurídicos que levaram à decisão de uma ou outra forma.

Assim, 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.

Por todas essas considerações, espanco a isagógica e nego provimento ao recurso, mantendo a sentença intacta.

Nos moldes do art. 85, § 11, do CPC majoro a verba honorária recursal no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) em favor do advogado dos requeridos, ficando sobrestada a exigibilidade da verba por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.

Registro, por entender oportuno, que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento 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, afastaram a preliminar e 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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0047561-51.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – AVALIAÇÃO – COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO DE AVALIAÇÃO – BENFEITORIAS NÃO AVALIADAS PELO ENTE PÚBLICO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DECRETO-LEI 3.365/41 ESTABELECE OS PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO – VALOR IRRISÓRIO – EQUIDADE PERMITIDA NA PARTE FINAL DO ART. 27 DO DECRETO – SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA – RECURSO DESPROVIDO.

A avaliação na órbita das desapropriações deve considerar a real situação do bem expropriando diante das concretas circunstâncias econômicas do mercado. Nela, o valor da indenização deve ser contemporâneo da avaliação. O laudo da perícia judicial avaliou benfeitorias não inseridas quando da avaliação feita pelo ente municipal, tendo sido corrigido o valor na sentença.

Diante da autorização na parte final do artigo 27 do Decreto-Lei 3.365/41 deve ser mantida a fixação da verba honorária de forma equitativa, pois do contrário o causídico do requerido não será dignamente remunerado pelo seu trabalho, eis que irrisório para o realizado.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de remessa necessária e procedimento recursal de apelação cível interposto pelo Município de Campo Grande, contra a sentença proferida pelo MM. Juízo 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de Desapropriação movida contra Espólio de José Amâncio da Silva e espólio de Alexina Vieira da Silva, julgou parcialmente procedente o pedido para tornar definitiva a posse e conceder a desapropriação do Lote nº 24, da Quadra 01, da 2ª Secção da Vila Esplanada, Transcrição nº 106.641, livro 3-BX, f. 17, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca, declarando-o incorporado ao patrimônio do expropriante, fixando o valor da indenização em R\$ 8.985,29 (oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais, vinte e nove centavos), corrigido monetariamente pela TR a partir 6 de outubro de 2011 até 25.03.2015 e a partir de 26.03.2015 pelo IPCA-E e acrescido de juros compensatórios de 12% ao ano sobre a diferença desde a imissão de posse até a expedição do precatório e juros moratórios de 6% ao ano a partir do inadimplemento do precatório até seu efetivo pagamento, nos termos do art. 15-B do Decreto Lei nº 3.365/41, contados simultaneamente mas não reciprocamente. Sem custas. Condenou o autor ao pagamento de honorários de advocatícios arbitrado em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pelo réu.

O município alega, em síntese, que o valor indenizatório deve ser reduzido, pois a avaliação Municipal levou em conta os valores imobiliários ocorridos à época da decretação da desapropriação, em obediência aos mandamentos legais vigentes, e não como no laudo pericial, que incluiu a valorização decorrente das próprias obras públicas para o cômputo da importância atingida, o que se mostra excessivo, pois decorrente do transcurso do tempo e de uma valorização imobiliária fora do comum. A avaliação Municipal foi elaborada de acordo com os critérios e normas da ABNT-NBR-14653-2, com o Método Comparativo de Dados de Mercado.

Requer que o valor da indenização seja fixado em R\$ 6.164,50 (seis mil, cento e sessenta e quatro reais e cinquenta centavos). Postula, também pela minoração dos honorários advocatícios, para que sejam fixados em 1% sobre a diferença entre o valor fixado na sentença e a oferta inicial. Prequestiona genericamente dispositivos legais.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e procedimento recursal de apelação cível interposto pelo Município de Campo Grande, contra a sentença proferida pelo MM. Juízo 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de Desapropriação movida contra Espólio de José Amâncio da Silva e espólio de Alexina Vieira da Silva, julgou parcialmente procedente o pedido para tornar definitiva a posse e conceder a desapropriação do Lote nº 24, da Quadra 01, da 2ª Secção da Vila Esplanada, Transcrição nº 106.641, livro 3-BX, f. 17, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca, declarando-o incorporado ao patrimônio do expropriante, fixando o valor da indenização em R\$ 8.985,29 (oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais, vinte e nove centavos), corrigido monetariamente pela TR a partir 6 de outubro de 2011 até 25.03.2015 e a partir de 26.03.2015 pelo IPCA-E e acrescido de juros compensatórios de 12% ao ano sobre a diferença desde a imissão de posse até a expedição do precatório e juros moratórios de 6% ao ano a partir do inadimplemento do precatório até seu efetivo pagamento, nos termos do art. 15-B do Decreto Lei nº 3.365/41, contados simultaneamente mas não reciprocamente. Sem custas. Condenou o autor ao pagamento de honorários de advocatícios arbitrado em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pelo réu.

O objeto da controvérsia restringe-se ao valor da indenização arbitrado pelo magistrado de primeiro grau que considerou como preço justo aquele encontrado pelo perito, R\$ 8.985,29 (oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais, vinte e nove centavos).

Destaco o texto constitucional:

“(...) Art. 5º

(.....)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

O Decreto-Lei nº 3.365/41 que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, em seu artigo 26, prescreve:

“(...) Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado”. (Redação dada pela Lei nº 2.786/1956).

Como visto, a legislação não fornece elementos concretos para se aferir o que seria ‘preço justo’. Além disso, o valor da indenização será o valor da época em que foi realizada a avaliação, não podendo ser anterior a ela.

No entanto, o valor indenizatório, em caso de desapossamento administrativo, deve equivaler ao de troca real no mercado, porque é o valor que corresponde ao detrimento do domínio afligido, é dizer, à ideia de valor equitativo, aquele que o bem objeto atingiria em uma alienação consensual (valor de uso, valor de troca, valor de mercado).

A indenização, assim, deve consistir em uma singular concretização do princípio da igualdade, de sorte que os expropriados, compensem o especial sacrifício do desapossamento, situando-se em quadro idêntico ao de terceiros não afligidos por símile conduta da Administração Pública.

Insta salientar que este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA – VALOR DA INDENIZAÇÃO CONTEMPORÂNEO À DATA DA AVALIAÇÃO JUDICIAL – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ – JUSTA INDENIZAÇÃO – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 06/06/2018, que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de ação de desapropriação por interesse social, ajuizada pelo INCRA, que tem como objeto a Fazenda Calembé, cujo fim é a regularização do território da Comunidade Remanescente do Quilombo Lagoa dos Campinhos, localizada no Município de Amparo de São Francisco/SE, para os fins do art. 68 do ADCT/88. O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, manteve a sentença de parcial procedência da ação, que arbitrara o valor indenizatório em R\$ 74.277,84 (setenta e quatro mil, duzentos e setenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), com base no laudo elaborado pelo perito oficial.

III. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 atribui à justa indenização o predicado da contemporaneidade à avaliação judicial, sendo desimportante, em princípio, o laudo elaborado pelo ente expropriante para a aferição desse requisito ou a data da imissão na posse” (STJ, REsp 1.736.823/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 20/08/2018). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.726.464/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/08/2018; AgRg no AREsp 77.589/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 16/05/2016; AgRg no REsp 1.380.721/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 26/05/2015.

IV. Por outro lado, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, no tocante ao valor fixado a título de indenização, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. V. Agravo interno improvido”. (AgInt no REsp 1737550/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 25/10/2018)

Nesse sentido também é o posicionamento desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL – DESAPROPRIAÇÃO – VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA AVALIAÇÃO JUDICIAL – RECURSO ADESIVO – DESERÇÃO – NÃO CONHECIMENTO – REMESSA NECESSÁRIA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 01. De acordo com o art. 26 do Decreto Lei 3.365/1941, na desapropriação é justo o valor da indenização à época da avaliação judicial. 02. A ausência de recolhimento do preparo implica deserção do recurso adesivo. Recurso do autor não provido. Recurso do réu não conhecido. Sentença mantida em sede de remessa necessária”. (TJMS. Apelação nº 0800751-76.2013.8.12.0037, Itaporã, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Wilson Bertelli, j: 11/02/2019, p: 13/02/2019)

*“DESAPROPRIAÇÃO – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO – VALOR DA INDENIZAÇÃO CORRETAMENTE FIXADO, COM BASE EM LAUDO PERICIAL QUE NÃO CONTÉM VÍCIOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COMPATÍVEIS COM O LIMITE ESTABELECIDO PELO DECRETO-LEI 3.365/41 – RECURSO NÃO PROVIDO. Se o Município desapropria bens imóveis por decretos respectivos e não efetua o pagamento justo da respectiva indenização, **deve pagar ao proprietário o valor justo atualizado ao tempo da avaliação.** Os honorários devem ser fixados no limite de 5% sobre a diferença entre o valor já pago e o valor a ser reajustado com a perícia de avaliação do imóvel. Recurso conhecido e não provido”.* (TJMS. Apelação nº 0003464-35.2010.8.12.0046, Chapadão do Sul, Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 28/09/2017, p: 29/09/2017) - destaquei.

O perito judicial em seu laudo afirma que a avaliação levou em consideração a existência de algumas benfeitorias, descritas e avaliadas em R\$2.577,29 (dois mil, quinhentos e setenta e sete reais, vinte e nove centavos) (f. 79), que não foram devidamente inseridas quando da avaliação feito pelo expropriante (f. 44-45). Assim, acrescentando as benfeitorias faltantes, totaliza o *quantum* de R\$8.985,29 (oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais, vinte e nove centavos) exatamente como fixado em primeiro grau.

Portanto, escoreita a decisão de primeiro grau, eis que apenas corrigiu a avaliação, refletindo a realidade das condições de mercado da época da desapropriação.

Quanto ao inconformismo sobre o percentual da condenação de ao pagamento de honorários sucumbenciais, também não merece guarida.

O § 1º, do art. 27, do Decreto-Lei 3.365/41, assim estabelece:

*“§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, **observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil**, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).* (destaquei)

O Magistrado sentenciante condenou o Município Apelante ao pagamento dos honorários de sucumbência, fixados em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pelo réu.

Diante da autorização na parte final do artigo supramencionado e inclusive destacado, tenho que deve ser mantida a fixação da verba honorária conforme a sentença, pois do contrário o causídico do requerido não será dignamente remunerado pelo seu trabalho, já que 5% da diferença será pouco mais que R\$ 100,00 (cem reais), o que se mostra irrisório para o trabalho realizado.

Ex positis, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município e mantenho a sentença em remessa necessária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0811026-19.2018.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE CASAMENTO – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO NOME DE SOLTEIRA – FUNDADAS RAZÕES – AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS A TERCEIROS – INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA CONCESSÃO DO PEDIDO – POSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO – APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 57 E 109 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O registro civil é direito humano fundamental que possibilita o exercício da cidadania e a dignidade da pessoa humana; dá nome, individualiza a pessoa. Assim é o primeiro documento na vida do cidadão, comprovante de sua existência no mundo da lei; depois desse documento, e em função dele, consegue-se a carteira de identidade, o título de eleitor, o CPF, a certidão de casamento.

Tanto o nome quanto o prenome são atributos da personalidade, necessários à identificação das pessoas. Dessa maneira, a Lei de Registros Públicos instituiu a imutabilidade do nome. Contudo, excepcionalmente e justificadamente é possível fazer a retificação do nome nos termos dos artigos 57 e 109 da norma específica.

No caso não há prejuízos a terceiro e nem vedação legal expressa para a concessão do pleito. Aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana em que a autora pretende voltar a usar o nome de solteira, mesmo na continuidade do matrimônio, não havendo possibilidade de ofensa à segurança jurídica.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de junho de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Estefânia Victória Chiarelli Dias contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos de ação de retificação de registro civil que indeferiu o pedido de alteração do nome de casada no assento de casamento.

A recorrente alega, em síntese, que:

Casou-se em 17.05.2018, com a pessoa de Maurilio Estival Dias, quando então decidiu por adotar o sobrenome do esposo, passando a se chamar Estefânia Victória Chiarelli Dias;

Após o casamento se arrependeu de ter tomado aquela decisão, pois deseja ver reconhecida da forma como era identificada, ou seja, pelo seu nome de solteira, além do que terá um custo elevado para modificar todos os seus documentos, e não dispõe de condição financeira para tomada destas providências;

Pretende apenas a alteração do nome nos termos do art. 109 da Lei nº 6.015/73 que prevê a possibilidade de retificação dos registros públicos, elegendo a via judicial como instrumento;

Os julgados mais recentes têm atenuado o rigor do princípio da imutabilidade do nome, para ampliar as hipóteses de cabimento da pretensão, principalmente quando se trate de sobrenome do cônjuge;

A mudança de nome só poderia ser impedida se houvesse alguma justificativa relevante, como prejuízo para terceiros o que não se amolda ao presente caso, conforme se verifica das certidões negativas juntadas às f. 16-17;

A interpretação mais consentânea com os artigos 1.565, § 1º, e 1.571, § 2º, do Código Civil, que regulam especificamente a inclusão ou exclusão do sobrenome do cônjuge e que não exigem qualquer motivação por ocasião do casamento ou do divórcio;

A pretensão da autora é juridicamente possível, a qual, sendo deferida, não trará nenhum prejuízo a terceiros, não havendo que se falar, portanto, em ausência de amparo legal, como concluiu o magistrado singular.

Pede o provimento do recurso com a reforma da sentença para o fim de julgar procedente o pedido, em todos os seus termos, determinando ao cartório competente a retificação do assento de casamento da apelante, para constar que a cônjuge mulher, ainda casada, voltará a utilizar seu nome de solteira, Estefânia Victória Chiarelli Mattana.

A Procuradora Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 62-66).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Estefânia Victória Chiarelli Dias contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos de ação de retificação de registro civil que indeferiu o pedido de alteração do nome de casada no assento de casamento.

A recorrente alega, em síntese, que:

Casou-se em 17.05.2018, com a pessoa de Maurilio Estival Dias, quando então decidiu por adotar o sobrenome do esposo, passando a se chamar Estefânia Victória Chiarelli Dias;

Após o casamento se arrependeu de ter tomado aquela decisão, pois deseja ver reconhecida da forma como era identificada, ou seja, pelo seu nome de solteira, além do que terá um custo elevado para modificar todos os seus documentos, e não dispõe de condição financeira para tomada destas providências;

Pretende apenas a alteração do nome nos termos do art. 109 da Lei nº 6.015/73 que prevê a possibilidade de retificação dos registros públicos, elegendo a via judicial como instrumento;

Os julgados mais recentes têm atenuado o rigor do princípio da imutabilidade do nome, para ampliar as hipóteses de cabimento da pretensão, principalmente quando se trate de sobrenome do cônjuge;

A mudança de nome só poderia ser impedida se houvesse alguma justificativa relevante, como prejuízo para terceiros o que não se amolda ao presente caso, conforme se verifica das certidões negativas juntadas às f. 16-17;

A interpretação mais consentânea com os artigos 1.565, § 1º, e 1.571, § 2º, do Código Civil, que regulam especificamente a inclusão ou exclusão do sobrenome do cônjuge e que não exigem qualquer motivação por ocasião do casamento ou do divórcio;

A pretensão da autora é juridicamente possível, a qual, sendo deferida, não trará nenhum prejuízo a terceiros, não havendo que se falar, portanto, em ausência de amparo legal, como concluiu o magistrado singular.

Pede o provimento do recurso com a reforma da sentença para o fim de julgar procedente o pedido, em todos os seus termos, determinando ao cartório competente a retificação do assento de casamento da apelante, para constar que a cônjuge mulher, ainda casada, voltará a utilizar seu nome de solteira, Estefânia Victória Chiarelli Mattana.

A Procuradora Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 62-66).

Passo à análise do pleito.

No caso, a apelante contraiu matrimônio com Maurilio Estival Dias, adotando o nome de casada como Estefânia Victória Chiarelli Dias. Contudo, pretende voltar ao patronímico de solteira, Estefânia Victória Chiarelli Mattana, sob o fundamento de que quando realizou o casamento optou em adotar o sobrenome do cônjuge, mas, posteriormente, se arrependeu e por não possuir condições financeiras de arcar com os custos das alterações necessárias em seus documentos pessoais, ingressou com a presente ação.

A teor da certidão de casamento de f. 11 a apelante ingressou com o pedido de conversão da união estável em casamento conforme se constatada da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2º Vara do Juizado Especial Cível e Criminal – Justiça Itinerante dessa Comarca, transitada em julgado em 11/04/2018 (Autos nº 0001216-47.2018.8.12.0101), cujo registro do matrimônio ocorreu em 17/05/2018.

Nos termos do art. 16 do Código Civil dispondo que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Diante desse contexto normativo, o nome se trata de direito da individualidade e personalidade, podendo ser alterado consoante o art. 57 da Lei de Registros Públicos, *in verbis*:

“(...) 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.”

Sobre o tema, é cediço que o registro civil é direito humano fundamental que possibilita o exercício da cidadania e a dignidade da pessoa humana; dá nome, individualiza a pessoa.

Assim é o primeiro documento na vida do cidadão, comprovante de sua existência no mundo da lei; depois desse documento, e em função dele, consegue-se a carteira de identidade, o título de eleitor, o CPF, a certidão de casamento.

Portanto, tanto o nome quanto o prenome são atributos da personalidade, necessários à identificação das pessoas. Dessa maneira, a Lei de Registros Públicos instituiu a imutabilidade do nome. Contudo, excepcionalmente e justificadamente é possível fazer a retificação do nome (art. 57 já citado), e nos termos do art. 109:

“(...) Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Embora não seja o caso de previsão legal o deferimento do pedido da autora como fundamentou o Magistrado, há de se ater também que não há vedação legal expressa para a concessão do pleito.

Daí não havendo impedimento normativo, o julgador deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e dignidade da pessoa humana, considerando que no caso apresentado pela apelante se trate do patronímico do cônjuge e não da família, ainda, inexistem prejuízos a terceiros, conforme se constatam dos documentos de f. 16-17 em que há comprovação da ausência de distribuição de feitos cíveis e criminais em nome da apelante.

Cabe ressaltar aqui que a adoção do sobrenome do cônjuge é opção da cônjuge por ocasião do casamento, consoante art. 1.565, § 1º do Código Civil, não havendo exigência legal de qualquer motivação para escolha da inclusão. Assim vejamos a norma citada:

“(...) Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro

Como argumentado pela apelante (f. 41), *no presente caso, a autora voltará a usar o nome de solteira, à forma como durante toda uma via foi identificada e, portanto, sem possibilidade de se cogitar ofensa à segurança jurídica.*

Nesse sentido seguem as decisões jurisprudenciais que confirmam a possibilidade de retificação de registro civil mesmo na continuidade do matrimônio:

Apelação – Retificação de registro civil – Supressão do sobrenome da esposa na constância do vínculo conjugal – Possibilidade – Desnecessidade de motivação para a supressão do patronímico do cônjuge – Circunstância que se coaduna com o disposto nos artigos 1.565, § 1º e 1.578, § 2º do Código Civil – Certidões juntadas que demonstram ausência de prejuízo a terceiros – Sentença reformada – Recurso a que se dá provimento. (TJ-SP - APL: 10030072820178260441 SP 1003007-28.2017.8.26.0441, Relator: Luis Mario Galbetti, Data de Julgamento: 05/10/2018, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/10/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO CÔNJUGE NA CONSTÂNCIA DO VÍNCULO CONJUGAL – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. 1) É sabido que, no ordenamento jurídico brasileiro, vige o princípio da imutabilidade do nome, de modo que a sua alteração somente é admissível nas restritas hipóteses previstas em lei. 2) Todavia, paulatinamente, o princípio da imutabilidade do nome vem sofrendo mitigação, na medida em que a jurisprudência pátria vem ampliando as hipóteses de retificação do nome, principalmente quando a pretensão recai sobre o patronímico do cônjuge, acrescido no casamento. 3) Nesse sentido, esta Câmara entende que a exclusão do sobrenome do cônjuge, mesmo que na constância do vínculo conjugal, não exige motivação específica, desde que não cause prejuízos a terceiros. 4) Nada há que justifique a exigência de justo motivo para a supressão do patronímico do marido da apelante, mormente porque a autora retornará ao nome de solteira, à forma como durante toda uma vida foi identificada e, portanto, sem possibilidade de se cogitar, em abstrato, de ofensa à segurança jurídica. 5) Recurso desprovido. (TJ-ES - APL: 00019637020188080048, Relator: Eliana Junqueira Munhos Ferreira, Data de Julgamento: 04/09/2018, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 14/09/2018).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO/ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PLEITO DE SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO CÔNJUGE, ACRESCIDO COM O CASAMENTO – CABIMENTO, AINDA QUE NÃO TENHA HAVIDO SUA DISSOLUÇÃO. Pedido que não trata de retificação do registro em decorrência de erro, omissão ou qualquer vício de consentimento, mas, sim, de arrependimento da apelante, alegando que era muito jovem quando optou pelo uso do sobrenome marital e esse torna seu nome muito extenso. Entendimento adotado por esta Câmara quando do julgamento da Apelação Cível nº 70063812408, no sentido da possibilidade de exclusão do patronímico marital, independente de dissolução do casamento. Nome que se caracteriza como um direito subjetivo, expressão da personalidade da pessoa, sendo que o pleito da apelante está embasado em sua mais íntima vontade de ser reconhecida pelo anteriormente utilizado, o de solteiro. Em que pese o princípio da imutabilidade, não há qualquer vedação legal ao pedido, tampouco prejuízo à segurança jurídica, até mesmo diante das certidões trazidas. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70078736899, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 04/10/2018). (TJ-RS - AC: 70078736899 RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 04/10/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/10/2018).

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE CASAMENTO – SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO CÔNJUGE – RESTABELECIMENTO DO NOME DE SOLTEIRA– FUNDADAS RAZÕES – POSSIBILIDADE. Não é irrenunciável o direito do uso do sobrenome do marido, não havendo óbice para que a esposa que tenha fundadas razões requeira a retificação do registro civil para o restabelecimento do nome de solteira. (TJ-MG 100240960191610011 MG 1.0024.09.601916-1/001(1), Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 02/02/2010, Data de Publicação: 03/03/2010).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inaugural com a determinação ao cartório para proceder a retificação do assento do casamento da apelante para constar que ela voltará a usar o nome de solteira, Estefânia Victória Chiarelli Mattana.

Sem custas por ser a autora beneficiária da justiça gratuita e sem honorários por se tratar de jurisdição voluntária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 18 de junho de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0831398-94.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TRIBUTAÇÃO – INCORPORAÇÃO DIRETA – CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO – NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO (ISS) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO – ENTENDIMENTO DE ACORDO COM STJ – SENTENÇA MANTIDA – APELO IMPROVIDO.

Não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, haja vista que, se a construção é realizada por ele próprio, em terreno próprio, não há falar em prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador. Precedentes do STJ.

Compulsando os autos, entendo ter restado claro e devidamente comprovado que a empresa apelada pratica o tipo de incorporação direta, razão pela qual merece ser mantida integralmente a sentença, uma vez que não configurada a hipótese de incidência do ISS.

Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de abril de 2019.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Município de Campo Grande interpõe recurso de Apelação em face da sentença de f. 104-114 que, nos autos da ação de embargos à execução fiscal que lhe promove Plaenge Empreendimentos Ltda, julgou procedente os embargos à execução fiscal opostos pela construtora para extinguir a execução por ausência de título, art. 6º, § 1º da Lei 6830/80 c/c art. 803, I, CPC, decretada a extinção daquele e a extinção destes autos com apoio no art. 487, I CPC, desconstituindo o lançamento aplicado na empresa pelo Município, pela inexistência de prestação de serviço pela empresa.

Alega o Município recorrente que a sentença deve ser reformada pois a construtora embargante, ora recorrida, realiza suas atividades sob regime de empreitada, prestando serviços aos adquirentes dos imóveis e que tais contratos realizados entre incorporadora e adquirentes, decorrem da fusão de dois contratos, compra e venda e empreitada, estando dentro do campo de exação do ISS.

Aduz, em síntese, que a empresa é simultaneamente construtora e incorporadora, além de construir, para fins de comercialização, venda de imóveis em construção, obrigando-se com os promitentes compradores a entregar tais bens quando finalizados, bem executa a construção de imóveis a terceiros quando um morador compra imóvel na planta e a construtora realiza a obra, evidenciando assim a prestação de serviço.

Afirma que no caso dos autos não há qualquer prova de que a construção tenha ocorrido por conta e risco da construtora, devendo ser considerada como sujeito passivo da referida obrigação tributária objeto dos autos.

A construtora apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (f. 142-157).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de Apelação interposto por Município de Campo Grande em face da sentença de f. 104-114 que, nos autos da ação de embargos à execução fiscal que lhe promove Plaenge Empreendimentos Ltda, julgou procedente os embargos à execução fiscal opostos pela construtora para extinguir a execução por ausência de título, art. 6º, § 1º da Lei 6830/80 c/c art. 803, I, CPC, decretada a extinção daquele e a extinção destes autos com apoio no art. 487, I CPC, desconstituindo o lançamento aplicado na empresa pelo Município, pela inexistência de prestação de serviço pela empresa.

Alega o Município recorrente que a sentença deve ser reformada pois a construtora embargante, ora recorrida, realiza suas atividades sob regime de empreitada, prestando serviços aos adquirentes dos imóveis e que tais contratos realizados entre incorporadora e adquirentes, decorrem da fusão de dois contratos, compra e venda e empreitada, estando dentro do campo de exação do ISS.

Aduz, em síntese, que a empresa é simultaneamente construtora e incorporadora, além de construir, para fins de comercialização, venda de imóveis em construção, obrigando-se com os promitentes compradores a entregar tais bens quando finalizados, bem executa a construção de imóveis a terceiros quando um morador compra imóvel na planta e a construtora realiza a obra, evidenciando assim a prestação de serviço.

Afirma que no caso dos autos não há qualquer prova de que a construção tenha ocorrido por conta e risco da construtora, devendo ser considerada como sujeito passivo da referida obrigação tributária objeto dos autos.

A construtora apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (f. 142-157).

É a síntese do necessário. Passo ao voto.

Na presente ação de embargos à execução fiscal em que Plaenge Empreendimentos Ltda, interpôs em face da Execução Fiscal ajuizada pelo Município de Campo Grande, MS, em que o magistrado ao analisar as razões que levaram o município a interpor, a questão posta em debate refere-se à incidência do ISS sobre a atividade de incorporação imobiliária levada a efeito pela empresa recorrida em terreno de sua propriedade.

Pois bem. Tenho que a sentença deve ser mantida, isto porque no presente caso, as autoras atuam sob regime de incorporação direta, onde o incorporador constrói em imóvel de sua propriedade, assume todos os riscos do empreendimento, realiza a venda de unidades autônomas considerado o preço global da obra e compromete-se a entregar o bem pronto e inscrito no registro de imóveis.

Nesse tipo de incorporação, como bem entendeu o juiz sentenciante, não havendo falar em prestação de serviço a terceiro, pois o incorporador presta um serviço a si próprio como meio de atingir seu objetivo empresarial, que é a comercialização de unidades imobiliárias autônomas.

Nos dois primeiros regimes, a construção é contratada pelo incorporador ou pelo condomínio de adquirentes, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, em que aqueles figuram como tomadores, sendo o construtor um típico prestador de serviços.

Nessas hipóteses, em razão de o serviço prestado estar perfeitamente caracterizado no contrato, configurando situação passível de incidência do ISSQN. Contudo, na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das unidades autônomas por “preço global”, compreensivo da cota de terreno e construção. O contrato firmado com os adquirentes, nesse caso, é um compromisso de compra e venda de imóvel em construção.

Nos presentes autos, discute-se, justamente, a incidência do ISS sobre essa última modalidade.

De fato, na incorporação direta, o incorporador assume o risco da construção, obrigando-se a entregá-la construída e averbada no Registro de Imóveis. Já o adquirente objetiva adquirir a propriedade de unidade imobiliária, devidamente individualizada e, para isso, paga o preço acordado parceladamente.

A sua finalidade, portanto, é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas, conforme previamente acertado no contrato de promessa de compra e venda.

Desse modo, não cabe a assertiva de que, após a celebração desse contrato, passa a existir uma obrigação de fazer, consistente no término da construção, como interpreta o Município em suas razões. No caso, a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação; o incorporador não presta serviço de “construção civil” ao adquirente, mas para si próprio.

Logo, não cabe a incidência de ISSQN na hipótese, já que o alvo desse imposto é atividade humana prestada em favor de terceiros como fim ou objeto; tributa-se o serviço-fim, nunca o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade. As etapas intermediárias são realizadas em benefício do próprio prestador, para que atinja o objetivo final, não podendo, assim, serem tidas como fatos geradores da exação.

Destarte, merece ser mantida integralmente a sentença, tendo em vista não estar configurada a hipótese de incidência do ISS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a construção feita pelo incorporador por conta própria e em terreno próprio não dá ensejo à tributação pelo ISSQN:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ISS – EMPRESA INCORPORADORA – CONSTRUÇÃO POR CONTA PRÓPRIA E EM IMÓVEL PRÓPRIO, PARA FUTURA ALIENAÇÃO DE UNIDADES AUTÔNOMAS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA TERCEIRO – INEXISTÊNCIA – FATO GERADOR NÃO CONFIGURADO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. 1. A construção feita pelo incorporador por conta própria e em terreno próprio não dá ensejo à tributação pelo ISS. Precedentes: AgRg no AREsp 49.946/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/06/2014; Resp 922.956/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 01/07/2010; Resp 1.166.039/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11/06/2010; Resp 766.278/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/9/2007, DJ 26/9/2007. 2. Incide, na espécie, o óbice de conhecimento estampado na Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 602.251/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)

“TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ISS – EMPRESA INCORPORADORA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO A TERCEIROS – INEXISTÊNCIA – ISS – AFASTAMENTO – APRECIÇÃO DE ALEGADA OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – COMPETÊNCIA DO STF. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, haja vista que se a construção é realizada por ele próprio, não há falar em prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador. Precedentes: Resp 1.263.039/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011, Resp 922.956/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010, EREsp 884.778/MT, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010. In casu, extrai-se dos autos que a agravante é empresa incorporadora e construiu em terreno próprio unidades autônomas para venda futura 2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 49.946/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 11/06/2014). (grifei)

Portanto, tendo em vista que a sentença encontra-se dentro do limite da jurisprudência uníssona do caso na Corte Superior de Justiça, mantém-se a sentença pelos próprios fundamentos nela exarada.

Por todo o exposto, conheço do apelo e por conseguinte, 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. 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, 16 de abril de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0045626-30.2003.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO – TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL EM MOMENTO ANTERIOR À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR – SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 392 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO DESPROVIDO.

O artigo 130 do Código Tributário Nacional prevê a hipótese de substituição processual pelo responsável tributário, entretanto, no caso vertente, a transferência da titularidade do bem imóvel se deu antes da ocorrência do fato gerador do tributo, de modo que a Certidão de Dívida Ativa encontrasse eivada de vício insanável. A teor do dispositivo na Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça, é vedada a substituição da Certidão de Dívida Ativa para modificação do sujeito passivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2019.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Município de Campo Grande interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 23-26 que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada em face de João Fernandes de Andrade, julgou a resolução do feito sem exame do mérito, com base no artigo 267, VI, do CPC, em razão da ausência de interesse de agir do exequente, consubstanciada na nulidade do título executivo que embasa a presente execução fiscal.

Alega que ingressou com a presente ação por ser válida a cobrança contra o antigo proprietário, ainda que o fato gerador tenha ocorrido após a venda do imóvel, pois é obrigação do compromissário comprador informar ao cadastro imobiliário da prefeitura sobre a compra e venda já inscrita no registro imobiliário.

Ato contínuo, assevera que com a aquisição do imóvel gerador do débito o adquirente passa a ser pessoalmente responsável pela dívida razão pela qual deve ser incluído no polo passivo da lide.

No desfecho, pugna pelo provimento do apelo.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposto(a) por Município de Campo Grande em face da sentença de f. 23-26 que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada em face de João Fernandes de Andrade, julgou a resolução do feito sem exame do mérito, com base no artigo 267, VI, do CPC, em razão da ausência de interesse de agir do exequente, consubstanciada na nulidade do título executivo que embasa a presente execução fiscal.

Alega que ingressou com a presente ação por ser válida a cobrança contra o antigo proprietário, ainda que o fato gerador tenha ocorrido após a venda do imóvel, pois é obrigação do compromissário comprador informar ao cadastro imobiliário da prefeitura sobre a compra e venda já inscrita no registro imobiliário.

Ato contínuo, assevera que com a aquisição do imóvel gerador do débito o adquirente passa a ser pessoalmente responsável pela dívida razão pela qual deve ser incluído no polo passivo da lide.

No desfecho, pugna pelo provimento do apelo.

Não houve contrarrazões.

Pois bem.

Os autos foram extintos sem resolução de mérito por não ser cabível a substituição do responsável tributário, ainda que constatada a transferência da propriedade do imóvel sobre o qual recaem os impostos executados, uma vez que ocorrida antes da caracterização do fato gerador.

A substituição processual pelo responsável tributário é regulamentada pelo artigo 130 do Código Tributário Nacional, que dispõe que:

“(...) os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogamse na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.”

Entretanto, resta provado nos autos que o apelado já não era proprietário do bem ao tempo do fato gerador, devendo o adquirente ser o responsável tributário pelo imóvel, uma vez que possui caráter de ônus real e transmite-se integralmente a responsabilidade ao comprador, no caso a transferência se deu no dia 23/01/1981, anterior a ocorrência do fato. Não sendo aplicado portanto o artigo 130 do CTN.

Assim, conclui-se que a época do fato gerador o antigo proprietário, apontado como contribuinte na Certidão de Dívida Ativa e indicado no polo passivo da ação, não possuía qualquer relação de direito real com o bem.

Além disso, como ressaltou o magistrado na sentença impugnada (f. 24:)

“O fato de o adquirente (ou transmitente) do imóvel não ter feito a atualização nos cadastros da prefeitura, averbando a transferência da titularidade, não altera a norma material (Lei Complementar - CTN) que institui o contribuinte do tributo e eventual responsável, tampouco a legitimidade passiva para a execução fiscal. A ausência da prestação de informação nos cadastros municipais configura desrespeito à obrigação tributária acessória e pode acarretar a aplicação de penalidade própria (pecuniária), mas não tem o condão de tornar contribuinte ou responsável pelo pagamento do tributo, quem já não ostenta essa qualidade ou nunca a teve.”

Cabe ressaltar que há impossibilidade de se realizar a substituição do polo passivo neste momento processual. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a emenda ou substituição da Certidão de Dívida Ativa é admitida diante da existência de erro material ou formal, não sendo possível, entretanto, quando os vícios decorrem do próprio lançamento ou da inscrição, especialmente quando voltada à modificação do sujeito passivo do lançamento tributário.

Nesse sentido, o enunciado da Súmula 392 do STJ dispõe que “a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.”

Nesta mesma linha de raciocínio, a jurisprudência diz:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – IPVA – CDA – MODIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 392/STJ. 1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido da possibilidade de emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal, até a prolação da sentença de Embargos, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). Reafirmou-se tal entendimento no REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 18.12.2009, submetido ao rito dos recursos repetitivos. 2. Agravo Regimental não provido.” (STJ, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 02/05/2013, T2 - Segunda Turma)

Diante de tais considerações, a sentença de primeiro grau deve ser mantida, pois reconheceu a ilegitimidade do apelado para figurar no polo passivo da ação, já que ao tempo da inscrição em certidão de Dívida Ativa e da propositura da ação o imóvel já havia sido transferido para o novo proprietário.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Por tais razões,

É como voto.

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, 30 de abril de 2019.

Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade nº 1400599-17.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE DETERMINA A DISPONIBILIZAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR A ALUNOS DO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO RESIDENTES NO RESPECTIVO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE VÍCIO MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE IMPROCEDENTE.

Ação direta de inconstitucionalidade proposta objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, que “*Instituiu o transporte escolar para alunos do ensino fundamental e médio residentes no município de Bela Vista*”.

O Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 90, de 2015 que inclui o transporte na lista de direitos sociais garantidos constitucionalmente, previstos no Artigo 6º da Constituição, ao lado de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, Previdência Social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

A Constituição Estadual não introduziu divisão de competência de ordem exclusiva quanto à obrigação de cada um dos entes federados para adoção das medidas destinadas à promoção da educação.

Não se verifica vício material de constitucionalidade, porquanto a lei impugnada não contraria texto constitucional, sendo certo que apenas institui o direito ao transporte escolar para todos os alunos residentes no município de Bela Vista, que estejam matriculados em escolas reconhecidas por órgão competente.

Ação direta de inconstitucionalidade improcedente, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, julgar improcedente o recurso, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 15 de maio de 2019.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de Direta de Inconstitucionalidade proposta por Prefeito(a) do Município de Bela Vista em face da Câmara de Vereadores do Município de Bela Vista, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, que “*Instituiu o transporte escolar para alunos do ensino fundamental e médio residentes no município de Bela Vista*”.

Sustentou que a lei contém vícios em sua elaboração, por contrariar dispositivos legais previstos na Constituição Federal e em Leis Federais vigentes, razão por que pleiteia a suspensão de sua eficácia, em caráter liminar e, ao final, ser declarada ilegal.

Invocou a observância do art. 208 da Constituição Federal e, ainda, o que dispõe o inc. VII do art. 190 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Aduziu que a Constituição Federal em seu art. 211 delimita a competência dos Entes Federativos na Oferta do Ensino Público, destacando que a atribuição prioritária dos Municípios compreende apenas o ensino fundamental e a educação infantil, conforme disciplina expressa da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a partir de seu artigo.

Este Órgão Especial, nos termos do acórdão de f. 59-66, em parte com o parecer ministerial, indeferiu o pedido cautelar pretendido na presente ação direta de inconstitucionalidade, diante da ausência da fumaça do bom direito e, ainda, do *periculum in mora*.

Notificada, a Câmara Municipal sustentou que a Lei impugnada não contraria texto constitucional, apenas institui o direito ao transporte escolar para todos os alunos residentes no município de Bela Vista que sejam matriculados em escolas estaduais, municipais e particulares. Requereu, assim, seja julgada improcedente a presente Ação de Inconstitucionalidade.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 98-101, não verificando inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, opinou pela improcedência da presente ação.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de Direta de Inconstitucionalidade proposta por Prefeito(a) do Município de Bela Vista em face da Câmara de Vereadores do Município de Bela Vista, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, que “*Instituiu o transporte escolar para alunos do ensino fundamental e médio residentes no município de Bela Vista*”.

Sustentou que a lei contém vícios em sua elaboração, por contrariar dispositivos legais previstos na Constituição Federal e em Leis Federais vigentes, razão por que pleiteia a suspensão de sua eficácia, em caráter liminar e, ao final, ser declarada ilegal.

Invocou a observância do art. 208 da Constituição Federal e, ainda, o que dispõe o inc. VII do art. 190 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Aduziu que a Constituição Federal em seu art. 211 delimita a competência dos Entes Federativos na Oferta do Ensino Público, destacando que a atribuição prioritária dos Municípios compreende apenas o ensino fundamental e a educação infantil, conforme disciplina expressa da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a partir de seu artigo.

Este Órgão Especial, nos termos do acórdão de f. 59-66, em parte com o parecer ministerial, indeferiu o pedido cautelar pretendido na presente ação direta de inconstitucionalidade, diante da ausência da fumaça do bom direito e, ainda, do *periculum in mora*.

Notificada, a Câmara Municipal sustentou que a Lei impugnada não contraria texto constitucional, apenas institui o direito ao transporte escolar para todos os alunos residentes no município de Bela Vista que sejam matriculados em escolas estaduais, municipais e particulares. Requereu, assim, seja julgada improcedente a presente Ação de Inconstitucionalidade.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 98-101, não verificando inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, opinou pela improcedência da presente ação.

É relatório. Decido.

Cuida-se de análise de pleito cautelar formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Município de Bela Vista em face da Câmara de Vereadores do Município de Bela Vista, objetivando a sustação da eficácia da Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, que “*Instituiu o transporte escolar para alunos do ensino fundamental e médio residentes no município de Bela Vista*”.

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a educação elevando-a à categoria de princípio e de pilar para o desenvolvimento da sociedade brasileira, indicando, como objetivo precípua, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Destaca-se, entre os princípios apontados para o desenvolvimento do ensino, a promoção de ações que assegurem a igualdade de condições para o acesso e a permanência à escola.

Sabe-se que o contexto social brasileiro é permeado pela desigualdade e pela falta de oportunidades ao exercício de muitos dos direitos fundamentais do cidadão. Esta realidade, por vezes, é tão forte que a simples disponibilização do ensino público e gratuito não é suficiente para assegurar o acesso e a permanência da criança e do jovem na escola.

O educando, em especial o mais carente, possui inúmeras dificuldades para manter-se na escola, tais como: alimentação, transporte, vestuário e material didático para uso diário. Por essas razões, o oferecimento do ensino público gratuito, muitas vezes, não é suficiente para permitir o acesso desse aluno na escola ou mesmo para assegurar a sua permanência no ensino.

Foi pensando nessa realidade que o legislador constituinte atrelou ao dever de oferecer a educação, outras obrigações que se podem chamar de “*acessórias*”, mas que, na verdade, complementam o direito ao ensino público e por meio das quais se possibilita o acesso e a permanência do educando no ambiente escolar.

Nos termos do art. 205 da Constituição Federal, a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Já o dispositivo legal 206, I, da Carta Magna garante que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Não por outro motivo a Emenda Constitucional nº 90, de 2015, introduziu também o direito ao transporte, muito mais abrangente por ausência de destinação específica, na redação do art. 6º da Constituição Federal, passando a constar como um dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, do mesmo modo que a Educação. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Além disso, de conformidade com o disposto no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Por sua vez, o art. 53, I e V, do mesmo diploma legal acima mencionado dispõe que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes, dentre outros, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Aliás, sobre o tema, a Lei nº 9.394/96¹ prescreve:

¹ Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

a) pré-escola;

b) ensino fundamental;

c) ensino médio;

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

VIII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

Pois bem, feitos esses esclarecimentos, nos importa saber a competência de cada ente estatal no cumprimento desses deveres.

É verdade que a Constituição Federal outorga para cada ente atribuições prioritárias, cabendo ao município assistir, prioritariamente, aos ensinos infantil e fundamental, ao passo que o Estado se ocupa, prioritariamente, dos ensinos fundamental e médio, conforme disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 211.

Como cediço, a regra constitucional acerca do dever do Poder Público em oferecer ensino público se desenvolve de forma colaborativa entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que a educação é direito de todos, revelando-se arcabouço ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, o que viabiliza a formação de pensamento crítico para participação democrática e exercício dos direitos e deveres fundamentais, não havendo impedimento para que os entes federados prestem o ensino público em toda sua extensão, por ausência de definição constitucional quanto à competência exclusiva de cada ente para promoção de sua parcela do ensino.

O texto constitucional, em seu art. 211, elucida que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.”

A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, em simetria ao disposto na Constituição Federal, instituiu aos municípios o dever de atuar, prioritariamente, nos níveis de educação pré-escolar e fundamental, não havendo, no entanto, qualquer impedimento para que atue nas demais etapas da educação escolar, afinal, como já mencionado, a promoção da educação se dá de forma colaborativa.

Nesse sentido, dispõem o art. 211, § 2º, da Constituição Federal, e art. 193, da Constituição Estadual:

2 § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

3 § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Art. 211 (...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

Art. 193. Os Municípios atuarão prioritariamente nos níveis de educação pré-escolar e fundamental, oferecendo também a modalidade de ensino especial, com a cooperação do Estado.

Diante deste cenário, denota-se que a Constituição Estadual não introduziu divisão de competência de ordem exclusiva quanto à obrigação de cada um dos entes federados para adoção das medidas destinadas à promoção da educação.

Até mesmo porque, com fundamento no regime de colaboração para o desenvolvimento do sistema de ensino integrado, não há vedação constitucional para que os municípios promovam educação, nem para que disponibilizem transporte escolar a todos os alunos residentes do município, independentemente da rede de ensino para o qual foram matriculados.

Não se pode olvidar que a obrigatoriedade constitucional para que os municípios forneçam transporte aos educandos de sua rede de ensino, não constitui fator impeditivo para que o serviço também seja prestado aos demais alunos residentes na extensão de seu território, independentemente de vinculados à rede privada ou estadual de ensino, diante da natureza indisponível do direito e do regime de colaboração instituído.

Veja-se, outrossim, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

“(...) Com efeito, considerando que a Constituição Estadual não introduziu divisão de competência de ordem exclusiva quanto à obrigação de cada um dos entes federados para adoção das medidas destinadas à promoção da educação, tal preceito, também à luz do regime de colaboração para o desenvolvimento do sistema de ensino integrado, não poderá ser adotado ao transporte escolar, a fim de instituir proibição aos municípios quanto à prestação de transporte público aos estudantes que não estão incluídos em sua rede de ensino.

Destarte, não há nenhuma vedação constitucional para que os Municípios promovam à educação, seja quanto ao ensino médio, fundamental ou infantil, possibilitando o acesso dos alunos, disponibilizando transporte escolar a todos os alunos residentes do município, independentemente da rede de ensino a qual foram matriculados, seja ela Municipal, Estadual ou Privada.

Ao contrário do que quer fazer crer o requerente, a obrigatoriedade constitucional para que os Municípios forneçam transporte aos educandos de sua rede de ensino, seja por simetria ao disposto no art. 208, inciso VII, da Constituição Federal, seja pelo que restou disciplinado nos arts. 10 e 11, Lei nº 9.394/96, não impede que o serviço também seja prestado aos demais alunos, independentemente se vinculados à rede Privada ou Estadual de ensino, diante da natureza indisponível do direito e do regime de colaboração instituído.

Desse modo, não se verifica vício material de constitucionalidade, porquanto a lei impugnada não contraria texto constitucional, sendo certo que apenas institui o direito ao transporte escolar para todos os alunos residentes no município de Bela Vista, que estejam matriculados em escolas reconhecidas por órgão competente.” (f. 100)

Conclui-se, pois, que a lei impugnada não contraria o texto constitucional, cuidando-se de atuação regular do Poder Legislativo do Município de Bela Vista, com o objetivo de criar direitos aos alunos do ensino fundamental e médio que residem no município.

Ante o exposto, não se verificando inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 1.595, de 27 de novembro de 2017, acompanho o parecer ministerial e julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, declarando extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram improcedente o recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Carlos Eduardo Contar, 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. Eduardo Machado Rocha, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 15 de maio de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1414136-80.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – CONFIGURAÇÃO SUCESSÃO TRIBUTÁRIA – REQUISITOS AUSENTES – EMPRESAS CONSTITUÍDAS NA MESMA DATA – AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO NÃO DEMONSTRADA – RECURSO DESPROVIDO.

A caracterização da sucessão tributária, nos moldes do artigo 133, do CTN, permitindo a inclusão de empresa no polo passivo do executivo fiscal, depende da comprovação de aquisição do fundo de comércio pela suposta sucessora, o que não restou demonstrado na hipótese.

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, 16 de abril de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento em face de decisão proferida pelo juízo da Vara de Execuções Fiscais Estaduais da comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de Execução Fiscal nº 0824742-29.2012.8.12.0001, proposta em desfavor de EFB Distribuidora de Produtos Plásticos Ltda., não acolheu a arguição de sucessão empresarial ocorrida entre a agravada e o estabelecimento comercial que passou a funcionar no mesmo endereço e indeferiu o requerimento de inclusão no polo passivo dessa segunda empresa.

Afirma que a empresa agravada se encontra ativa apenas perante a Receita Federal e Junta Comercial do Estado de Campo Grande, contudo, nos bancos de dados da Secretaria de Fazenda Estadual seu registro encontra-se cancelado.

Argumenta que a empresa agrava e a empresa Berton – Indústria de Plásticos – Eireli, CNPJ 07.632.7000.0001-48 possuem o mesmo local de trabalho de suas atividades comerciais, a estrutura é a mesma, sendo o ramo de atividade também coincidentes.

Informa ainda que a empresa EFB Distribuidora de Produtos Plásticos Ltda CNPJ nº 07.631.498/0001-30, teve sua constituição ativa na data de 13.09.2005, e a empresa BERTON - Indústria de Plásticos - Eireli, CNPJ nº 07.632.700.0001-48, teve sua constituição de atividade no dia 14.09.2005.

Desse modo, defende a ocorrência da sucessão empresarial tributária, nos termos do art. 133, do CTN.

Pugna pelo provimento do recurso a fim de reformar a decisão para reconhecer a sucessão empresarial entre a Agravada e a sucessora Berton – Indústria de Plástico – Eireli, CNPJ nº 07.632.700.0001-48, determinando sua inclusão no polo passivo da ação.

Contraminuta às f. 29-33.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de decisão proferida pelo juízo da Vara de Execuções Fiscais Estaduais da comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de Execução Fiscal nº 0824742-29.2012.8.12.0001, proposta em desfavor de EFB Distribuidora de Produtos Plásticos Ltda., não acolheu a arguição de sucessão empresarial ocorrida entre a agravada e o estabelecimento comercial que passou a funcionar no mesmo endereço e indeferiu o requerimento de inclusão no polo passivo dessa segunda empresa.

O presente recurso é tempestivo e satisfaz todos os requisitos formais de admissibilidade, dessa forma, passo ao exame do agravo de instrumento interposto.

O cerne da questão de mérito posta em debate limita-se em saber se restaram satisfeitos os requisitos para a configuração da sucessão empresarial da empresa agravada e a Berton Indústria de Plásticos – Eireli.

Conforme se depreende dos autos originários execução fiscal foi promovida em face de EFB Distribuidora de Produtos Plásticos Ltda. Na tentativa de citação, ficou constatado, através de Certidão do Oficial de Justiça, que no endereço informado esta em atividade outra empresa, denominada “BERTON – Indústria de Plásticos – Eireli, CNPJ nº 07.632.700.0001-48”, sendo o sócio administrador o sr. Fabrício Dourado Berton.

O agravante afirma que, conforme dados cadastrais, as duas empresas possuem o mesmo local de exercício de atividade, o ramo de atividade também é idêntico, fabricação e distribuição de produtos derivados de matéria prima plástico, e possuíam o mesmo sócio administrador.

Ressalta que as empresas foram constituídas com um dia de diferença e que a empresa executada está com registros regulares apenas junto a receita federal e JUCEMS, já a empresa Berton possui registro regular em todos os órgãos de controle fiscal e administrativo.

Desse modo, defende que tal situação demonstra a sucessão empresarial tributária.

O magistrado singular entendeu que a sucessão empresarial não teria sido configurado, sob o seguinte fundamento:

“(...) O exequente requer a inclusão da empresa Berton Indústria de Plásticos Eireli EPP, sob fundamento de que esta teria sucedido a empresa executada, uma vez que funcionariam no mesmo local e que teriam o mesmo objeto social. Entretanto, por meio dos atos de registro mercantil trazidos pelo exequente, extrai-se que ambas as empresas foram constituídas concomitantemente, pelos mesmos sócios, porém, com objetos sociais distintos, não se tratando, portanto, de sucessoras, mas de empresas complementares na cadeia produtiva de que faziam parte. Neste caso, o fato das empresas terem sido constituídas na mesma data (com a diferença de apenas 01 dia), assim como de desenvolverem suas atividades no mesmo local, não caracterizaria a aquisição do fundo de comércio, um dos requisitos para o reconhecimento da sucessão empresarial, mas tão somente a existência de um grupo econômico, haja vista cada empresa desempenhar uma tarefa distinta na cadeia produtiva, sendo uma indústria de produtos plásticos (109/110) e a outra uma distribuidora dos referidos produtos plásticos (f. 53), não importando, assim, em necessária confusão patrimonial e infração a lei tributária. Desta forma, para o reconhecimento da responsabilidade (solidária ou subsidiária) da empresa Berton Indústria de Plásticos Eireli EPP e a sua consequente inclusão no polo passivo da ação, é necessário que o Estado de Mato Grosso do Sul demonstre através de um conjunto probatório robusto a ocorrência de fraude perpetuada pelas empresas com o intuito de se furtar ao cumprimento de suas obrigações tributárias, juntando provas de

suas alegações, o que não foi feito neste momento, razão pela qual o pedido de sucessão deve ser indeferido. “

Entendo que a decisão não comporta reforma.

O artigo 133 do Código Tributário Nacional prescreve o seguinte:

“(…) Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Com efeito, cumpre verificar os requisitos legais inerentes à caracterização da sucessão empresarial, em especial quanto à aquisição do estabelecimento ou do fundo de comércio e se há continuidade da exploração da atividade econômica.

Imperioso ressaltar que o conceito de “fundo de comércio” não se confunde com o de “ponto comercial”, nos termos da lição trazida por Ives Gandra Martins:

*“(…) ‘fundo de comércio’ não se confunde com ‘ponto comercial’. Fundo é a ‘integralidade dos bens patrimoniais, inclusive os de natureza pessoal e de valor imaterial’, e não apenas um ‘local’, para exploração de idênticas atividades, mas não da respectiva atividade. A expressão (...) implica sempre um sentido de ‘universalidade’. A aquisição, portanto, apenas pode ser caracterizada como geradora de obrigações tributárias, quando a assunção do estabelecimento, industrial ou profissional implicar a aquisição da universalidade dos bens’, do fundo de comércio, das marcas, da clientela específica do ‘good will’ (...), e somente nestes casos” (MARTINS, Ives Gandra da Silva, in PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2010)*

Oportuno, também, o ensinamento trazido por Eduardo Sabbag:

“(…) Com a aquisição do fundo de comércio ou do estabelecimento, por qualquer título (v.g., compra e venda, dação em pagamento, doação sem encargo, transferência gratuita de domínio etc.), se o adquirente, pessoa física ou jurídica, continuar a respectiva exploração do empreendimento – como conditio sine qua non, sendo irrelevante o rótulo sob o qual dita exploração será continuada –, isto é, beneficiando-se da estrutura organizacional anterior com a absorção da unidade econômica e da clientela do alienante, será possível a sua responsabilização pelos tributos devidos pelo sucedido até a data do ato traslativo, ainda que ele, o adquirente, não tenha tido nenhuma participação nos fatos que deram causa à obrigação tributária. Portanto, a responsabilidade dependerá, de fato, do ruma a ser tomado pelo adquirente (art. 133, caput, CTN): se antes havia uma ‘loja de eletrodomésticos’ e, após, com a aquisição, abrirse uma ‘oficina mecânica’, não há de falar em responsabilidade do adquirente por sucessão. Assim, a unidade adquirente responde pelos tributos, nos casos de continuidade do empreendimento” (Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 666-667).

In casu, como bem evidenciado pela magistrada singular, as empresas EFB Distribuidora de Produtos Plásticos Ltda e Berton – Indústria de Plásticos – Eireli foram constituídas praticamente na mesma data, um dia de diferença, com o mesmo sócio administrador, Fabrício Dourado Berton e no mesmo endereço.

Somente este fato, afasta o requisito legal da aquisição. Veja que as empresas foram constituídas juntas, não havendo que se falar em aquisição do fundo de comércio ou estabelecimento comercial.

E em que pese a similitude das atividades exercidas, trabalham com derivados do plástico, não se pode dizer que seja a mesma atividade. Veja que, conforme documentos de f. 147-148 a empresa Berton tem como objeto social cadastrado na Junta Comercial o seguinte:

“INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS – MANGUEIRAS EMBORRACHADAS DE POLIETILENO PARA RODA E BOMBA D’AGUA PARA BAIXA E ALTA PRESSÃO – TUBOS PARA ESGOTO PET – CONDUTES PARA INSTALAÇÃO ELÉTRICAS – EMBORRACHADOS – ISOLADORES E CABOS SUBTERRÂNEOS PARA CERCAS ELÉTRICAS – SACOS DE LIXO – TUBO DE ESGOTO – PLÁSTICOS EM LECOL – SACOLAS. “

Já a empresa executada, tem como objeto social:

“DISTRIBUIDORA POR CONTA PRÓPRIA E DE TERCEIROS DE PRODUTOS PLÁSTICOS – REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E AGENTE DE MERCADORIAS EM GERAL”

Ainda que assim não fosse, não há nos autos elementos que demonstrem que a empresa Berton tenha incorporado o estoque de mercadorias, bem como a identidade de exploração de marcas.

Ademais, apesar de ter sido presumida a dissolução irregular da empresa executada, denota-se que a empresa executada não deixou de existir, uma vez apenas ocorreu a alteração do endereço, situando-se, conforme informações constantes dos autos, na Avenida Mascarenhas de Moraes.

Deste modo, neste momento processual, não há nos autos elementos suficientes para configurar a sucessão tributária entre as empresas indicadas.

Ressalto, por fim, apesar de não ter sido abordado no presente recurso e conseqüentemente não pode ser analisado por esta Instância, a possibilidade de configuração de grupo econômico de fato diante da presença de elementos caracterizadores (existência de duas ou mais empresas; formação de quadro societário pelos mesmos indivíduos ou seus parentes; atuação idêntica, similar ou complementar (propósito econômico comum); estabelecimento de sedes num mesmo endereço ou próximos).

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto, contudo, 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. 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. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 16 de abril de 2019.

5ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0803414-70.2018.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – BLECAUTE EM EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA – MORTE DE PEIXES – PREJUÍZOS AOS PESCADORES – DANO REFLEXO AO AMBIENTE – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CIÊNCIA DO EXTENSÃO DO DANO – AJUIZMANETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERRUÇÃO DO PRAZO – SENTENÇA ANULADA – TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA – NÃO ANALISADA PELO MAGISTRADO *A QUO* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, por maioria, dar provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores (e outros), interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pela Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Três Lagoas/MS que, nos autos da ação civil pública, ajuizada em face de CESP - Companhia Energética de São Paulo e Rio Paraná Energia S/A., reconheceu a ocorrência de prescrição e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito.

Aduz que não houve intimação acerca da decisão surpresa que reconheceu a prejudicial de mérito de prescrição. Assevera que a sentença primária não ultrapassou todos os argumentos expostos na exordial (deficiência de fundamentação) e embasou-se em jurisprudência ultrapassada; que há decisões mais recentes que amparam a pretensão inicial.

Pondera que as Contestações apresentadas pelas requeridas apresentam defeito processual, devendo ser sanado sob pena de revelia; que as rés devem ser intimadas para regularizar a representação processual, sob pena de revelia.

Afirma que houve interrupção da prescrição, conforme precedentes do STF e do STJ (REsp nº 1.641.167-RS). Ademais, afirma que não incorre prescrição nos casos de danos ambientais permanentes.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, pedindo pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, em decisão monocrática, e que, no mérito, seja afastada a prescrição.

Contrarrazões às f. 1784-1794 e f. 1795-1808, pelo desprovimento do recurso.

Às f. 1923-1930, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 29/01/2019)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores (e outros), interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pela Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Três Lagoas/MS que, nos autos da ação civil pública, ajuizada em face de CESP - Companhia Energética de São Paulo e Rio Paraná Energia S/A., reconheceu a ocorrência de prescrição e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito.

Inicialmente, em conformidade com o que preceitua o artigo 1.010, § 3º, do NCPC/2015⁴, passo ao juízo de admissibilidade do recurso.

A apelação preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos. Isenta do preparo em razão dos benefícios da justiça gratuita.

Passo à análise das razões recursais.

Os autores ajuizaram a demanda em face da ré, pretendendo o ressarcimento civil pelos danos materiais e morais supostamente experimentados.

Para tanto, afirmaram que, na data de 10/11/2009, ocorreu um blecaute na Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias, decorrente da falta de energia elétrica, ocasionando a redução de vazão de água no local, com o consequente aprisionamento de peixes em ilhas micrófitas (plantas aquáticas); por conseguinte, houve a morte de toneladas de espécies diversas. Explicaram que tomaram conhecimento de propositura de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, em razão do dano ambiental; entretanto, aduziram que foram surpreendidos com a existência de acordo extrajudicial realizado entre as partes, que não contemplou os ora apelantes com indenização. Argumentaram que a comprovação dos danos e sua extensão somente foram conhecidos em 15/01/2016, com a confecção de laudo pericial.

A sentença primária julgou extinto o feito com resolução de mérito ante o reconhecimento da prescrição. Irresignados, os demandantes apresentaram recurso de apelação.

No que tange à alegação da decisão surpresa, verifica-se que, na petição inicial, os autores discorreram sobre a questão da prescrição, conforme se observa às 25/37, defendendo que o termo inicial do prazo prescricional seria a partir do conhecimento da extensão do dano; e colacionaram doutrina que considera imprescritível o dano ambiental e seus reflexos. Portanto, não há se falar em decisão surpresa, uma vez que os apelantes já haviam explanado seus argumentos.

Quanto à argumentação de que o magistrado de piso não se pronunciou acerca de todos os temas e dispositivos ventilados, igualmente não prospera a irresignação.

É cediço que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, em conformidade com a norma insculpida no artigo 93, da Carta Magna, porém não é necessária uma fundamentação exaustiva. Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“(...) A exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara as razões de seu convencimento...”. (STF - AI: 820924 RJ, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 27/11/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-241 Divulg 07-12-2012 Public 10-12-2012).

O não acolhimento da tese apresentada pela apelante não caracteriza negativa de prestação jurisdicional, pois:

⁴ “Art. 1.010. (...) § 3.º Após as formalidades previstas nos §§ 1.º e 2.º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.”

“Não está obrigado o Magistrado a julgar questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto” (STJ - AgRg no Ag 433.999/GO, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 225) (STJ. AGA 433999/GO. Rel. Min. José Delgado).

Assim sendo, o julgador tem a prerrogativa de aplicar a lei que entender cabível ao caso. Ao fundamentar a decisão, não está obrigado a decidir o litígio de acordo com os fundamentos jurídicos que as partes pretendem ver abordados na decisão judicial, desde que a sua conclusão tenha correlação com o pedido e a causa de pedir, bem como que sua convicção seja baseada em argumentos idôneos a sustentarem a sentença proferida.

Entretanto, em relação à ocorrência de prescrição, realmente a sentença não merece prosperar.

Inicialmente, mister se faz determinar se a causa de pedir da presente ação é um dano ambiental.

In casu, a discussão gira em torno de direito subjetivo dos autores, na qualidade de pescadores profissionais, à reparação de danos materiais e morais provenientes de ação da ré.

Trata-se, assim, de dano de natureza ambiental que apesar de não guardar qualquer relação com a dimensão coletiva da proteção desse interesse jurídico, não deixa de ser um dano ambiental individual.

Neste sentido, nos ensina o doutrinador Édis Milaré:

*Conforme salientamos alhures, o Direito enxerga o dano ambiental sob dois aspectos distintos: a) dano ambiental coletivo (...) e b) dano ambiental individual ou dano ambiental pessoal, sofrido pelas pessoas e seus bens (...) como ocorre, por exemplo, com a contaminação de um curso de água por carreamento de produto químico nocivo. (...) No primeiro caso, ou seja, de ação civil pública veiculadora de pretensão reparatória do dano ambiental coletivo (...) se inscreve no rol das ações imprescritíveis. (...) No segundo caso, ou seja, no de dano reflexo ou infligido ao microbem e ambiental, aí sim, estarão definidas as regras de prescrição pelos ditames do Código Civil, pois tem titulares determinados. (MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental**. Doutrina - jurisprudência - glossário. 4. ed. RT. p. 962/964).*

Desse modo, determinado que se trata de dano ambiental, passa-se a análise do prazo prescricional.

É cediço que a reparação de dano ambiental é imprescritível. Esse direito imprescritível se diz respeito ao dano ambiental coletivo, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental.

Quando envolver danos individuais decorrentes do dano ambiental, são estes sujeitos à prescrição.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.

1. É da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia.

2. Segundo a jurisprudência do STJ e STF trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal.

3. *Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.*

4. *O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.*

5. *Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.*

6. ***O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.***

7. ***Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.***

8. ***O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.***

9. *Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ.*

10. *Inviável, no presente recurso especial modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.*

11. *Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1120117/AC, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009. Grifou-se)*

Assim, fixadas essas premissas, passa-se a análise do termo inicial do prazo prescricional, bem como a sua interrupção.

Quanto ao termo inicial, em que pese a doutrina utilizar a teoria da *actio nata*, por se tratar de direito individual, segundo a qual, havendo violação do direito, o prazo para a prescrição começa a correr, em algumas hipóteses, a jurisprudência nacional tem excepcionado essa regra, a fim de determinar que a contagem do prazo de prescrição ocorra a partir do momento em que o ofendido possua ciência do ato ilícito, conforme julgado abaixo em que a Corte Superior entendeu como a data inicial do período prescricional a data da efetiva ciência do dano ambiental sofrido, veja:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL – CONTAMINAÇÃO DO SOLO E DO LENÇOL FREÁTICO POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL – SÚMULA Nº 7/STJ – NÃO CABIMENTO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA – PRECEDENTES.

1. *A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e o paradigma, o que não ocorreu no caso.*

2. *Inviável a incidência da Súmula nº 7/STJ a obstaculizar o conhecimento do recurso, visto que se trata, na espécie, tão somente de firmar posição sobre tese jurídica, isto é, qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Precedentes.*

3. Não há como se presumir que, pelo simples fato de haver uma notificação pública da existência de um dano ecológico, a população tenha manifesto conhecimento de quais são os efeitos nocivos à saúde em decorrência da contaminação.

4. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte não provido, para dar prosseguimento ao processo. (REsp 1346489/RS, Terceira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 26/08/2013)

In casu, os autores somente tomaram ciência da extensão do dano ambiental ocorrido com a realização de perícia nos autos da ação civil pública que tramitava, realizado em 15 de janeiro de 2016.

Quanto a interrupção do prazo prescricional de ação individual, pelo ajuizamento de ação coletiva, peço vênia para transcrever parte do precioso voto da Ministra Nancy Andriighi, que recentemente tratou desta matéria em ação correlata:

A partir deste momento, volta-se a atenção à possibilidade de interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento de ações judiciais de reparação de dano individual, em razão do ajuizamento de ação coletiva. No recurso especial, alega-se que a decisão do TJ/RS causou a violação aos arts. 96 a 99 e 103, § 3º, do CDC e aos arts. 13 e 16 da Lei 7.347/85.

Não se pode olvidar também que, a partir do mesmo evento danoso, podem surgir pretensões coletivas, difusas e individuais, sejam homogêneas ou não, mesmo que tais pretensões sejam fundamentadas em diferentes ramos do direito. Aliás, a definição do tipo de direito discutido em juízo é definido justamente pela pretensão apresentada na ação:

*Ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que tem interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso) (GRINO, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: 1998. p. 778)*

No entanto, a legislação em vigor prevê uma clara interferência entre os tipos de pretensões defendidas em juízo, sejam difusas, coletivas ou individuais homogêneas, surgidas com base nos mesmos fatos. Dessa forma, por exemplo, nos termos do art. 103, § 3º, do CDC, uma sentença julgada procedente em ação coletiva tem o efeito de tornar certa, de forma automática, a obrigação do réu de indenizar danos individuais decorrentes do mesmo ato ilícito discutido na demanda. Conforme a doutrina, este é um efeito secundário presente em todas as ações coletivas, mesmo que não versem sobre direito consumerista:

Trata-se de efeito secundário inerente não apenas às sentenças relacionadas a danos decorrentes de infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas a todas as sentenças proferidas em ações civis públicas. É o que se infere do dispositivo acima reproduzido bem como dos demais preceitos legais que consagram o sistema de recíproca aplicação subsidiária entre Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 90 da Lei 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (art. 21 da Lei 7.347/85).

(...)

Relativamente à ação coletiva, a indagação que se faz é se a citação do réu, nela promovida, tem o efeito de interromper a prescrição para as ações individuais dos titulares dos direitos homogêneos. A resposta é indubitavelmente positiva em relação àqueles que, atendendo ao edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, acorrerem ao processo e se litisconsorciarem ao demandante. Mas igualmente positiva mesmo para os que não tomarem

esse caminho e preferirem aguardar o resultado da ação coletiva. Não fosse assim, ficaria o titular do direito individual na contingência de, desde logo, promover a sua demanda individual, o que retiraria da ação coletiva uma das suas mais importantes funções: a de evitar a multiplicação de demandas autônomas semelhantes. Isso, portanto, não se harmoniza com o sistema do processo coletivo. [...] O estímulo, claramente decorrente do sistema, é no sentido de que o titular do direito individual aguarde o desenlace da ação coletiva, para só depois, se for o caso, promover sua demanda. Nessa linha, a não-propositura imediata da demanda individual não pode ser tida como inércia ou desinteresse em demandar, passível de sofrer os efeitos da prescrição, mas sim como uma atitude consentânea e compatível com o sistema do processo coletivo. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 82 e 202-204.)

Assim, de acordo com uma interpretação mais adequada do nosso ordenamento jurídico, resta claro que o ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo.

Tal já é o entendimento desta Corte superior, conforme se verifica no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia, cuja ementa está transcrita abaixo:

RECURSO REPETITIVO – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO COLETIVA – MACRO-LIDE – CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA – SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS – POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido. (REsp 1110549/RS, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

Em realidade, a doutrina vem se consolidando no sentido de admitir a interrupção da prescrição, em hipóteses de ajuizamento de coletiva, mesmo de demandas que versem sobre interesses individuais puros, mas que estejam relacionados com a controvérsia da ação coletiva.

Finalmente, um último tema que merece ser analisado diz respeito à fluência do prazo prescricional para as pretensões individuais na pendência de ação coletiva que trata desses interesses. (...) O problema, então, está em saber se essa solução pode ser aceita segundo o direito atual.

Parece que sim, ao menos em parte. Recorde-se que, no sistema atual, proposta a ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos, os autores de ações individuais já ajuizadas devem ser comunicados para que possam exercer o pedido de suspensão de suas demandas, a fim de se beneficiar da sentença coletiva (art. 104, do CDC). Já quanto àqueles que não propuseram ainda sua ação individual, a ação coletiva resulta em coisa julgada, apenas no caso de procedência, não prejudicando o indivíduo no caso de improcedência da demanda coletiva (art. 103, III, e § 2º, do CDC).

Desse modo, em relação aos titulares de direito individual que não propuseram ação própria para demandar seus interesses, pode-se reconhecer um regime especial de “suspensão de pretensão”. Afinal, sua pretensão está sendo exercida na ação coletiva, pelo legitimado extraordinário, de modo que, em caso de sucesso desta demanda, a pretensão individual estará satisfeita; em caso, porém, de insucesso, não há prejuízo ao indivíduo, que pode buscar por via própria a satisfação de seu interesse. Essa “condicionalidade” a

que está sujeita a pretensão individual faz com que, ao menos até o julgamento (final) da ação coletiva, tal pretensão se mantenha em estado latente, no aguardo da manifestação judicial. Apenas se recusada a tutela no plano coletivo, é que haverá novamente o interesse do indivíduo em buscar, por demanda própria, a satisfação de sua pretensão. Isso implica a necessária suspensão do prazo prescricional, para estes interesses, na pendência da ação coletiva. (ARENHART, Sérgio Cruz. **O regime da prescrição em ações coletivas.** Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 05 abr. 2010) “ (STJ - REsp 1.41.167/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, J: 13.03.2018)

Deste modo, conclui-se que o ajuizamento de ação coletiva causa sim a interrupção do prazo de prescrição para as demanda individuais.

No presente caso, os danos ambientais decorrentes do blecaute narrado na exordial foram objeto da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021, promovida pelo Ministério Público Estadual em face da Companhia Energética de São Paulo – CESP, proposta em 12.08.2011, no qual foi realizado acordo extrajudicial entre as partes, em junho de 2018.

Com o ajuizamento da ação coletivo, o prazo prescricional para ação individual restou interrompido, ficando a pretensão dos autores suspensa, aguardando o desfecho desta ação, fato este confirmado pelo ajuizamento da presente ação apenas alguns dias após o acordo.

Logo, ante todo o exposto, não há que se falar em prescrição, devendo, assim, ser anulada a sentença proferida.

Por fim, quanto ao pedido de tutela provisória de urgência, denota-se que não houve a apreciação pelo magistrado de piso, assim, a fim de evitar supressão de instância, com julgamento *per saltum*, deixo de analisar tal pedido.

Conclusão

Ante as razões delineadas, contrário ao parecer ministerial, conheço em parte do recurso interposto, e na parte conhecida, dou-lhe provimento a fim de anular a sentença proferida, afastando a ocorrência de prescrição, determinando o regular prosseguimento do feito.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 12/02/2019 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Luiz Tadeu), após o relator conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, dar-lhe provimento. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 12/02/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º Vogal)

Pedi vista para melhor analisar a matéria devolvida a este Tribunal por meio do apelo interposto por Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores e outros.

Antes do voto propriamente dito, hei por bem indeferir o pedido de adiamento da sessão de julgamento, formulado pela Rio Paraná Energia S/A (f. 1940-1941), não só porque já houve sustentação oral por parte do seu patrono, como, também, pelo fato de que, se porventura o processo for remetido à técnica de julgamento do art. 942 do CPC, essa técnica de julgamento não se dará na sessão de julgamento desta data, mas em sessão posterior. Logo, não haverá prejuízo algum à apelada, no prosseguimento normal do julgamento do apelo dos autores.

Por tais motivos, indefiro o pedido de adiamento de f. 1940-194 e passo ao voto.

Em relação ao conhecimento parcial do recurso, acompanho o voto do relator, de modo que a divergência é apenas em relação à prescrição do direito de ação dos autores.

Colhe-se dos autos que os apelantes ajuizaram a presente ação civil pública contra Companhia Energética de São Paulo - CESP e Rio Paraná Energia S/A pretendendo obter a condenação dos réus ao pagamento de:

“(...) indenização à título de danos materiais, no montante de meio salário mínimo mensal atualizado para cada pescador limitado à cem salários mínimos per capita, retroativo à data do evento lesivo (10 de novembro de 2009), até a data de suas efetivas aposentadorias, inclusive os que vierem a ser inscritos (hoje no montante de R\$ 646.621.200,00 (seiscentos e quarenta e seis reais, seiscentos e vinte e um mil e duzentos reais), bem como danos morais, no valor mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por pescador, perfazendo o montante de R\$ 135.560.000,00 (cento e trinta e cinco milhões, quinhentos e sessenta mil reais) confirmando-se a tutela de urgência porventura deferida inicialmente (...)” (f. 46-47), bem como na obrigação de (...) “elaborar um projeto que abranja medidas alternativas para evitar eventos como o ocorrido no dia 10 de novembro de 2009” diante da dimensão do risco criado, conforme sugerido no Laudo Pericial Judicial encartado aos autos conexos e em epígrafe, fixando-se desde já multa-diária para a hipótese de descumprimento da obrigação de fazer, ora sugerida em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de atraso, limitados a 90 (noventa) dias” (f. 47).

O juízo singular, considerando que:

“a) (...) a causa de pedir da presente demanda relaciona-se com o direito privado, vez que a discussão cinge-se à reparação e compensação dos prejuízos individuais experimentados por cada um dos pescadores que teriam sido atingidos em sua atividade laboral em virtude dos danos ambientais ocorrido na Usina Hidrelétrica” (f. 1744);

b) “Diferentemente do dano ambiental que não se sujeita à ocorrência de prescrição por tratar-se de pretensão imprescritível, conforme disposto no art. 225 da Carta Magna, os danos discutidos neste demanda, denominados dano em ricochete ou dano reflexo, cuja natureza é individual, porquanto possuem tutelar certo e determinado, devem sujeitar-se às regras estabelecidas no Código Civil)” (f. 1744);

c) (...) por se tratar a pretensão de reparação civil de natureza privada, à presente demanda deve ser aplicado o prazo prescricional trienal, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, Código Civil (...)” (f. 1744); e

d) “(...) o termo inicial encontra-se bem delineado, vez que o infortúnio que originou a presente demanda ocorreu no dia 10 de novembro de 2009, surgindo a partir daí o direito perseguido pelos Autores, em face do conhecimento imediato acerca do fato gerador do direito à reparação Civil” (f. 1746), reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão dos autores e julgou extinto o processo com resolução de mérito.

O relator, Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, sob o argumento de que: a) *“Quanto ao termo inicial, em que pese a doutrina utilizar a teoria da actio nata, por se tratar de direito individual, segundo a qual, havendo violação do direito, o prazo para a prescrição começa a correr; em algumas hipóteses, a jurisprudência nacional tem excepcionado essa regra a fim de determinar que contagem do prazo de prescrição ocorra a partir do momento em que o ofendido possua ciência do ato ilícito (...)”*; b) *“In casu, os autores somente tomaram ciência da extensão do dano ambiental ocorrido com a realização de perícia nos autos da ação civil pública que tramitava, realizado em 15 de janeiro de 2016”*; e c) *“(...) o ajuizamento de ação coletiva causa sim a interrupção do prazo de prescrição para as demandas individuais”*, deu provimento ao recurso interposto, contra o parecer da Procuradoria de Justiça, para, anulando a sentença, afastar a ocorrência de prescrição.

Hei por bem divergir do voto do relator.

Pela teoria da *actio nata*, o início do prazo prescricional se dá com o conhecimento do dano e seus efeitos, ou, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1.355.636/PE), a partir do momento em que a ação poderia ter sido ajuizada.

Na espécie, a pretensão dos autores, conforme consignado na inicial, tem por fundamento a mortandade de peixes ocorrida junto às comportas da Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias em razão da falta de energia elétrica decorrente de um blecaute ocorrido no sistema elétrico, que ocasionou a redução da vazão de água no local, o aprisionamento de peixes em ilhas de micrófitas (plantas aquáticas) e, conseqüentemente, a morte de toneladas de espécies diversas.

Desta feita, como ressaltado pelo magistrado *a quo*,

“(...) os reflexos da morte massiva de peixes foram imediatos, afetando de forma instantânea a atividade laboral desenvolvida pelos pescadores, ora Autores, de forma que não há que se falar em continuidade do dano ambiental no transcurso do tempo” (f. 1747).

Tratando-se de direito individual, apesar de lastreado num dano ambiental (dano reflexo ou por ricochete), é certo que, desde o evento ocorrido, cada um dos pescadores nestes autos representados sabia dos danos que, para si, aludida mortandade causou, não precisando aguardar a confecção do laudo pericial da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021 para a tutela dos seus direitos.

Logo, à vista das particularidades do caso em análise, tenho que a data do evento narrado nos autos, qual seja, 10/11/2009, deve ser considerada como sendo a do termo inicial do prazo trienal previsto no inciso V do § 3º do artigo 206 do Código Civil.

Ocorre que a ação dos autores só foi ajuizada em 26/07/2018, ou seja, quase nove anos depois.

Quanto a interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento das ações individuais em decorrência da propositura de ação coletiva, devemos, para admiti-la, identificar a similitude entre as pretensões de ambas as demandas.

Com efeito, nos termos do voto do relator, citando precedente do Superior Tribunal de Justiça,

“(...) a doutrina vem se consolidando no sentido de admitir a interrupção da prescrição, em hipóteses de ajuizamento de coletiva, mesmo de demandas que versem sobre interesses individuais puros, mas que estejam relacionados com a controvérsia da ação coletiva”.

Assim o é porque, nos termos do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, diploma pertencente ao microsistema de proteção dos interesses coletivos *lato sensu*,

“(...) Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

Por tais razões determina o artigo 104, também do código consumerista, que :

“(...) As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Razão alguma haveria para reconhecer esse “regime especial de suspensão da pretensão” se, em ambas as ações (individual e coletiva), não fossem elas (pretensões) as mesmas ou as trazidas na demanda coletiva mais abrangentes que as da individual.

Na esteira dos limites objetivos da coisa julgada, ela só se opera em relação àquilo que constar do título executivo. Assim, não poderia a sentença proferida na ação coletiva irradiar efeitos para a ação individual se o objeto desta não for o mesmo ou estiver contido no daqueloutra, como na espécie.

Da análise dos autos da Ação Civil Pública nº 003954-98.2011.8.12.0021 (consulta no portal *e-Saj*) extrai-se que as pretensões nela formuladas limitaram-se à defesa dos direitos/interesses difusos exteriorizados na obrigação de fazer consistente em repovoamento de peixes e de não fazer consistente a não mais proceder ao fechamento brusco das comportas.

Conforme registrado pelo juízo singular na sentença homologatória proferida na Ação Civil Pública nº 003954-98.2011.8.12.0021 para fundamentar o pedido de intervenção de terceiros formulado, “(...) *os peticionantes pretendem obter, por meio da intervenção de terceiros, a assunção de eventual acordo com as Requeridas e com isso ser indenizados pelas perdas e danos decorrentes do mesmo fato ambiental, contudo, utilizam instrumento ineficaz para tanto, tendo em vista que a lide encontra-se limitada objetivamente pelo pedido inaugural, que não englobou danos materiais e morais coletivos, razão pela qual não há que se deferir a intervenção em espeque, sobretudo porque de nenhuma utilidade aos peticionante*”.

Forte nos argumentos supra, entendo que o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 003954-98.2011.8.12.0001 não tem o condão de interromper, em relação às pretensões postas nesta demanda, o prazo prescricional.

Assim, se de um fato nacionalmente conhecido (blecaute ocorrido no ano 2009), os autores só ajuizaram a demanda para proteger seus interesses individuais em 2018, quando já prescrito o direito de ação.

Posto isso, divirjo do voto do relator; com o parecer, conheço de parte do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, por maioria, deram-lhe provimento, nos termos do voto do relator, acompanhado do 1º vogal, vencido o 2º vogal, que lhe negava provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 14/05/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, por maioria, deram-lhe provimento, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

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. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1401923-08.2019.8.12.0000 - Ponta Porã

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ACORDO PACTUADO ENTRE O ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA RESTAURAÇÃO DE PRÉDIO TOMBADO – DESCUMPRIMENTO PELO ENTE PÚBLICO – PENALIDADE PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO – SEQUESTRO – ÚLTIMA MEDIDA – MAJORAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA PELO JUÍZO DE ORIGEM – SANÇÃO CORRETA AO CASO CONCRETO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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 contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de sequestro e bloqueio de verbas públicas do Estado do Mato Grosso do Sul.

O agravante afirma que a ação originária trata-se de cumprimento de sentença homologatória de acordo judicial celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e o Ministério Público Estadual, a qual contempla diversas obrigações relativas à execução de ações de restauração, reparos e demais obras necessárias à manutenção e conservação do prédio histórico denominado “Antigo Prédio do 4º Batalhão de Polícia Militar de Ponta Porã”, também conhecido coloquialmente como “Castelinho”, tombado por meio do Decreto Estadual nº 12.521/2008.

O acordo celebrado entre as partes não vem sendo cumprido, motivo pelo qual o agravante requereu o bloqueio e sequestro de verbas públicas estaduais para promoção do escoramento metálico do conjunto arquitetônico que ainda subsiste, assim como a majoração da multa diária cominada devido ao descumprimento das demais obrigações firmadas.

O juízo *a quo* indeferiu o pedido. Mesmo reconhecendo a imprescindibilidade da manutenção da estrutura física do imóvel tombado para o cumprimento das demais obrigações assumidas pelo Ente Público agravado, entendeu que o descumprimento da obrigação de fazer pelo agravado “*não deve ensejar, neste momento, a realização de medidas para obtenção do resultado prático equivalente, sendo suficiente e adequada a majoração da pena de multa cominatória imposta*”.

Sendo assim, o agravante pleiteia a reforma a decisão agravada:

“(…) apenas quanto ao bloqueio e sequestro de verbas públicas para subsidiar o imprescindível escoramento metálico da edificação histórica, não merecendo qualquer outra

reparação, visto que a majoração da astreintes é compatível com a dimensão do direito tutelado e com a gravidade da lesão já ocasionada pela omissão do Ente Público agravado” f. 19.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Contrarrrazões às f. 107-116.

Parecer da PGJ às f. 142-145.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de sequestro e bloqueio de verbas públicas do Estado do Mato Grosso do Sul.

Síntese da demanda

O *Parquet* de primeira instância requereu o sequestro e bloqueio da quantia de R\$ 368.148,00 (trezentos e sessenta e oito mil, cento e quarenta e oito reais), das contas públicas do Estado, ora agravado, a fim de realizar a locação e demais serviços necessários para o escoramento metálico do prédio tombado, a fim de evitar o seu desmoronamento, bem como postulou pela majoração das astreintes.

O magistrado de origem, por sua vez, indeferiu o pedido de sequestro e bloqueio das verbas públicas, sopesando que, no momento, a majoração da multa cominatória imposta é suficiente para garantir a efetivação da tutela específica pretendida.

Desta decisão, sobreveio o presente agravo de instrumento.

O Ministério Público afirma que o acordo celebrado entre as partes não vem sendo cumprido, motivo pelo qual é necessário o bloqueio e sequestro de verbas públicas estaduais para promoção do escoramento metálico do conjunto arquitetônico que ainda subsiste.

Sendo assim, o agravante pleiteia a reforma a decisão agravada:

“(…) apenas quanto ao bloqueio e sequestro de verbas públicas para subsidiar o imprescindível escoramento metálico da edificação histórica, não merecendo qualquer outra reparação, visto que a majoração da astreintes é compatível com a dimensão do direito tutelado e com a gravidade da lesão já ocasionada pela omissão do Ente Público agravado” f. 19.

Mérito recursal

Em que pese as alegações do órgão ministerial, entendo que a medida não deve ser deferida.

Isso porque, o sequestro de verbas públicas deve ser estipulada em último caso, quando todas as outras e mostrarem insuficientes e ineficazes para o cumprimento da medida, o que não se vislumbra no presente caso.

Para tanto, entendo que o arbitramento de multa é razoável e proporcional para o caso em espécie (conforme fez o juízo de origem).

Como se sabe, esta é uma consequência lógica das demandas cominatórias e está expressamente prevista no artigo 536, § 1º do Código de Processo Civil.

Trata-se de medida coercitiva imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas compeli-lo a cumprir a obrigação de forma específica.

De acordo com o ensinamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery temos:

Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. (...)¹

Portanto, a finalidade da multa é justamente compelir o devedor ao cumprimento da determinação. Esse é o entendimento adotado pelos Tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA COMINATÓRIA – ARTIGO 461, § 4º, DO CPC – EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL – REEXAME E RECURSO IMPRÓVIDOS.

A multa cominatória tem por fim assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Não possui consistência legal a assertiva recorrente de que, com o trânsito em julgado da sentença que determinou o fornecimento do medicamento, torna-se desnecessária a aplicação da multa do artigo 461, § 4º, do CPC, porquanto esta visa a promover a efetividade da decisão judicial.²

AÇÃO ORDINÁRIA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – SAÚDE – DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE – MULTA COMINATÓRIA – POSSIBILIDADE. O serviço público de assistência à saúde deve ser integral, nos termos do art. 198, II, da Constituição Federal, descabendo restrições administrativas que, por ato geral e abstrato, delimitem o fornecimento de medicamento apenas para os portadores de moléstias pré-determinadas. Comprovada a imprescindibilidade de utilização de determinado medicamento por pessoa necessitada, este deve ser fornecido de forma irrestrita, sendo que a negativa do Estado nesse sentido implica ofensa ao direito à saúde, garantido constitucionalmente. - Nas ações cominatórias, o juiz poderá impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da obrigação. - Preliminar rejeitada. - Recurso improvido.³

O STJ também já se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS – IMPOSIÇÃO DAS ASTREINTES PELO SEU DESCUMPRIMENTO – LEGALIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ. INAPLICABILIDADE.

Mantém-se na íntegra a decisão agravada quando não infirmados seus fundamentos.

É lícito ao magistrado fixar astreintes contra a Fazenda Pública com o objetivo de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamentos.

A tese jurídica acerca do cabimento ou não de astreintes contra a Fazenda Pública independe do revolvimento do contexto fático-probatório para sua análise, não havendo porque se cogitar da aplicação do enunciado da Súmula n. 7/STJ.

Agravo regimental improvido.⁴

Assim, entendo que o juízo de origem mostrou ponderação em relação a situação econômica do ente público, sem esquecer de sua obrigação pactuada junto ao Ministério Público. Portanto, agiu em conformidade com a legislação e jurisprudência dominante ao indeferir, por ora, o pedido de sequestro e majorar a pena cominatória pelo descumprimento da obrigação de promover o devido escoramento metálico da estrutura do edifício tombado “Castelinho”.

1 Nelson Nery Junior. *Código de Processo Civil Comentado*. 10ª edição. São Paulo. RT: 2007.

2 Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Relator Desembargador Rêmolo Letteriello, 4ª Turma Cível. Julgado em 21.11.2006.

3 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0142.07.018118-5-001(1), Relator Desembargadora Heloisa Combat. Julgado em 14.10.2008.

4 Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 912.811-RS. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgado em 07.08.2007.

Conclusão

Nesses termos, conheço e, contra o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a decisão de 1º grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1401675-42.2019.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – COBRANÇA – SEGURO DPVAT – PERÍCIA JUDICIAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS – ART. 373, § 1º, CPC – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nas ações de cobrança de seguro obrigatório é cabível a inversão do ônus da prova em virtude da teoria das cargas processuais dinâmicas prevista no artigo 373, § 1º, do CPC.

O arbitramento dos honorários periciais deve se pautar pelos princípios de proporcionalidade, razoabilidade e modicidade, de forma a remunerar dignamente o trabalho, mormente em causas em que a indenização costuma ser baixa.

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, 9 de abril de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S.A. interpõe agravo de instrumento contra decisão que, na ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT movida por Marcelino Barbosa Miquilino, deferiu a realização de perícia médica, determinou a inversão do ônus da prova e o custeio dos honorários periciais pela agravante.

Sustenta que: (i) deve ser concedido efeito suspensivo ao recurso diante da grave lesão que pode resultar da assunção de encargo que não é de sua responsabilidade; (ii) os honorários devem ser rateados entre os litigantes, nos termos do artigo 95 do CPC, pois requerida tal prova por ambas partes; (iii) o *quantum* deve ser reduzido para R\$ 900,00 (novecentos reais) em respeito à razoabilidade.

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso com o conseqüente provimento definitivo para que seja exonerada definitivamente da obrigação de pagar os honorários periciais antes do julgamento definitivo da lide.

O recurso foi recebido às f. 146-147 sem a concessão do efeito suspensivo.

Sem contraminuta.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S.A. contra decisão que, na ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT movida por Marcelino Barbosa Miquilino, deferiu a realização de perícia médica, determinou a inversão do ônus da prova e o custeio dos honorários periciais pela agravante.

O recurso foi recebido sem a concessão do efeito suspensivo pretendido.

O agravado não apresentou contrarrazões.

A decisão deve ser mantida.

O magistrado, diante da impossibilidade e/ou excessiva dificuldade do agravado adiantar os honorários periciais, inverteu o ônus da prova (artigo 373, § 1º, do CPC), deferiu a realização de perícia médica e determinou que fosse custeada pela agravante, com valor fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), a serem depositados no prazo da contestação.

O ordenamento jurídico e entendimento jurisprudencial vêm admitindo a possibilidade da inversão do ônus probatório com aplicação da teoria da carga dinâmica da prova prevista no artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil, hipótese dos autos.

Logo, com base no princípio da razoabilidade, entende-se perfeitamente aplicável tal teoria com a inversão do ônus de suportar a antecipação das despesas com a perícia à parte que detém melhores condições de patrociná-la, a fim de se apurar a verdade real e fazer prevalecer o justo.

A demonstração da existência de grau de lesão é de incumbência da ré/seguradora, pois é dela o interesse em desconstituir a pretensão do autor que é de indenização integral em razão da invalidez permanente.

Nesse contexto, a regra prevista no artigo 95 do CPC deve ser relativizada quando se verificar que o agravado, apesar de ter requerido a realização de perícia, deverá ser isento deste ônus, prestigiando-se o equilíbrio e o balanceamento entre as partes envolvidas na relação jurídica processual, seja porque não possui condições econômicas e jurídicas, seja porque não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A respeito, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹:

“Exceção à regra geral. Ônus dinâmico da prova. Inversão pelo juiz. A regra geral do sistema probatório brasileiro, é a distribuição legal do ônus da prova entre o autor (fatos constitutivos de seu direito) e o réu (fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor), consoante determinam o CPC 373 I e II. O texto normativo indicou, timidamente, tendência em adotar a inversão do ônus da prova pela técnica do ônus dinâmico da prova: terá o ônus de provar aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo, conforme inversão determinada por decisão judicial fundamentada. (...).”

Ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Esse princípio de direitos humanos (CIDH 8º 2 g), em pleno vigor no Brasil, atua no sistema probatório do CPC. Caso a inversão do ônus da prova estabelece caber à parte produzir prova contra si mesma, é determinação inconstitucional que não precisa ser cumprida pela parte.”

Nos casos de seguro DPVAT, em que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, revela-se perfeitamente justificável a aplicação da inversão com base no § 1º do artigo 373 do CPC, pois não é razoável exigir que o Estado antecipe tais despesas, até porque, se o pleito for acolhido, será da seguradora vencida, que se beneficia do repasse do seguro obrigatório, a responsabilidade pelo seu pagamento.

¹ Código de Processo Civil comentado, 16ª ed., São Paulo, RT, 2016, p. 1084.

Acresça-se que os danos advindos da circulação de veículos automotores impactam, econômica e socialmente, as pessoas envolvidas no acidente e, reflexamente, o Estado e à sociedade como um todo, a quem incumbe financiar a Seguridade Social, não sendo justo onerar o ente público com mais essa despesa.

A propósito, este Tribunal de Justiça vem aplicando a inversão do ônus da prova em casos desta natureza:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – HONORÁRIOS PERICIAIS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELA PARTE REQUERIDA – OBRIGAÇÃO INEXISTENTE, MAS COM AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO PRODUÇÃO DA PROVA – AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. Nas ações de cobrança de seguro obrigatório, ainda que inaplicável a legislação consumerista, conforme recente entendimento do STJ sobre a matéria, mantém-se a redistribuição do ônus da prova, por força do art. 373, § 1º, do CPC. A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, a seguradora sofre as consequências processuais advindas de sua não produção.” (Agravo de Instrumento nº 1400066-24.2019.8.12.0000, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j. em 28/02/2019). Destacado.

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA POSSIBILIDADE – HIPOSSUFICIÊNCIA DO REQUERENTE – EVIDENCIADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Embora não se trate de relação de consumo, o próprio Código de Processo Civil possibilita a inversão do ônus da prova quando verificada a hipossuficiência do autor.” (Agravo de Instrumento nº 1413394-55.2018.8.12.0000, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j. em 20/02/2019). Destacado.

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – DPVAT – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA – APLICAÇÃO DO CDC AFASTADA – REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA MANTIDA POR FORÇA DO ART. 373, § 1º, DO CPC – PROVIDÊNCIA QUE NÃO ACARRETA A OBRIGATORIEDADE DA SEGURADORA ADIANTAR AS CUSTAS PERICIAIS – AUTOR QUE ESTÁ SOB O PÁLIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA – CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS IMPOSTAS À RÉ, CASO NÃO EFETUE O PAGAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nas ações de cobrança de seguro obrigatório, ainda que inaplicável a legislação consumerista, conforme recente entendimento do STJ sobre a matéria, mantém-se a redistribuição do ônus da prova, por força do art. 373, § 1º, do CPC. A doutrina mais autorizada tem admitido tal medida diante de situação de direito material em que se evidencia a vulnerabilidade técnica e econômica da parte solicitante. II – A redistribuição do ônus da prova não tem o condão de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, a seguradora suportará as consequências processuais advindas da não realização da perícia médica, se assim entender o juízo singular. (Agravo de Instrumento nº 1414509-14.2018.8.12.0000, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j. em 27/02/2019). Destacado.

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA – DPVAT – REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 373, § 1º, DO CPC – TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – APLICAÇÃO – OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA ARCAR COM HONORÁRIOS PERICIAIS – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DA AUTORA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Agravo de Instrumento nº 1414336-87.2018.8.12.0000, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. em 30/01/2019). Destacado.

Por fim, esclareça-se que, consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, a inversão do ônus da prova não obriga a parte responsável a arcar com suas custas, todavia, suportará as consequências processuais advindas de sua conduta.

No que se refere ao valor dos honorários periciais, fixados em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), verifica-se que a quantia arbitrada condiz com a complexidade do trabalho a ser desenvolvido; o tempo de execução; a natureza e o valor da causa; a necessidade de deslocamento e de colaboradores.

De acordo com o princípio da moderação, o valor há de ser adequado para compensar a atividade do auxiliar e, não representar um ganho excessivo.

Na hipótese, considerando os referidos critérios, bem como os elementos carreados aos autos, o mencionado valor não se mostra excessivo; ao contrário, apresenta-se condizente aos padrões de razoabilidade que devem nortear a definição de tal verba no caso concreto.

Nota-se, ademais, que a importância de R\$ 1.200,00 corresponde ao valor médio utilizado em perícias da mesma espécie.

Portanto, também levando em consideração que a agravante não trouxe aos autos elementos suficientes para justificar a redução, descabida a pretensão recursal.

Por oportuno, colaciono os seguintes julgados:

EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA NO AUTOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CUSTAS PERICIAIS – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS – VALOR RAZOÁVEL – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA. Deve-se manter a decisão do douto juízo de primeiro grau no que tange ao quantum fixado a título de honorários periciais, quando razoável e destinado a remunerar condignamente o profissional que irá elaborar o laudo pericial. A simples inversão do ônus da prova não obriga a parte requerida a custear os serviços periciais, todavia, se não o fizer, arcará com as consequências processuais de sua omissão. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410783-32.2018.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 18/11/2018, p: 19/11/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA DE ANTECIPAR OS HONORÁRIOS DO PERITO – HONORÁRIOS PERICIAIS FIXADOS EM VALOR RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Na relação entre beneficiário e seguradora conveniada ao DPVAT incide o Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a inversão do ônus da prova nas ações de cobrança de seguro obrigatório. II - Mostrando-se adequado ao caso concreto, determina-se a inversão do ônus da prova, recaindo sobre a parte contrária os deveres inerentes, inclusive os que se referem à antecipação com despesas de perícia. III - O arbitramento dos honorários periciais, em causas de complementação do pagamento da indenização do seguro DPVAT, deve pautar-se pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e modicidade, sob pena de onerar em demasia o processo que possui um valor econômico ineludivelmente baixo. Honorários periciais mantidos em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1404781-17.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 05/07/2016, p: 12/07/2016)

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar 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. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0842137-92.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REIVINDICATÓRIA – EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO EM FAVOR DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE QUE PODE RESIDIR NO IMÓVEL COM SUA FAMÍLIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A companheira supérstite tem direito real de habitação, podendo exercê-lo junto com seus familiares.

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, 21 de maio de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Maria Antonia de Jesus interpõe apelação contra sentença que, na ação reivindicatória movida em face de Letícia Regina Nascimento da Costa, julgou extinto o feito com base no artigo 485, VI, por falta de interesse de agir.

Sucumbência pela recorrente com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, suspendendo-se a exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária.

Sustenta que: i) adquiriu o imóvel objeto da pretensão por meio de herança de seu falecido filho; ii) não foi ouvida previamente quanto à extinção para se manifestar sobre a falta de interesse nem sobre o suposto direito de habitação da companheira sobrevivente, já que poderia ter elucidado que o imóvel foi excluído da ação de inventário e que a ré nestes autos não é a companheira supérstite a quem foi deferido o direito de habitação, mas, sim, a filha dela que se encontra na residência.

Ao final, pleiteia a insubsistência da sentença, requerendo o prosseguimento do feito em primeiro grau.

Contrarrazões às f. 95/101.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Maria Antonia de Jesus contra sentença que, na ação reivindicatória movida em face de Letícia Regina Nascimento da Costa, julgou extinto o feito com base no artigo 485, VI, por falta de interesse de agir.

Sucumbência pela recorrente com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, suspendendo-se a exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Juízo de admissibilidade

O recurso é *tempestivo* (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput*, do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma. Sem preparo por ser beneficiária da assistência judiciária.

Mérito

A recorrente ajuizou a presente sustentando que adquiriu o imóvel objeto da pretensão por meio de herança de seu falecido filho e que estaria ocupado por quem não tem título.

Pleiteia a nulidade da sentença porque não foi intimada para manifestar-se sobre a falta de interesse e o direito real de habitação da companheira sobrevivente, já que poderia ter elucidado que o imóvel foi excluído da ação de inventário e, ainda, que a ré nestes autos não é a companheira a quem foi deferido o direito de habitação, mas, sim, a filha dela, que se encontra indevidamente na residência.

O julgador de primeiro grau, sob o fundamento de que a partilha envolvendo a herança do falecido ainda encontra-se em trâmite no Juízo das Sucessões, concluiu que falta interesse de agir sobre o direito de propriedade exclusiva da recorrente em relação ao imóvel litigado.

A sentença deve ser mantida.

De fato, inexistente interesse de agir no caso.

Conforme ensina a doutrina, o interesse de agir caracteriza-se na necessidade de a pessoa vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar.

De acordo com a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “...*existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe utilidade do ponto de vista prático*”.

Depreende-se dos autos que houve a transmissão do imóvel para a recorrente por meio de escritura pública de inventário extrajudicial e, além disso há um inventário aberto pela companheira supérstite no qual vem sendo questionada a referida escritura, bem como existe alegação de que a casa que lá se encontra foi construída por ela e o falecido.

Razão não assiste quanto ao pleito de anulação da sentença, uma vez que os fundamentos utilizados não constituem novidades para a recorrente, não podendo negar que na contestação houve impugnação onde foram aventadas as matérias referentes à carência de ação e direito real de habitação, inclusive há cópias no processo de decisões prolatadas na ação de inventário, incluindo esta que se colaciona, pois bastante elucidativa para os fatos:

“Trata-se de Inventário de bens deixados pelo falecimento de José Manoel dos Santos (f. 14), no qual estabeleceu-se um impasse entre a inventariante, Aparecida Nascimento da Silva, companheira do de cujus, conforme reconhecido no Juízo competente (f. 105-109), e a genitora do falecido, Maria Antonia de Jesus, quanto aos direitos de meação sobre o imóvel em que residia o casal.

Alega a sra. Maria Antônia que o imóvel em comento foi adquirido pelo de cujus em momento anterior ao período de convivência deste último com a Sra. Aparecida, o que, em

tese, em virtude do regime de bens, não confere a esta o direito de meação sobre o referido bem.

(...) A sra. Aparecida, por seu turno, apesar de reconhecer as alegações supra, afirma que, com esforço conjunto, foi edificada uma casa no imóvel comento, de maneira que, segundo afirma, faz jus à meação desta.

(...)

Relevante destacar, nesse contexto, em que pese o impasse estabelecido, que a Sra. Aparecida Nascimento da Silva, tem assegurada a sua residência no imóvel a que se refere a matrícula de f. 128, com espeque no art. 1.831 do CC e art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96. (...). (f. 58-9).

A despeito da alegação de que a reivindicatória foi ajuizada contra a filha da companheira, a qual não estaria beneficiada pelo direito de habitação, não procede o argumento.

Isso porque o Juízo da Vara de Sucessões reconheceu o direito real de habitação à companheira supérstite, permitindo a ela a moradia com parentes e filhos, conforme se vê de naqueles autos: (f. 268):

“Assim, o direito real de habitação, até então exclusivo do cônjuge supérstite, foi estendido à companheira sobrevivente. Tal direito incide sobre o imóvel em que habitavam os conviventes, fato este incontroverso nos presentes autos. Todavia, a companheira sobrevivente deverá utilizar o imóvel para sua moradia, sendo defeso a ela utilizá-lo para fins de aluguel, ou mesmo emprestá-lo, ressalvado eventual direito de propriedade posteriormente reconhecido sobre o mencionado bem.

Ressalto por oportuno, que como direito ora tratado, é o de moradia, a companheira supérstite só poderá continuar a morar no imóvel, mas não pode, a qualquer título, transferir sua posse direta, seja de maneira onerosa, seja de maneira gratuita. Contudo, não há ressalvas sobre a exclusividade de moradia, podendo, então naquele imóvel residir com parentes, filhos, etc.

De acordo com o que restou decidido, a companheira tem direito à habitação, podendo usufruí-lo com família e parentes, de modo que não se vislumbra irregularidade no fato de sua filha, porventura, lá residir.

Verificando, ainda, uma informação existente na contestação (f. 47), em consulta ao Sistema de Automação Judiciária – SAJ, constata-se que a recorrente havia ajuizado também uma ação cautelar de sequestro em face da companheira de seu filho (Autos 0800170-67.2016.8.12.0001) em que foi deferida medida de constatação sobre o imóvel e o oficial de justiça certificou que o bem não se encontrava abandonado, nele residindo a recorrida e sua filha.

Ademais, ainda que o imóvel tenha sido excluído da ação de inventário, em verdade as partes estão discutindo sobre o direito real de habitação (se a companheira estaria ou não exercendo seu direito de forma regular), de modo que eventual insurgência a respeito de sua abrangência pode ser dirimida no Juízo pelo qual tramita o inventário.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

Por conseguinte, ficam majorados os honorários advocatícios recursais para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, suspendendo-se sua exigibilidade, nos termos do art. 98, § 3º, do 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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 21 de maio de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0024685-44.2012.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IMISSÃO NA POSSE – COMPRA DE IMÓVEL EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADA – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – TAXA DE FRUIÇÃO – 1% SOBRE O VALOR DE AQUISIÇÃO DO IMÓVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

A ação de imissão na posse é própria àquele que detém o domínio e pretende obter a posse contra o alienante ou terceiros que a exerce injustamente.

Constitui fator impeditivo para o pleito de indenização de benfeitorias a inexistência de relação jurídica entre as partes.

Não revela abusiva a taxa de fruição fixada em 1% quando o valor de aquisição do imóvel é a base de cálculo.

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, 4 de junho de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Luis Fernando Ferreira da Silva, Denise Oshiro interpõem apelação contra sentença que, na ação de imissão na posse movida por Aline Félix Ferreira, julgou procedentes os pedidos iniciais para determinar a imissão da recorrida na posse do imóvel objeto do contrato de compra e venda (lote 24 da quadra B, do loteamento denominado Residencial Otávio Pécora – Matrícula nº 52.305 do CRI do 5º Ofício) e condená-los ao pagamento da taxa de fruição no valor correspondente a 1% (um por cento) sobre o valor do imóvel a partir da notificação até a desocupação do bem.

Julgou, ainda, improcedente o pedido dos recorrentes quanto à indenização por benfeitorias.

Sucumbência pelos apelantes, com honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, ressalvado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

Suscitam preliminar de nulidade da sentença por inépcia da inicial em razão da inadequação da via eleita e, no mérito, defendem o direito de indenização pelas benfeitorias e a redução da taxa de fruição para 0,5% calculados sobre o valor de aquisição do imóvel, pena de causar enriquecimento sem causa.

Contrarrazões às f. 414-424.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Luis Fernando Ferreira da Silva, Denise Oshiro contra sentença que, na ação de imissão na posse movida por Aline Félix Ferreira, julgou procedentes os pedidos iniciais para determinar a imissão na posse do imóvel objeto do contrato de compra e venda (lote 24 da quadra B, do loteamento denominado Residencial Otávio Pécora – Matrícula nº 52.305 do CRI do 5º Ofício) e condená-los ao pagamento da taxa de fruição no valor correspondente a 1% (um por cento) sobre o valor do imóvel a partir da notificação até a desocupação do bem, a ser apurado em liquidação de sentença.

Julgou, ainda, improcedente o pedido dos recorrentes quanto à indenização por benfeitorias.

Sucumbência pelos apelantes, com honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, ressalvado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

Juízo de admissibilidade

O recurso é *tempestivo* (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput*, do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma.

Sem preparo por serem beneficiários da assistência judiciária.

Preliminar – inadequação da via eleita

Sustentam que somente é cabível a ação de imissão na posse quando existe relação jurídica entre o autor e o réu, o que não é o caso presente, não havendo como o demandante se insurgir contra um demandado que não exerce a posse em nome do alienante, sendo a via adequada a ação reivindicatória.

Razão não lhes assiste.

Revelam os autos que a recorrida é proprietária do imóvel objeto da lide por aquisição em leilão extrajudicial da Caixa Econômica Federal, de modo que este fato comprova que jamais teve posse sobre o bem.

De acordo com a construção doutrinária e jurisprudencial a ação de imissão na posse, ao contrário do que o *nomen iuris* pode indicar, tem natureza petítória e é apropriada àquele que detém o domínio e pretende obter a posse (*jus possidendi*) dos bens adquiridos, contra o alienante ou terceiros, que a detenha injustamente.

A respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao descrever quadro prático das principais ações reais e dos interditos possessórios, definem a natureza das ações de imissão de posse e reivindicatória como ação real, petítórias, tendo como requisitos para o ajuizamento, a primeira, o título de propriedade e o fato de nunca ter tido posse e, a segunda, prova da propriedade e da posse molestada. (Código de Processo Civil comentado, 16ª ed., São Paulo, RT, 2016, p. 1483-5).

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – FUNDAMENTOS IMPUGNADOS – IMISSÃO NA POSSE – AÇÃO PETITÓRIA – DIREITO DE PROPRIEDADE – OFENSA A SÚMULA – NÃO CABIMENTO – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL – AUSÊNCIA – SÚMULA 284/STF – AGRAVO INTERNO PROVIDO – RECURSO ESPECIAL – NÃO PROVIDO.

1. Em face da impugnação dos fundamentos da decisão que negou seguimento ao recurso especial, o agravo interno merece provimento.

2. A ação de imissão na posse tem natureza petitória, com vistas a obter a posse do imóvel, nunca exercida, com fundamento no direito de propriedade.

3. (...). 5. Agravo interno provido. Agravo conhecido para negar provimento a recurso especial. (AgInt no AREsp 903.568/GO, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018). (destacado)

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – NATUREZA JURÍDICA – INSTRUMENTO PROCESSUAL QUE REVELA UM VIÉS PETITÓRIO – DIREITO REAL DE PROPRIEDADE – CONSTITUIÇÃO – REGISTRO – PRETENSÃO DE IMITIR-SE NA POSSE – PREVALÊNCIA DAQUELE QUE É TITULAR DO DOMÍNIO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A ação de imissão na posse, ao contrário do que o nomen iuris pode indicar, tem natureza petitória.

2. A presente ação (ação de imissão na posse) é instrumento processual colocado à disposição daquele que, com fundamento no direito de propriedade e sem nunca ter exercido a posse, almeja obtê-la judicialmente.

3. (...). De acordo com a legislação de regência, o direito real de propriedade imobiliária se perfaz com o respectivo registro no fôlio real, medida esta não tomada pelos recorridos que, a despeito de terem adquirido o bem em momento anterior, não promoveram o respectivo registro, providência tomada pelos recorrentes.

4. In casu, confrontando o direito das partes, com relação à imissão na posse, há de prevalecer aquele que esteja alicerçado no direito real de propriedade, na espécie, o dos recorrentes.

5. Recurso especial provido. (REsp 1126065/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/09/2009, DJe 07/10/2009). (destacado)

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – ACÓRDÃO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – TUTELA ANTECIPADA – PRESSUPOSTOS – REEXAME DE PROVA – CABIMENTO EM AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – TERCEIRO POSSUIDOR – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

- (...) Não prevista pelo CPC em vigor como ação sujeita a procedimento especial, aplica-se à ação de imissão de posse, de natureza petitória, o rito comum (procedimento ordinário); cabível, em consequência, o pedido de tutela antecipada, a qual será deferida desde que preenchidos os requisitos que lhe são próprios.

- A ação de imissão na posse é própria àquele que detém o domínio e pretende haver a posse dos bens adquiridos, contra o alienante ou terceiros, que os detenham.

- Recurso especial a que não se conhece. (REsp 404.717/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/08/2002, DJ 30/09/2002, p. 257). (destacado)

Assim, como a apelada nunca exerceu posse sobre o imóvel, a via escolhida é a adequada contra o alienante ou terceiros que a detenha injustamente.

Desse modo, voto por se rejeitar a prefacial.

Mérito

Indenização das benfeitorias

Defendem o direito de serem indenizados pelas benfeitorias realizadas no bem, pois o enriquecimento sem causa foi experimentado pela apelada e não há previsão legal de a pretensão ser ajuizada contra terceiro que não o proprietário do bem.

O magistrado de primeiro grau afastou a indenização ou retenção por benfeitorias pela inexistência de relação jurídica entre as partes, sustentando que o pedido deveria ser exercido no momento próprio e perante o antigo proprietário para o qual perdeu o bem.

De fato, a inexistência de relação jurídica entre os demandantes é fator impeditivo para se buscar indenização por benfeitorias, pois a aquisição do imóvel pela apelada junto à Caixa Econômica Federal se deu em sua totalidade e pelo valor contratado, até porque não se vislumbra no Instrumento Particular de Compra e Venda de f. 40/63 qualquer ressalva a respeito.

Aliás, consta na cláusula primeira que a alienante vendeu o bem livre e desembaraçado de qualquer ônus, e assim foi recebido pela recorrida, além de ser-lhe transmitida a posse, domínio, direito e ação sobre o imóvel.

Logo, não se revela justo exigir da recorrida indenização por eventual benfeitoria realizada no imóvel, pois, presume-se que no preço estabelecido no leilão já se encontravam incluídas.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PROVA PERICIAL – DESNECESSIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – IMÓVEL ADQUIRIDO JUNTO A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ATRAVÉS DE LEILÃO – INADIMPLEMENTO DO PROPRIETÁRIO ANTERIOR – RECUSA EM DESOCUPAR O BEM – PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A IMISSÃO DA POSSE – PROVA DO DOMÍNIO DO BEM E POSSE INJUSTA – TAXA DE FRUIÇÃO – DEVIDA – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – INDEVIDA – RECURSO DESPROVIDO. A realização da prova pericial se faz necessária sempre que a verificação de um determinado fato, controvertido nos autos, depender de conhecimento especial, que refoge ao campo especificamente jurídico, para garantir uma instrução probatória segura e uma decisão justa. Afigura-se descabida a realização de prova pericial nos autos, a fim de se verificar possíveis benfeitorias realizadas no bem objeto da lide, tendo em vista que eventual direito à indenização ou retenção por benfeitorias deveria ter sido exercido perante o agente financiador. Presentes os requisitos para a imissão da posse, quais sejam, prova do domínio e posse injusta, julga-se procedente o pedido inicial. Não pode ser exigido dos apelados indenização por eventual benfeitoria realizada no imóvel, quando da realização do leilão, o preço pago por ele, em princípio, englobou o valor das benfeitorias que lá se encontram. Além disso, não há relação jurídica entre as partes, não devendo ser postulado perante o arrematante qualquer possível direito de retenção ou indenização. É devida a indenização a título de fruição do imóvel, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor/possuidor permaneceu inadimplente na posse do bem, incidindo o percentual de 1% sobre o valor do bem, tendo como termo inicial a data da citação e termo final a data da desocupação. (TJMS. Apelação nº 0047931-69.2012.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 05/07/2016, p: 06/07/2016). (destacado)

Assim, inexitosa a pretensão de indenização por eventuais benfeitorias.

Taxa de fruição e cálculo

Requerem a redução da taxa de fruição para 0,5% calculados sobre o valor de aquisição do imóvel, pena de causar enriquecimento sem causa.

Na sentença fixou-se a taxa de fruição em 1% sobre o valor do imóvel a ser apurado em sede de liquidação.

A partir do momento em que os recorrentes tiveram seu contrato rescindido perante a Caixa Econômica Federal, a ocupação do imóvel passou a ser ilegítima e sem contraprestação, de modo que o ordenamento jurídico, com exceção do comodato, não permite a permanência gratuita do devedor no imóvel de propriedade alheia, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa.

Assim, a taxa de fruição fixada em 1% (um por cento) não se revela abusiva, eis que de acordo com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE RECURSAL – REJEITADA – MÉRITO – IMÓVEL ADQUIRIDO JUNTO A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ATRAVÉS DE LICITAÇÃO – INADIMPLENTO DO PROPRIETÁRIO ANTERIOR – RECUSA EM DESOCUPAR O BEM – PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A IMISSÃO DA POSSE – PROVA DO DOMÍNIO DO BEM E POSSE INJUSTA – TAXA DE FRUIÇÃO – DEVIDA – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. Verificado que a sentença julgou procedente o pedido inicial de imissão de posse, isto é, tendo a parte requerida sido sucumbente, possui interesse recursal em pleitear a reforma da sentença em todos os pontos desfavoráveis. Presentes os requisitos para a imissão da posse, quais sejam, prova do domínio e posse injusta, julga-se procedente o pedido inicial. Não se conhece do recurso na parte relativa às matérias não analisadas pelo magistrado a quo (comprovação da notificação para desocupação do bem), sob pena de se incorrer em julgamento per saltum. É devida a indenização a título de fruição do imóvel, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor/possuidor permaneceu inadimplente na posse do bem, incidindo o percentual de 1% sobre o valor do bem, tendo como termo inicial a data da citação e termo final a de imissão do autor na posse do bem. Não comprovando a apelante a realização das benfeitorias inseridas no imóvel, não há falar em indenização pelas mesmas. (TJMS. Apelação nº 0051104-72.2010.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 01/04/2014, p: 07/04/2014).

Todavia, levando-se em conta que o bem foi adquirido por R\$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil reais) nele já incluído as benfeitorias, revela-se razoável ser considerado este valor como base de cálculo para a taxa de fruição.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso para estabelecer que o valor da aquisição do imóvel - R\$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil reais) -, será a base de cálculo para a taxa de fruição, ficando mantida a sentença nos demais aspectos, inclusive na sucumbência.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0839516-30.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA—APELAÇÕES CÍVEIS—AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS—PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS—NEGLIGÊNCIA DOS ADVOGADOS—ERRO DE DIREITO—FALTA DE PREPARO TÉCNICO—DESCONHECIMENTO DO TEXTO DE LEI E DA JURISPRUDÊNCIA APLICÁVEL AO CASO—RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA—DANO MORAL DEVIDO—DANOS MATERIAIS—ALEGADA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS—AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS—DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO—ARTIGO 373, INCISO I, CPC—RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

A obrigação assumida pelo profissional de direito é de meio - e não de resultado. Todavia, há hipóteses em que se admite a responsabilização civil do causídico, mormente quando comprovada a conduta negligente praticada pelo titular do direito postulatório.

No caso concreto, incorreu o causídico em negligência derivada do erro de direito, teoria abordada pela doutrina que traduz em fato permissivo da responsabilização civil do profissional.

Não há se falar em indenização por danos materiais quando o autor não comprova sua efetiva ocorrência, não cumprindo, dessa maneira, o disposto no artigo 373, inciso I, 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 aos recursos, 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.

Alexsander Niedack Alves, Ronaldo Gracioso Oliveira (réus) e Diego Lenon Silva de Almeida (autor) apelam da sentença do juízo da 10ª vara cível da comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a pretensão do autor para condenar os réus ao pagamento solidário de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, com correção pelo IGP-M/FGV desde a prolação da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da última citação.

Os apelantes Alexsander Niedack Alves e Ronaldo Gracioso Oliveira, em suas razões (f. 431-439), sustentam que, como advogados, desempenham atividade de meio e não de resultado, sempre acompanhando os processos com muito zelo.

Dizem que foram contratados para ajuizar tão somente ação revisional de contrato (Autos nº 0811772-94.2012.8.1.0001), não sendo-lhes outorgada procuração para atuar na Ação de Busca e Apreensão (nº 0818160-13.2012.8.12.0001).

Alegam que foi o apelado que não cumpriu com seu dever na ação revisional de contrato, deixando de efetuar de forma regular os depósitos judiciais referente à consignação em pagamento, motivo pelo qual a instituição financeira ajuizou a ação de busca e apreensão.

Requerem provimento do recurso para que seja afastada a condenação imposta pelo juízo singular.

Já o apelante Diego Lenon da Silva sustenta em suas razões (f. 446-450) que os danos materiais estão devidamente comprovados nos autos, vez que informado na petição inicial e não refutado em contestação, tornando-se fato incontroverso.

Requer provimento do recurso para que os réus sejam condenados ao pagamento de danos materiais consistentes no valor cobrado pelos serviços contratados.

Contrarrazões às f. 452-454; 455-457.

VOTO (EM 12/03/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Alexsander Niedack Alves, Ronaldo Gracioso Oliveira (réus) e Diego Lenon Silva de Almeida (autor) apelam da sentença do juízo da 10ª vara cível da comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a pretensão do autor para condenar os réus ao pagamento solidário de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, com correção pelo IGP-M/FGV desde a prolação da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da última citação.

Os apelantes Alexsander Niedack Alves e Ronaldo Gracioso Oliveira, em suas razões (f. 431-439), sustentam que, como advogados, desempenham atividade de meio e não de resultado, sempre acompanhando os processos com muito zelo.

Dizem que no caso versando foram contratados para ajuizar tão somente ação revisional de contrato (Autos nº 0811772-94.2012.8.1.0001), não sendo-lhes outorgada procuração para atuar na Ação de Busca e Apreensão (nº 0818160-13.2012.8.12.0001).

Alegam que o apelado é que não cumpriu com seu dever na ação revisional de contrato, deixando de efetuar de forma regular os depósitos judiciais referentes à consignação em pagamento, motivo pelo qual a instituição financeira ajuizou a ação de busca e apreensão.

Requerem provimento do recurso para que seja afastada a condenação imposta pelo juízo singular.

Já o apelante Diego Lenon da Silva, sustenta em suas razões (f. 446-450) que os danos materiais estão comprovados nos autos, vez que informado na petição inicial e não refutado em contestação, tornando-se fato incontroverso.

Requer provimento do recurso para que os réus sejam condenados ao pagamento de danos materiais consistentes no valor cobrado pelos serviços contratados.

Contrarrazões às f. 452-454; 455-457.

Passo ao voto.

Da admissibilidade recursal

Os recursos são tempestivos; o autor apelante está dispensado do preparo (f. 406). Quanto aos réus apelantes o preparo foi recolhido, conforme guia e comprovante de f. 493-495.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo os recursos nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012 do CPC, e passo às respectivas análises.

Da responsabilidade civil dos réus

Trata-se de ação de indenização ajuizada pelo apelante Diego Lenon da Silva (autor) contra os também apelantes Alexsander Niedack Alves e Ronaldo Gracioso Oliveira (réus).

Na inicial o autor alegou que contratou os serviços advocatícios em conversa com o réu Ronaldo, para propor ação revisional de contrato bancário de financiamento de veículo, sendo indeferida a liminar para a manutenção na posse do bem.

Disse que a instituição financeira ajuizou ação de busca e apreensão, tendo sido concedida a antecipação de tutela para a retomada do veículo, cujo cumprimento ocorreu em 21/02/2013. Diante disso, procurou o referido réu para orientação, o qual lhe assegurou que o prazo para purgação da mora se iniciaria com a juntada do mandado de busca e apreensão, o que ainda não havia ocorrido.

O autor defendeu que, em verdade, o prazo para purgação seria da execução da liminar, sendo que o réu não possuía conhecimento técnico para o exercício da advocacia vez que seria apenas estagiário. Atribuiu aos réus (Ronaldo - estagiário e Alexsander - advogado) a responsabilidade pelos danos que suportou, requerendo ressarcimento pelos danos materiais e morais.

Na resposta à ação os réus alegaram o cumprimento regular do exercício da advocacia, com a prestação de informações e orientações necessárias ao caso do autor, e que o motivo da propositura da ação de busca e apreensão pela instituição financeira foi a ausência de pagamento das parcelas pelo autor.

A sentença está assim fundamentada (f. 403-404):

É certo que a atividade desempenhada pelo advogado é de meio e não de resultado, ou seja, o causídico não se compromete a sagrar-se vitorioso na causa, pois as obrigações por si assumidas gravitam entre defender o interesse o contratante na demanda, bem como prestar orientação técnica.

(...)

Contudo, na hipótese dos autos, o equívoco na estratégia jurídica adotada pelos réus agravou a situação do requerente, notadamente porque retirou deste a possibilidade de purgar a mora e, por consequência, reaver o bem que fora objeto de busca e apreensão pelo banco credor.

Tais fatos são suficientes para acolher a pretensão de indenização por danos morais, pois restou demonstrada a frustração suportada pelo autor, já que a constituiu os réus como advogados e deles esperavam as orientações jurídicas necessárias para, se não melhorar a situação do contrato de financiamento com a redução das parcelas, ao menos não incorrer em agravamento pela perda do próprio bem.

Restou manifesto o erro dos réus, ainda que pontual, mas suficientes para frustrar o autor em relação à permanência do automóvel, na medida em que os responsáveis por prestar orientação ao cliente acerca dos prazos processuais adequados, que, frise-se, estavam ao alcance dos operadores de direito.

Segundo nos ensina o professor Carlos Alberto Bittar 'a indenização por dano moral objetiva restabelecer o equilíbrio no mundo fático rompido pelas consequências da ação lesiva, porque interessa à sociedade a preservação da ordem existente e a defesa dos valores que reconhece como fundamentais na convivência humana' (Reparação Civil por Danos Morais -, 3º ed. São Paulo: RT, p. 25/26).

Não se olvida o abalo sofrido pelo requerente, que, ao confiar na orientação prestada pelos réus, acabou experimentando frustração além do razoável e comum para negócios desse jaez, notadamente porque tinha intenção de permanecer com o veículo, mas não pôde purgar a mora em razão do prazo equivocadamente computado.

Havendo, in casu, o dano moral indenizável e sendo este uma consequência exclusiva da ação injurídica atribuída aos réus, emerge o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, formando-se o tripé sobre o qual se assenta a sua responsabilidade civil.

Os réus apelantes sustentam que não há responsabilidade a ser-lhe imposta, porquanto não agiram como procuradores do autor na ação de busca e apreensão movida pela instituição financeira.

De fato, do conteúdo probatório existente nos autos verifica-se que não há procuração outorgada aos réus para o patrocínio de defesa na ação de busca e apreensão movida contra o autor.

Contudo, em sua contestação (f. 186-193), o réu Alexsander informou que “*Quanto a ação de busca e apreensão, a liminar foi deferida e o veículo do autor apreendido em 08/02/2013 e a certidão do oficial de justiça foi juntada aos autos em 21/02/2013, data da qual o contestante como advogado do autor, orientou a quitar a mora, emitindo a guia para depósito no dia 18/02/2013 como demonstra o extrato de movimentação da subconta nº 294862 (...)*”. (f. 188, gn).

Ficou evidente que o réu entendeu que o prazo inicial para a purgação da mora era a data em que a certidão do oficial de justiça foi juntada aos autos. Também é fato incontroverso que o réu prestou consultoria jurídica ao autor mesmo sem a outorga de procuração específica para atuar no processo, porquanto lhe orientou a respeito das medidas a serem tomadas após a apreensão do automóvel.

Não obstante, de ver-se que uma das causas ensejadoras do ajuizamento da ação de busca e apreensão foi a consignação em pagamento realizada de forma equivocada. Explica-se:

Na Ação Revisional de Contrato (nº 0811772-94.2012.8.12.0001), o autor, através de seus procuradores - réus apelantes da presente ação - cumulou pedido de consignação em pagamento para que pudesse depositar os valores que entendia serem devidos à instituição financeira, com a finalidade de não ser atingido pelos efeitos da mora.

O magistrado responsável pelo julgamento da ação revisional, ao deferir a consignação dos depósitos das parcelas vincendas nos valores entendido pelo autor como devidos, fundamentou que tal medida não possuía respaldo legal nem jurisprudencial, visto que a jurisprudência era no sentido de que somente o depósito integral do valor devido poderia afastar os efeitos da mora. Desta decisão não houve a interposição de recurso.

Diante disso, mesmo depositando regularmente os valores entendidos como devidos, o autor poderia ser alvo de medidas judiciais e extrajudiciais pela instituição financeira com a finalidade de recebimento do débito integral, fato esse de total conhecimento de seus advogados.

Como esperado, a instituição financeira, ante o depósito insuficiente das parcelas, ajuizou a ação de busca e apreensão, obtendo a liminar que restou cumprida em 08/02/2013.

Ora, a propositura da ação de busca e apreensão pela instituição financeira era esperada. Isto porque, ainda que o autor efetuasse os depósitos das parcelas vincendas no valor incontroverso dentro do prazo, mesmo assim continuaria em mora, abrindo margem para a instituição financeira perseguir o saldo devedor remanescente que, até então, era de fato devido, porquanto não havia ocorrido pronunciamento jurisdicional acerca da revisão das cláusulas contratuais.

Desta forma, ficou comprovada a responsabilidade dos réus por falta de preparo técnico, uma vez que, à época, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal de Justiça era uníssono no sentido de que apenas a consignação do valor integral do débito poderia afastar os efeitos da mora. (TJMS, AgRg em AgI n. 2009.009009-9/0001-00, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 07.05.2009; AgRg n. 2009.007889-7/0001-00, Rel Des. Luiz Carlos Santini, j: 30.04.2009).

Presume-se, pois, que os advogados em geral estejam atualizados com as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, a fim de prestar melhor assessoria jurídica aos seus clientes.

É por essa razão que os réus sabiam, ou deveriam saber, que a consignação em pagamento de valor inferior ao pactuado não impediria a instituição financeira de buscar o recebimento do débito em seu valor integral nas vias judiciais ou extrajudiciais, e a busca e apreensão do bem.

Contudo, optaram mesmo assim em consignar em juízo as parcelas a menor, motivo pelo qual o resultado foi o esperado: o ajuizamento de ação de busca e apreensão contra seu cliente, ora autor, tendo ocorrido negligência por parte dos causídicos.

É sabido que a relação cliente-advogado decorre de contrato de prestação de serviços, tendo como fundamento uma obrigação de meio e não de resultado, tendo em vista a incerteza do resultado da decisão judicial.

Então, diante da ausência de obrigação do causídico de lograr-se vitorioso na demanda, sua responsabilidade civil por supostos danos ocorridos é subjetiva, ou seja, necessita de elementos probatórios que comprovem ter concorrido com culpa para a produção do resultado. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – OBRIGAÇÃO DE MEIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO DEMONSTRAM NEGLIGÊNCIA NA CONDUTA DO CAUSÍDICO – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A obrigação assumida pelo profissional do direito é de meio e não de resultado. Neste tipo de contrato o objeto da obrigação não é o êxito na causa ou a absolvição do cliente e sim o desempenho cuidadoso e consciente do mandato, dentro da técnica usual. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a famigerada perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. (TJMS. Apelação n. 0818997-34.2013.8.12.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, j: 05/12/2018, p: 06/12/2018).

Existe em parte da doutrina a teoria de responsabilidade civil do advogado por erros de fato e de direito ocorridos, que se amolda no caso em questão.

O erro de direito ocorre quando o advogado não possui os conhecimentos necessários para atuar na área em que atua, não se mantendo atualizado da lei, doutrina e jurisprudência.

Sobre o tema José da Aguiar Dias⁵ leciona que:

(...) Quanto aos erros de direito, é preciso distinguir: só o erro grave, como a desatenção à jurisprudência corrente, o desconhecimento do texto expresso da lei de aplicação frequente ou cabível no caso, a interpretação abertamente absurda, podem autorizar a indenização contra o advogado, porque traduzem desinteresse pelo estudo da causa ou do direito a aplicar, ou então, caracterizando ignorância, que se torna indesculpável, porque o profissional é obrigado a conhecer seu ofício sem que seja obrigado a mostrar um valor excepcional na profissão. O fato de ter um diploma não estabelece presunção a favor do profissional, mas é um índice que ele tem que se honrar.

No caso em questão, há evidente erro de direito praticado pelos réus, a saber:

Desconhecimento do texto de lei aplicável ao caso, qual seja, art. 3º, §§ 1º e 2º do Decreto-lei nº 911/1969, que dispõe que o prazo para purgar a mora será contado a partir da execução da liminar; e

Desatualização quanto ao entendimento da jurisprudência da época, de que apenas a consignação do montante integral do débito poderia afastar os efeitos da mora e, por conseguinte, obstar o possível ajuizamento de ação de busca e apreensão.

⁵ Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 293, v. I

O erro de direito advém da negligência do advogado, refletindo em seu despreparo/falta de habilitação técnica para o desempenho efetivo de seu trabalho.

Frisa-se que não se está determinando aos advogados que detenham conhecimento sobre todas as leis existentes no país, até porque isso é humanamente impossível, mas sim que, antes de ajuizar uma demanda, estudem a viabilidade e a estratégia a ser adotada, uma vez que medidas equivocadas refletem em prejuízos aos clientes.

Assim, sobeja comprovada a responsabilidade civil dos réus diante da negligência com que agiram durante a prestação de serviços advocatícios ao autor, sendo a manutenção desta parte da sentença medida que se impõe.

Dos danos materiais

O autor apelante pretende a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais em decorrência das despesas que teve com a contratação da prestação de serviços advocatícios.

Diz que os próprios réus juntaram aos autos o contrato de prestação de serviço no qual consta o valor cobrado para a realização dos trabalhos forenses (f. 412-413), fazendo jus, portanto, à indenização.

A magistrada singular julgou o pedido improcedente, fundamentando que:

“(...) com relação aos danos materiais ‘consistentes nas despesas que tiveram na ação para qual foram os mesmos contratados para laborar’ (f. 15), verifico que o autor não apresentou nenhum comprovante acerca dos pagamentos efetuados aos réus, seja mediante transferência bancária ou recibo, razão pela qual não há falar em restituição de valores.” (f. 405).

A sentença deve ser mantida também nesta parte.

Em momento algum da instrução processual o autor juntou documentos que comprovassem ter ele efetuado os pagamentos aos quais se comprometeu no contrato de f. 412-414.

A indenização por dano material somente ocorre se a parte conseguir provar os danos materiais que de fato suportou, porquanto a finalidade do instituto é justamente o ressarcimento pelas despesas. Não há indenização sem que haja a prévia comprovação de que tenha ocorrido dano material.

Como no caso dos autos o autor não comprovou que realizou os pagamentos dos honorários advocatícios contratuais, não há como reconhecer que a ele é devida uma indenização, por ausência de cumprimento do disposto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Decidir em sentido contrário, garantiria ao autor um ressarcimento sem comprovação da ocorrência de danos materiais e incorreria, sem sombra de dúvidas, em seu enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, haja vista que impossível se faz a presunção de um prejuízo de ordem material.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESCRIÇÃO – FAZENDA PÚBLICA – PRAZO QUINQUENAL – DECRETO Nº 20.910/32 – PRECEDENTES DO STJ E DESTA TRIBUNAL – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - RECURSO DESPROVIDO. 1. Aplica-se ao caso o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que expressamente prevê o prazo prescricional quinquenal, a qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, contados da data do ato ou fato do qual se originara. 2. O alegado ato ilegal foi proferido em 21 de fevereiro de 2008 (f. 59), momento em que ocorreu a violação do suposto direito e nasceu a pretensão para postulá-lo judicialmente. Contudo, o autor não o pleiteou no momento oportuno, já que a inicial foi ajuizada apenas em 16/08/2017. E mesmo que se considere como termo inicial a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 04/06/2009, que revogou o ato judicial anterior, ainda assim o direito pleiteado estaria prescrito. 3. Quanto aos danos materiais, não

consta nos autos qualquer documento que comprove a efetiva diminuição de seu patrimônio, não sendo possível presumir o dano sofrido. Recurso desprovido. (TJMS. Apelação n. 0825159-06.2017.8.12.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 19/11/2018, p: 21/11/2018).

Posto isso, conheço dos recursos e a ambos nego provimento.

Em razão do desprovimento dos recursos, fica mantida a sucumbência recíproca reconhecida em primeiro grau, devendo os honorários advocatícios serem majorados para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 11, CPC).

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 26/03/2019 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Alexandre), após o relator negar provimento aos recursos. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 26/03/2019)

O Sr. Des. Alexandres Bastos. (2º Vogal).

Pedi vista para apreciar melhor a questão posta em análise, mormente, quanto à tese dos recorrentes de que não teriam procuração para atuar na ação de busca e apreensão, que é de onde derivou o ato que culminou na indenização aqui discutida (dano moral por apreensão de veículo por purgação da mora intempestivamente). Em outros termos, alega que somente foram contratados para propor a anterior ação revisional de contrato cumulada com consignação em pagamento.

E analisando o caso posto à apreciação é que forma convicção pela manutenção da sentença e em acompanhar o nobre relator, vez que se eles foram contratados ou não para atuar na ação de busca e apreensão este fato é acessório para o fato gerador do dano moral.

Isso porque, a expedição de guia para purgação da mora dentro da ação de busca e apreensão foi feita pelo apelante/advogado, Doutor Alexander Niedack Alves, como se vê às f. 221, como se vê do “Sistema de Gestão da Conta Única”.

Ora, se o ato que chama a indenização por dano moral é a perda de uma chance de purgar uma mora por ter sido feito de forma intempestiva, então, pouco importa quem seja o advogado que tenha procuração para atuar na ação de busca e apreensão, mas sim, quem foi o titular do ato que recaiu a intempestividade da tal purgação da mora, ou seja, o apelante, Doutor Alexander Niedack Alves.

Inclusive, a tesa da defesa está a confessar que agiu na contramão do Código de Ética da OAB (art. 11º do EOAB), uma vez que afirma que o advogado para atuar na ação de busca e apreensão era outro colega, contudo, “*atravessou o mesmo*” em expedindo guia de pagamento fora do prazo. De duas uma: ou confessa ato disciplinar ou não está em afirmar a verdade dos fatos em sua tese de defesa aqui apresentada. Prefiro crer que seja esta última!

Até porque, o outro apelante/requerido, Doutor Ronaldo Graziuso, deixou assente à f. 225 que a partir da juntada aos autos do mandado de busca e apreensão, o seu cliente teria o prazo de cinco dias para purgar a mora, tese que fora amplamente reforçada na conversa registrada no áudio às f. 389.

Por fim, em face do pedido do autor da ação para que os advogados requeridos sejam condenados a devolver o que pagou a título de honorários raia à má fé processual, uma vez que fez qualquer prova de pagamento de honorários, de forma que é impossível em restituir o que não foi entregue. Inclusive, este pedido é vedado e consideração com enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil.

Isto posto e demais que dos autos consta, acompanho o relator.

6 “O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste (...)”.

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, negaram provimento aos recursos, 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 0807460-65.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – LIBERDADE DE CRENÇA – ART. 5º, VI, VII, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EDITAL DE SELEÇÃO INTERNA – LIBERDADE RELIGIOSA QUE NÃO SE SOBREPÕE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E VINCULAÇÃO DO EDITAL – ORDEM DENEGADA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O Estado Brasileiro é laico e qualifica como direito fundamental a liberdade de religião, permitindo a objeção de consciência conforme determina a Constituição Federal com o fim de garantir o exercício religioso de todas as crenças (art. 5º, VI, VII, VIII, CF). Entretanto, a escusa consciente não pode ser entendida como preceito fundamental absoluto, ainda mais quando o que está em jogo é o interesse público e a isonomia entre ocupantes de cargo público, ou seja, a liberdade religiosa não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, isonomia e vinculação do edital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, desprover o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Emerson Vicente Rodrigues apela da sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, no mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Assessor de Planejamento e Projetos da Secretaria Municipal de Segurança e Defesa Social do Município de Campo Grande, denegou a segurança, indeferindo o pedido de reposição das aulas do Curso de Capacitação para Utilização de Armamento Letal em outro dia da semana, que não seja o período compreendido entre o pôr do sol de sexta-feira e o pôr do sol de sábado, em razão de sua convicção religiosa não permitir quaisquer atividades seculares neste interregno.

O apelante, em suas razões (f. 169-180), informa que o juízo singular adotou a tese de que, havendo conflito entre dois princípios constitucionais (liberdade e crença religiosa), deve prevalecer o interesse público sobre o particular.

Sustenta que busca aperfeiçoar a prestação de serviço à população, razão pela qual se inscreveu no Processo Simplificado de Seleção Interna para a Capacitação de Guardas Cíveis Municipais na Utilização de Armamento Letal, não cabendo a utilização do princípio da supremacia do interesse público no presente caso como fez o juízo *a quo*.

Aduz que:

“(...) resta indubitoso a liquidez e a certeza do direito invocado, pois o ato da autoridade é claramente ilegal e abusiva, tendo em vista a alegação na defesa que não haver novos cursos de formação e posteriormente convocar novos candidatos para um novo curso de formação, devendo este sodalício franquear a participação do mesmo no certame em destaque”.

Pugna pelo provimento do recurso para determina que a autoridade coatora proceda a participação do apelante no Curso de Formação ou alternativamente determinar que abone as faltas ou ainda que mesma determine a prestação de obrigações alternativas para que o apelante possa cumprir satisfatoriamente suas obrigações curriculares.

Contrarrazões às f. 191-201.

A PGJ opinou pelo desprovimento do recurso (f. 210-217).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Emerson Vicente Rodrigues apela da sentença proferida pelo juízo da 4ª vara de fazenda pública e de registros públicos da comarca de Campo Grande que, no mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Assessor de Planejamento e Projetos da Secretaria Municipal de Segurança e Defesa Social do Município de Campo Grande, denegou a segurança, indeferindo o pedido de reposição das aulas do Curso de Capacitação para Utilização de Armamento Letal em outro dia da semana, que não seja o período compreendido entre o pôr do sol de sexta-feira e o pôr do sol de sábado, em razão de sua convicção religiosa não permitir quaisquer atividades seculares neste interregno.

O apelante, em suas razões (f. 169-180), informa que o juízo singular adotou a tese de que, havendo conflito entre dois princípios constitucionais (liberdade e crença religiosa), deve prevalecer o interesse público sobre o particular.

Sustenta que busca aperfeiçoar a prestação de serviço à população, razão pela qual se inscreveu no Processo Simplificado de Seleção Interna para a Capacitação de Guardas Civis Municipais na Utilização de Armamento Letal, não cabendo a utilização do princípio da supremacia do interesse público no presente caso, como fez o juízo *a quo*.

Aduz que:

“(...) resta indubitoso a liquidez e a certeza do direito invocado, pois o ato da autoridade é claramente ilegal e abusiva, tendo em vista a alegação na defesa que não haver novos cursos de formação e posteriormente convocar novos candidatos para um novo curso de formação, devendo este sodalício franquear a participação do mesmo no certame em destaque”.

Pugna pelo provimento do recurso para determinar que a autoridade coatora proceda a participação do apelante no Curso de Formação ou alternativamente determinar que abone as faltas ou ainda que a mesma determine a prestação de obrigações alternativas para que o apelante possa cumprir satisfatoriamente suas obrigações curriculares.

Contrarrazões às f. 191-201.

A PGJ opinou pelo desprovimento do recurso (f. 210-217).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX, garante à pessoa a impetração do mandado de segurança para a proteção de 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.

É que:

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.¹

Nesses termos, compete ao impetrante, para fins de mandado de segurança, demonstrar seu direito líquido e certo, e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sobre o mandado de segurança, diz José da Silva Pacheco que:

Ele será emitido para proteger direito líquido e certo. Se não houver tal direito a ser protegido ou assegurado, não tem razão para o mandado e, desse modo, não deve ele ser outorgado. A proteção de direito líquido e certo constitui-se, pois, em: a) finalidade do mandado de segurança e b) razão de ser o mesmo pleiteado e concedido. Daí desdobrar-se nos aspectos: a) de fundamento ou requisito básico para o exercício da ação de mandado de segurança e b) de fundamento da sentença mandamental de segurança.²

A inexistência de qualquer dos requisitos essenciais do direito pleiteado no mandado de segurança - liquidez e certeza - leva à improcedência da referida garantia constitucional.

Pois bem. No caso versando a controvérsia se resume em saber se o impetrante possui ou não o direito de ser dispensado do curso de capacitação que se inscreveu (Processo Simplificado de Seleção Interna para a Capacitação de Guardas Municipais na Utilização de Armamento Letal), no período compreendido entre o pôr do sol de sexta-feira ao pôr do sol de sábado, por motivos religiosos.

De fato, o Estado Brasileiro é laico e qualifica como direito fundamental a liberdade de religião, permitindo a objeção de consciência conforme determina a Constituição Federal com o fim de garantir o exercício religioso de todas as crenças:

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:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Entretanto, a escusa consciente não pode ser entendida como preceito fundamental absoluto, ainda mais quando o que está em jogo é o interesse público e a isonomia entre ocupantes de cargo público, ou seja, a

1 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 153.

2 PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 112.

liberdade religiosa não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, isonomia e vinculação do edital (Edital de Seleção Interna nº 006/2017 - SESDE).

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ESCRIVÃO DE POLÍCIA – MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA – REALIZAÇÃO DE EXAME EM HORÁRIO DIVERSO – GUARDA DOS SÁBADOS. ISONOMIA. A liberdade de crença, prevista na Constituição Federal, não se sobrepõe à isonomia do certame e ao princípio da legalidade. Assim, se o edital do certame marca a realização da prova subjetiva do concurso em determinada data e horário, impossível garantir direito à realização do exame em horário diverso para o candidato religioso. Precedentes. Agravo de Instrumento Desprovido. (TJRS - Agravo de Instrumento Nº 70078753332, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Francesco Conti, j. 21/11/2018).

APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDOR PÚBLICO – MUNICÍPIO DE SÃO MARCOS – MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSORES MEMBROS DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA – ABONO E JUSTIFICAÇÃO DE FALTAS ÀS ATIVIDADES E EVENTOS ESCOLARES REALIZADOS NOS SÁBADOS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA, PELOS PROFESSORES DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL, DO CALENDÁRIO ESCOLAR ANUAL – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E ISONOMIA – PRECEDENTES – NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (TJRS - Apelação Cível Nº 70072531411, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. 25/05/2017).

In casu, não se está obrigando o impetrante a violar sua crença e abrir mão de sua liberdade religiosa. Porém, também não se pode pretender que esta liberdade seja fundamento para autorizar a violação aos princípios que norteiam a administração pública.

Como ressaltou o juízo singular, o impetrante “*ao deixar de impugnar o Edital de abertura, concordou tacitamente com todas as suas regras, às quais deve se submeter, independentemente de credo, assim como os demais candidatos, sob pena de violação também do princípio da impessoalidade.*”

Desta forma, evidente que o ato impugnado está de acordo com as determinações legais e constitucionais, não havendo direito líquido e certo do impetrante à horário diferenciado para a realização do Processo Simplificado de Seleção Interna para a Capacitação de Guardas Municipais na Utilização de Armamento Letal em razão de sua crença, como decidido.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, desproveram o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0841363-28.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E DE NULIDADE DO TÍTULO AFASTADAS – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA – MÉRITO – ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PENHORA – CITAÇÃO DO CÔNJUGE DESNECESSÁRIA – ELEIÇÃO DO IMÓVEL SOBRE O QUAL RECAI A CONSTRIÇÃO A CARGO DO OFICIAL ANALISTA, APÓS LEVANTAMENTO DE BENS EM NOME DO DEVEDOR NO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS – ORDEM DE BENS INDICADA NO ART. 11 DA LEF A SER OBSERVADA PELO DEVEDOR – EXCESSO DE EXECUÇÃO IRRELEVANTE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não é requisito da execução fiscal a apresentação da planilha de débito. O título que instrui a inicial traz em seu bojo todos os requisitos estabelecidos no § 5º do art. 2º da LEF, identificando o débito, os encargos, os índices, os quantitativos e os períodos através de legendas, acompanhadas de nota explicativa.

A chancela eletrônica e/ou mecânica é adotada pela legislação federal e desfruta de fé pública de autenticidade. Prova em sentido contrário está a cargo do contribuinte, que dela não se desincumbiu. Regularidade do título.

A demora na citação do contribuinte no caso concreto importa em falha atribuível ao Poder Judiciário. Logo, inviável acolher a prescrição intercorrente quando a tramitação do processo não estava condicionada à atuação do ente público.

Não procede a pretensão do apelante de macular a penhora realizada na execução fiscal pelo oficial analista. A constrição tem finalidade de garantia do juízo; a regra de precedência (art. 11, LEF) dirige-se ao contribuinte-devedor. A inércia do devedor na garantia do juízo possibilita a constrição do bem encontrado pelo oficial analista, cujo bem, no curso da demanda, poderá ser substituído, principalmente para evitar o excesso de penhora.

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, afastar as preliminares e a prejudicial e, no mérito, desprover o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luiz Alberto Ramalho Pedrosa apela da sentença que julgou improcedente os embargos a execução fiscal opostos contra o Município de Campo Grande.

Reitera a preliminar de inépcia da inicial. Alega equívoco do juiz em refutá-la porque o § 5º do artigo 2º da LEF, arrola os requisitos da peça, e a apresentada pelo apelado não expõe a forma de se calcular juros de mora, correção monetária e demais encargos. A planilha discriminada do cálculo é, portanto, documento essencial e que deve acompanhá-la.

Destaca ainda irregularidade formal no que diz respeito a autenticação da autoridade na CDA. Trata-se de exigência legal (§ 6º, art. 2º, LEF).

Reforça a prescrição. Diz ser inconcebível a estagnação do processo por 6 anos e o reconhecimento pelo juízo da desincumbência do apelado e do próprio judiciário em fazer com que o processo tenha tramitação regular e contínua.

Reporta-se a latente nulidade da penhora em razão de não ter sido citada sua esposa, requisito indispensável quando o devedor for casado.

Diz ser evidente o excesso de penhora: o bem vale R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) e a dívida executada R\$ 1.000,00. Logo, a escolha do bem a ser penhorado alheia a ordem do art. 11 da Lei nº 6.830/50 importa em ofensa a tal dispositivo.

Requer acolhimento da preliminar; ou da prescrição; ou ainda a reforma integral.

Contrarrazões às f. 209-214 pela rejeição da preliminar e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Luiz Alberto Ramalho Pedrosa apela da sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida nos embargos à execução fiscal que ajuizou contra o Município de Campo Grande.

Argui preliminar de inépcia da inicial. Alega equívoco do juiz em refutá-la porque o § 5º do artigo 2º da LEF, traz os requisitos da referida peça, destacando que o apelado não expõe a forma de cálculo dos juros de mora, correção monetária e demais encargos. A planilha discriminada do cálculo é, portanto, documento essencial e que deve instruí-la.

Destaca ainda irregularidade formal do título, por ausência de autenticação da autoridade na CDA, o que aponta como exigência legal, nos termos do § 6º, art. 2º, LEF.

Sustenta que houve prescrição da pretensão de cobrança. Diz ser inconcebível a estagnação do processo por 6 anos e o reconhecimento pelo juízo da desnecessidade do apelado e do próprio Judiciário em fazer com que o processo tenha tramitação regular e contínua.

Reporta-se à latente nulidade da penhora, em razão de não ter sido citada sua esposa, requisito indispensável quando o devedor for casado.

Diz ser evidente o excesso de penhora, uma vez que o bem vale R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) e a dívida executada R\$ 1.000,00 (mil reais). A seu ver, a escolha do bem a ser penhorado de forma alheia à ordem do art. 11 da Lei nº 6.830/50 importa em ofensa a tal dispositivo.

Requer acolhimento das preliminares ou da prejudicial de prescrição; caso ultrapassadas, no mérito pede a reforma integral da sentença, para o acolhimento dos embargos.

Contrarrazões às f. 209-214.

Juízo de admissibilidade

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.

O recurso é tempestivo. Após intimar apelante para fazer prova da hipossuficiência, juntou ele aos autos comprovante do preparo (f. 227-228).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Preliminares

Inépcia da inicial

A irregularidade formal, na visão do apelante, decorre da petição inicial não estar acompanhada da planilha de cálculo do débito e da autenticação da autoridade na CDA.

Qualquer das alegações, contudo, não possibilita a reforma da sentença. Explico.

O § 5º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal elenca como requisitos do título os seguintes:

§ 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; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

O título em questão, acostado às f. 24 dos autos, indica a espécie de tributo lançado, o valor da dívida, e no campo 'discriminação do crédito', traz todas os dados indicados nos incisos II a VI acima transcritos.

É bem verdade que o faz através de legendas. Contudo, formulou notas explicativas de cada um destes aspectos.

Quanto aos juros de mora e correção monetária, também sem razão o apelante. Isto porque consta na parte final da CDA a incidência de correção monetária e o índice aplicado, bem como há menção aos juros de mora, identificando o percentual e o *dies a quo* e *ad quem* da incidência.

A respeito veja-se a jurisprudência:

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Apelação interposta nos autos dos embargos à execução, que julgou improcedente o pedido, que objetivava a desconstituição da CDA que instrui a execução fiscal. 2. O recorrente requer, em sede recursal, que a multa que deu origem a execução fiscal seja declarada nula, uma vez que, nos autos de outro processo executivo, todas as multas impostas ao apelante pelo CRF, anteriores a agosto de 2014, foram anuladas. 3. O recurso deve combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica e naquilo que ela lhe nega pedido. Não atende ao princípio da dialeticidade o recurso que não impugna todos os fundamentos que justificariam a reforma da sentença. 4. No caso, o apelante, em seus embargos à execução, postulou (i)

a extinção do processo executivo por ausência de planilha de cálculos; (ii) a suspensão da execução nos termos do artigo 917, VI do CPC/2015; (iii) a redução do valor executado devido ao excesso. A sentença julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que o art. 6º da LEF não exige apresentação de memória de cálculo, além do que o demandante, apesar de ter alegado excesso, não apresentou o valor que entende devido. 5. Por outro lado, não há risco de decisões conflitantes. O crédito inscrito na CDA, que instrui a ação executiva, é originário do auto de Infração lavrado fora do período previsto na decisão proferida nos autos do processo executivo que anulou as autuações anteriores a agosto de 2014. 6. Conforme orientação da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo CPC; a) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; c) condenação em honorários advocatícios desde a origem, no feito em que interposto o recurso (STJ, 2ª Seção, AgInt nos EREsp 1539725, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJE 19.10.2017). 7. A condenação em honorários advocatícios na origem foi estabelecida em 20% sobre o valor da causa (R\$ 4.688,15), no grau máximo, não cabendo, assim, a sua majoração, eis que ultrapassaria o limite previsto no artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015. 8. Apelação não provida. (TRF 2ª R.; AC 0500175-70.2016.4.02.5112; Quinta Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Ricardo Perlingeiro; Julg. 03/07/2018; DEJF 13/07/2018).

(...) A planilha de cálculo não é requisito legal da CDA, sendo necessário apenas a indicação na CDA da fundamentação legal sobre a forma de calcular os juros e a correção monetária e o termo inicial da cobrança. 4. Conquanto as atribuições da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional tenham sido, inicialmente, regulamentadas pela Lei Complementar nº 73/93, é certo que a matéria não se enquadra dentre aquelas reservadas à competência desse tipo normativo, podendo ser tratada também por Lei Ordinária, tendo em vista inexistir hierarquia entre elas, apenas reserva de competência, como já definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG (Rel. Min. Gilmar Mendes, pub. DJE 29.09.2008). 5. Nada obstante o FGTS não possua natureza tributária, aplicam-se à sua cobrança as disposições da Lei nº 6.830/80, por se tratar de dívida da Fazenda Pública, nos termos do que dispõe o art. 2º citada legislação (Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.). 6. Agravo de instrumento improvido. (TRF 4ª R.; AG 5000347-66.2018.4.04.0000; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Sebastião Ogê Muniz; Julg. 22/05/2018; DEJF 24/05/2018).

Rejeita-se, pois, a preliminar de inépcia da petição inicial.

Nulidade CDA – ausência de autenticação

Também sem razão o apelante quando destaca a ineficiência da inicial em razão da CDA não estar autenticada pelas autoridades que a emitiram.

Dispõe o § 2º do art. 2º da LEF que “A certidão de dívida ativa conterà os mesmos elementos do Termo de inscrição e será autenticada pela autoridade competente”.

O art. 25 da Lei nº 10522/2002, por sua vez, dita a seguinte regra:

(...) Art. 25. O termo de inscrição em dívida ativa da união, bem como o das autarquias e fundações públicas federais, a certidão de dívida ativa dele extraída e a petição inicial em processo de execução fiscal poderão ser subscritos manualmente, ou por chancela mecânica ou eletrônica, observadas as disposições legais.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, à inscrição em Dívida Ativa e à cobrança judicial da contribuição, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva, relativos ao fundo de garantia do tempo de serviço.

Conforme o acima transcrito, contata-se que se trata de procedimento que alcança a federação, gozando tanto a chancela mecânica como a eletrônica de credibilidade suficiente para a formação do documento.

Prova em contrário estava a cargo do apelante, que dela não se desincumbiu, razão porque não há como acolher a nulidade do título com base nesta alegação.

Rejeitada, também, a preliminar de nulidade do título.

Prescrição

Pretende o apelante a extinção da dívida por suposta prescrição intercorrente, em razão do processo ter ficado paralisado por mais de 5 anos.

Observa-se dos autos da execução que o ajuizamento se deu em novembro/2011. O despacho de recebimento e determinação das providências iniciais foi proferido em março/2012, expedindo-se o mandado de citação apenas em 26.04.2016 (pasmem: quatro anos para expedir um mandado de citação!). A diligência inaugural (citação) foi cumprida em 05.10.2017 e as subsequentes (penhora, avaliação e averbação às margens da matrícula no SRI local) em 20.10.2017. Por fim, a intimação do ato de penhora se concretizou em 26.10.2017, juntando-se o mandado exaurido em 14.11.2017.

Porém, antes da juntada do mandado o apelante ingressou nos autos e, via incidente de objeção de pré-executividade, arguiu a prescrição da pretensão de cobrança, tese, no entanto, retomada e decidida nestes embargos.

Há, de fato, uma morosidade do Judiciário na formação da relação jurídico-processual na execução fiscal. No entanto, evidente que tal falha não pode atingir o Município, porque nenhuma providência lhe foi determinada.

Compreendo por prescrição intercorrente aquela reconhecida pelo juízo quando, depois de suspenso o curso da execução, por não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, os autos são arquivados, assim permanecendo ao longo do prazo prescricional. Não foi o que ocorreu na presente execução fiscal.

Estabelece o art. 40 da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução fiscal) que:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

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

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

In casu, aplica-se a Súmula 106 do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

Não é possível, pois, prejudicar o apelado com a decretação da prescrição de seu direito. O que se observa é que a Fazenda Municipal aguardava ato do juízo (citação do devedor), tendo em vista que a ação foi recebida de forma regular, sem conter qualquer menção à necessidade de se emendar a inicial.

Afasta-se, assim, a prejudicial de prescrição.

Mérito

Nulidade da penhora

Defende o apelante a nulidade da penhora, por ausência de citação de sua esposa, por inobservância da ordem (art. 11, Lei 6.830/50) e por excesso.

Ocorre que o art. 8º da LEF não inclui no polo passivo da execução fiscal o cônjuge. Dispõe o referido art. 8º que: “*O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução...*”.

No que diz respeito à constrição, quer em relação a ordem, quer quanto ao excesso, também afastada a pretensão de reforma do apelante sob esta ótica, porque a penhora, nesta modalidade de processo, tem por finalidade garantir a execução (art. 9º), tanto que, ao ser citado, tem o devedor a faculdade de:

“I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.”

A eleição do bem para penhora foi feita pelo oficial analista, após pesquisas junto ao Serviço de Registro de Imóveis, o que foi feito em decorrência da omissão do apelante em fazê-lo.

O oficial analista, ao contrário do alegado pelo apelante, não está adstrito à ordem do artigo 11. Observa-se do teor do artigo 9º que a ordem é destinada ao contribuinte devedor.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Os honorários, arbitrados em 10% sobre o valor do proveito econômico, ficam, por força do disposto no § 11 do art. 85 do CPC, majorados em 5%, totalizando 15% sobre a mesma base de cálculo.

Optando o apelante por recolher o preparo e não juntar documentos para se avaliar a hipossuficiência declarada, incutiu no ânimo deste relator, a capacidade para custear as despesas do processo, razão porque, caso a gratuidade da justiça deferida, e o condeno ao pagamento de todas as despesas do processo que tiver deixado de adiantar, tal como determina o parágrafo único do art. 100, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e a prejudicial e, no mérito, desproveram o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801130-23.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – LOCATÁRIA SUJEITA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUJEIÇÃO AO JUÍZO NATURAL – SUSPENSÃO RECUPERACIONAL INAPLICÁVEL – NÃO SUJEIÇÃO DO PROPRIETÁRIO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO DESPEJO – DISPENSA DE CAUÇÃO (ART. 64 DA LEI Nº 8.245/1991) – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Em matéria de nulidade processual predomina os princípios da finalidade e do prejuízo. Significa dizer que não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Na hipótese específica não se há falar em nulidade da ausência de intimação para manifestação sobre documentos que esboçam a continuidade da inadimplência, já que o interessado não alegou que tivesse sofrido algum prejuízo em razão disso, ou seja, não alegou que pretendia contrapor-se à alegação de inadimplência ou habilitação do crédito locatício nos autos da recuperação.

Segundo orientação do STJ, *Em ação de despejo movida pelo proprietário locador, a retomada da posse direta do imóvel locado à sociedade empresária em recuperação judicial, com base nas previsões da lei específica (a Lei do Inquilinato nº 8.245/91), não se submete à competência do Juízo universal da recuperação; o credor proprietário de imóvel, quanto à retomada do bem, não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 49, § 3º).*

A execução provisória do despejo fundada nas situações do artigo 9º da lei do inquilinato - dentre as quais a falta de pagamento (inciso III) -, dispensa a exigência de caução, por força da expressa previsão do art. 64 da lei do inquilinato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de maio de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Bigolin Materiais de Construção Ltda e outros apelam da sentença proferida na ação de despejo cumulada com cobrança ajuizada por Terra Nobre Imóveis Ltda-ME, cujo trâmite ocorreu no juízo da 9ª Vara Cível desta Capital.

A pretensão da autora foi julgada procedente,

“(...) para declarar a rescisão do contrato de locação e termo aditivo e condenar os réus (locatária e fiadores), solidariamente, ao pagamento das obrigações principais e acessórias, vencidas e vincendas, desde a data da referida reiteração de inadimplemento -observando-se que o débito anterior, do tempo do ajuizamento desta (dezembro de 2.015 a fevereiro de 2.016), já foi objeto de habilitação nos autos da ação de recuperação judicial (f. 90-91), com acréscimo dos encargos estipulados no contrato e incidência de correção monetária e juros legais, em favor da autora, decretando o despejo da locatária. (f. 104).”

Em suas razões, os apelantes suscitam preliminar de cerceamento de defesa, porquanto proferida sentença sem que fosse dada oportunidade aos réus de se manifestarem acerca dos documentos juntados às f. 99-100, malferindo, assim, a regra do art. 437, § 1º, CPC e art. 5º, LV, CF.

Destacam que o art. 64 da lei do inquilinato preconiza que a execução provisória de despejo motivada na falta de pagamento deve ser garantida por caução não inferior a doze meses de aluguel, o que não foi observado pelo julgador singular ao proferir a sentença.

Relatam que a empresa se encontra em processo de recuperação judicial, sendo deferida a seu favor a suspensão das ações e execuções contra si ajuizadas, nos termos do art. 6º § 4º e art. 52, III da Lei nº 11.01/2005, conforme decisão proferida nos Autos do Processo nº 0803500-72.2016.8.12.0001, que tramita na vara de falência, recuperações, insolvência e cartas precatórias cíveis desta Capital. Ademais, os atos que possa interferir no cumprimento do plano de recuperação somente podem ser decididos pelo juízo falimentar.

Apontam a habilitação do crédito, pela autora, através do incidente de impugnação ao crédito distribuída aos autos de recuperação judicial em 04/07/2016 (Autos nº 0026634-64.2016.8.12.0001), que à época totalizava R\$ 68.276,79 (sessenta e oito mil, duzentos e setenta e seis reais e setenta e nove centavos), relativo aos alugueres de dezembro/2015, janeiro e fevereiro de 2016, além dos encargos da locação, com juros, correção monetária e honorários advocatícios, assim como débitos relativos à IPTU dos anos de 2015 e 2016.

Ponderam que além dos prejuízos efetivos de ordem financeira, o despejo ocasionará danos de ordem social, em razão da demissão de funcionários, comprometendo também o sucesso da demanda recuperacional, na medida em que trará dificuldades a obtenção de receitas fundamentais à satisfação de seu plano de recuperação judicial.

Requerem provimento do recurso no efeito suspensivo. No mérito, o provimento, para que seja declarada nula a sentença, seja porque suprimiu-se a fase instrutória, seja por não se ter observado a necessidade da suspensão da ação determinada no juízo recuperacional ou, ainda, por estar o débito submetido ao processo de recuperação judicial, devendo seu adimplemento ocorrer nos moldes do plano de recuperação judicial.

Contrarrazões às f. 149-164.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Admissibilidade.

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 (f. 181-183).

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.

Preliminar de cerceamento de defesa

Os apelantes alegam que a sentença deve ser declarada nula por ter sido proferida sem que o magistrado desse aos réus a oportunidade de se manifestarem a respeito dos documentos juntados pela autora às f. 99-100.

Como se sabe, em matéria de nulidades processuais predomina os princípios da finalidade e do prejuízo. Significa dizer que não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja sua finalidade (art. 277, CPC).

Os apelantes não mencionam em que consiste o prejuízo efetivo, consectário da ausência de manifestação acerca dos documentos de f. 99-100, que consistem nas guias de IPTU relativas aos anos de 2018 e 2019.

Ora, a inadimplência locatícia é incontroversa. A intimação para manifestação quanto às guias de IPTU é providência inútil, desnecessária, sem o condão de interferir no resultado da sentença, notadamente quando inexistente discussão, nem mesmo na via recursal, sobre o adimplemento daqueles débitos.

Compreensão em sentido contrário ofende aos princípios da celeridade, da razoável duração dos processos e da razoabilidade.

Por tais razões, afastado a preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa.

Mérito

A pretensão dos apelantes se resume ao seguinte: suspender a ação de despejo pelo período da recuperação judicial; submeter o despejo ao juízo recuperacional; exigir caução para a execução do despejo.

Não prospera a irresignação recursal.

A ação de despejo movida contra a empresa em recuperação judicial não se submete à competência do juízo recuperacional tampouco fica o proprietário de imóvel, quanto à retomada do bem, sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Como se sabe, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor.

Não obstante, por força de expressa previsão legal, “*Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida*” (art. 6º, § 1º da Lei nº 11.101/2005). É o caso da ação de despejo, cujo objetivo é a restituição de bem imóvel (coisa certa).

Além disso, o aparente conflito de normas (direito constitucional de propriedade vs. princípio da preservação da empresa e de sua função social consagrado pelo art. 47 da Lei 11101/2005) foi dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Competência nº 123.116), ocasião na qual erigiu-se a tutela do direito de propriedade ao patamar mais alto.

Conforme registrou o relator, Ministro Raul Araújo:

“(...) tratando-se de credor titular da posição de proprietário, prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa, sendo inaplicável à hipótese de despejo a exceção prevista no parágrafo 3º, in fine, do art. 49 da Lei 11.101/2005 (...), pois, no despejo, regido por legislação especial, tem-se a retomada do imóvel locado e não se trata de venda ou mera retirada do estabelecimento do devedor de bem essencial à sua atividade empresarial.”

Confira-se a ementa:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – LOCAÇÃO – AÇÃO DE DESPEJO – SUJEIÇÃO AO JUÍZO NATURAL.

1. *Em ação de despejo movida pelo proprietário locador, a retomada da posse direta do imóvel locado à sociedade empresária em recuperação judicial, com base nas previsões da lei específica (a Lei do Inquilinato nº 8.245/91), não se submete à competência do Juízo universal da recuperação.*

2. *O credor proprietário de imóvel, quanto à retomada do bem, não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 49, § 3º).*

3. *Conflito de competência não conhecido. (STJ, CC 123.116/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 14/08/2014, DJe 03/11/2014).*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou referida tese, conforme se verifica dos seguintes julgados:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE DESPEJO – EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUJEIÇÃO AO JUÍZO NATURAL.

- A ação de despejo movida pelo proprietário locador em face de sociedade empresária em recuperação judicial não se submete à competência do Juízo recuperacional. Precedentes.

- Conflito de competência não conhecido. (STJ, CC 148.803/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 02/05/2017).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – AÇÃO DE DESPEJO DO IMÓVEL POR SEU PROPRIETÁRIO CONTRA A EMPRESA RECUPERANDA – SIMPLES RETOMADA – AUSÊNCIA DE CONFLITO – PRECEDENTES.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que nada obsta o prosseguimento de ação de despejo proposta por proprietário do bem contra empresa em recuperação judicial, não ficando, pois, configurado o conflito de competência.*

2. *Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no CC 145.517/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 29/06/2016).*

PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI Nº 11.101/05) – AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS – DEMANDA ILÍQUIDA – EXECUÇÃO – MONTANTE APURADO – HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. *Não há óbice ao prosseguimento da ação de despejo promovida em desfavor de empresa em recuperação judicial por constituir demanda ilíquida não sujeita à competência do juízo universal.*

2. *Por mais que se pretenda privilegiar o princípio da preservação da empresa, não se pode afastar a garantia ao direito de propriedade em toda a sua plenitude daquele que, durante a vigência do contrato de locação, respeitou todas as condições e termos pactuados, obtendo, ao final, decisão judicial - transitada em julgado - que determinou, por falta de pagamento, o despejo do bem objeto da demanda.*

3. *O crédito referente à cobrança de aluguéis deve ser habilitado nos autos do processo de recuperação judicial.*

4. *Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no CC 133.612/AL, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).*

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – LOCAÇÃO – AÇÃO DE DESPEJO – SUJEIÇÃO AO JUÍZO NATURAL.

1. *Em ação de despejo movida pelo proprietário locador, a retomada da posse direta do imóvel locado à sociedade empresária em recuperação judicial, com base nas previsões da lei específica (a Lei do Inquilinato nº 8.245/91), não se submete à competência do Juízo universal da recuperação.*

2. *O credor proprietário de imóvel, quanto à retomada do bem, não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 49, § 3º).*

3. *Conflito de competência não conhecido.* (STJ, CC 123.116/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 14/08/2014, DJe 03/11/2014).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, em situações similares, vem se manifestando no mesmo sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL COMPETENTE PARA AÇÃO DE CONHECIMENTO – DIREITO DE PROPRIEDADE – NÃO SUBMISSÃO AO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “A competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária” (REsp 1643856/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 19/12/2017). “O credor proprietário de imóvel, quanto à retomada do bem, não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 49, § 3º)” (CC 123.116/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 14/08/2014, DJe 03/11/2014). (TJMS. Apelação nº 0800289-65.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 30/05/2018, p: 30/05/2018).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DECRETAÇÃO DE DESPEJO C.C. PERDAS E DANOS E TUTELA ANTECIPADA – DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO OBSTA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DE DESPEJO (DEMANDA ILÍQUIDA) – LIMINAR DE DESPEJO – INSUBSISTÊNCIA DIANTE DA DESISTÊNCIA DO PEDIDO DE DESPEJO PELO AUTOR DA AÇÃO. 1. Discute-se no presente recurso: a) a competência do Juízo da Recuperação Judicial; e b) a liminar de despejo concedida pelo Juízo a quo. 2. Se a parte autora da ação desistiu, posteriormente, do pedido de despejo, torna-se incompatível a manutenção da liminar de despejo, a qual deve ser revogada. 3. O art. 6º, caput, da Lei nº. 11.101/2005, de 09/02/2005, prevê que a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor. No entanto o § 1º do mesmo artigo faz a ressalva de que terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida, como é o caso da Ação de Despejo c.c. Rescisão de contrato c.c. Perdas e danos. 4. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1409405-12.2016.8.12.0000, Naviraí, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 09/08/2017, p: 15/08/2017).

Deste modo, não prospera as teses dos apelantes, tanto a de que a ação de despejo deva submeter-se ao juízo recuperacional quanto a de que a retomada do imóvel locado deve sujeitar-se aos efeitos da recuperação judicial.

No que diz respeito à exigência de caução, melhor sorte não assiste aos apelantes.

Segundo o art. 64 da lei do inquilinato (Lei nº 8.245/1991),

“(…) Salvo nas hipóteses das ações fundadas no art. 9º, a execução provisória do despejo dependerá de caução não inferior a 6 (seis) meses nem superior a 12 (doze) meses do aluguel, atualizado até a data da prestação da caução.” (g. n.)

Conforme se verifica, a execução provisória do despejo fundado nas situações do artigo 9º da lei do inquilinato dispensa a exigência de caução. Dentre tais situações encontra-se o despejo decorrente da falta de pagamento do aluguel e demais encargos (art. 9º, III).

Assim, por força de expressa previsão legal, dispensa-se caução para a execução provisória da sentença que decreta o despejo por falta de pagamento de aluguel e demais encargos.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Em razão do desprovimento do recurso, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 17% (dezesete por cento), mantida a mesma base de cálculo da sentença (valor atualizado da condenação).

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, 4 de maio de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1403117-48.2016.8.12.0000 - Três Lagoas

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – *DE CUJUS* QUE VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL COM A AGRAVANTE – APLICAÇÃO DO ART. 1.790, CC/2002 AFASTADA – INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIMES SUCESSÓRIOS ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS PREVISTA NO REFERIDO DISPOSITIVO RECONHECIDA PELO STF – REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 809) – CONTUDO, MANTÉM-SE O ENTENDIMENTO DE QUE A AGRAVANTE NÃO PARTICIPA DA SUCESSÃO DO IMÓVEL EM QUESTÃO – UNIÃO ESTÁVEL A QUAL SE APLICA O REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS (ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, CC/1916) – MEAÇÃO DA COMPANHEIRA ADSTRITA AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DO RELACIONAMENTO – IMÓVEL QUE DEVE SER EXCLUÍDO DA SUCESSÃO, POR TER SIDO RECEBIDO PELO *DE CUJUS* A TÍTULO DE HERANÇA – NECESSIDADE, ENTRETANTO, DE RETORNO DO BEM AO PLANO DE PARTILHA – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – MATÉRIA NÃO ANALISADA NA DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO NÃO CONHECIDO NESTE PORMENOR – RECURSO CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Através do Tema 809, o STF discutiu a validade de dispositivos do CC/2002 que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro, firmando, após o julgamento, a seguinte tese: “*É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.*” (STF, RE 878694, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Processo eletrônico, repercussão geral - mérito DJe-021, divulg. 05-02-2018, p: 06-02-2018).

Após a apreciação da matéria trazida no Agravo de Instrumento nº 1403407-58.2019.8.12.0000, reconheceu-se que a união estável do *de cujus* e da agravante é regida pelo regime de separação legal de bens, já que o relacionamento teve início na vigência do CC/1916 e quando o falecido já contava com mais de 60 (sessenta) anos. Portanto, a participação da companheira na sucessão se restringe aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nos termos do art. 258, parágrafo único, inciso II, CC/1916. Tendo o *de cujus* recebido o imóvel nestes autos discutido por herança deixada por sua falecida esposa, a companheira deve ser excluída da sucessão. Porém, deve o bem integrar o plano de partilha, para que possa ser sucedido pelos demais herdeiros.

A pretensão da agravante de ver reconhecido suposto direito real de habitação em seu favor não comporta apreciação nesta oportunidade, tendo em vista que não foi objeto da decisão agravada.

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, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

C. D. M. agrava da decisão interlocutória (f. 14-15) proferida no Inventário (0803116-20.2014.8.12.0021) em curso na 1ª Vara da Comarca de Três Lagoas, figurando como agravados I. O. A., M. E. L. de S., D. A. F. L., M. do C. O. C. e M. A. M. de L.

Reitero o relatório de f. 386-387.

Inclua-se o feito em pauta, para julgamento conjunto com o Agravo de Instrumento nº 1403407-58.2019.8.12.0000.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

C. D. M. agrava da decisão interlocutória (f. 14-15) proferida no Inventário (0803116-20.2014.8.12.0021) em curso na 1ª Vara da Comarca de Três Lagoas, figurando como agravados I. O. A., M. E. L. de S., D. A. F. L., M. do C. O. C. e M. A. M. de L.

Alega que há equívoco na decisão combatida quando exclui o imóvel constante da matrícula nº 39.439 do plano de partilha, por ter o *de cujus* o herdado de sua genitora. Isto porque tal compreensão implicou em óbice à declaração do direito real de habitação que a agravante (companheira) compreende deter sobre o referido bem. Ademais, considera necessário reconhecer a equiparação jurídica imposta pelo art. 226, § 3º, da CF, o que garantiria à recorrente os mesmos direitos legais e sucessórios do cônjuge supérstite.

A seu ver, todos os bens deixados por G. A. de O. deverão integrar o plano de partilha, para que sejam transferidos aos seus devidos herdeiros, acreditando que a exclusão do imóvel acima descrito o coloca em um “limbo” jurídico, sem qualquer possibilidade de ser partilhado entre os sucessores.

Assim, no caso da agravante ser a única herdeira ou até mesmo na hipótese de concorrer com parentes colaterais (irmãos), o aludido bem deverá retornar ao plano de partilha e constar das últimas declarações.

Ademais, indica como imprescindível o reconhecimento de seu direito real de habitação sobre o imóvel, sob o escopo de que sempre foi utilizado como moradia dos conviventes, devendo ser declarado, em seu sentir, que a companheira agravante tem direito de permanecer no imóvel, residência da família, enquanto viver ou não constituir nova família, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.278/96.

Ressalta que tal estipulação legal constitui-se de uma obrigação que recai sobre um dos bens do espólio, devendo, assim, ser inserida nas últimas declarações para que por todos seja cumprida e respeitada.

Aduz que o *decisum*, ainda, comporta reforma quando estabelece que a sucessão da companheira será realizada na forma do art. 1.790, inc. III, do CC, pois o ordenamento jurídico reconhece a inconstitucionalidade do referido dispositivo, por afronta a princípio da igualdade, uma vez que a Constituição Federal impõe tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, nos termos do art. 226, § 3º.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, com seu posterior provimento, para que o imóvel (Matrícula nº 39.439) retorne ao plano de partilha, constando das últimas declarações, reconhecendo-se o direito da agravante de nele permanecer, por ser destinado à residência familiar, afastando-se, também, a aplicabilidade do art. 1.790 do CC.

Às f. 291-292 o recurso foi recebido no efeito suspensivo; a contraminuta de I. O. A. e outros foi ofertada às f. 297-307, conjuntamente com os documentos de f. 308-334, e a de M. do C. O. C. às f. 335-340; M. A. M. de L. deixou transcorrer *in albis* o prazo para responder o agravo, conforme certificado às f. 341.

Conforme se infere de f. 362-368, o colegiado desta Câmara Cível, em 28 de junho de 2016, conheceu em parte do presente recurso e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento.

Contudo, através da decisão de f. 371-372, a Vice-Presidência deste Sodalício determinou o retorno dos autos a esta Câmara Cível, para novo julgamento do agravo, à luz do entendimento do STJ sobre a matéria (Tema 809).

Às f. 375, determinou-se a intimação das partes para se manifestarem a respeito da atual situação do agravo, o que foi atendido pelos agravados às f. 377-381 e pela agravante às f. 382-384.

Conforme se infere do acórdão de f. 362-368, esta Câmara Cível (naquela época 5ª Câmara Cível), por unanimidade, firmou entendimento no seguinte sentido:

“Nos termos do caput do art. 1.790 do Código Civil, a participação do companheiro na sucessão adstringe-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Tendo o de cujus recebido o imóvel em questão por herança deixada por sua falecida esposa, correta sua exclusão da sucessão da companheira. No entanto, deve o bem integrar o plano de partilha, para que possa ser sucedido pelos demais herdeiros.” (f. 362).

Contudo, determinou-se a submissão do feito ao colegiado pela segunda vez, para novo julgamento deste agravo de instrumento, desta vez à luz do entendimento firmado pelo STF sobre a matéria, através da sistemática da repercussão geral (Tema 809).

Através do Tema 809, a Suprema Corte discutiu a validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro, firmando, após o julgamento, a seguinte tese sobre a matéria:

“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.”

O julgado ficou ementado da seguinte forma:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional

a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". (STF, RE 878694, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Processo eletrônico, repercussão geral - mérito DJe-021, divulg. 05-02-2018, public 06-02-2018).

Desta forma, como a decisão pela existência da repercussão geral da matéria foi proferida em 27 de março de 2015, tendo sido o presente agravo de instrumento interposto em 28 de março de 2016, coerente que o processo tenha retornado à Câmara para novo julgamento, conforme a tese firmada pelo STF sobre a matéria.

Portanto, com fundamento na tese firmada pelo STF sob a sistemática da repercussão geral, através do Tema 809, afasto a aplicação do art. 1.790 do Código Civil ao caso concreto, o que, contudo não implicará em alteração do resultado obtido quando do julgamento do presente recurso em 28 de junho de 2016, mas tão somente dos fundamentos adotados para a solução do conflito. Isto decorre do fato de se estar diante de situação deveras peculiar, conforme será a seguir explicitado.

Ocorre que através da apreciação conjunta deste recurso com o Agravo de Instrumento nº 1403407-58.2019.8.12.0000, também oriundo da ação de inventário e sob esta relatoria, que trata sobre a possibilidade de incidência do regime de separação obrigatória de bens em relação à união estável vivida por C. D. M. e do *de cuius* G. A. de O., concluiu-se que:

“À união estável com companheiro sexagenário aplica-se o regime de separação legal de bens, nos termos do artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916. Todavia, a companheira tem direito à meação dos bens onerosamente adquiridos durante a convivência, cujo esforço comum na espécie é presumido, de acordo com precedente do STJ.”

Desta forma, através do agravo de instrumento acima mencionado, reconheceu-se que entre o *de cuius* e sua companheira, ora agravante, aplica-se o regime de separação legal de bens, já que a união estável teve início na vigência do Código Civil de 1916 e em oportunidade na qual o falecido já contava com mais de 60 (sessenta) anos.

Para a análise da matéria posta *sub judice*, portanto, parte-se da premissa de que “a agravante companheira só faz jus à meação dos bens onerosamente adquiridos durante a convivência”, cujo esforço comum é presumido.

Passando-se à apreciação do caso concreto, extrai-se de f. 73 que o falecido G. A. de O. recebeu o imóvel registrado sob a matrícula 39.439, através de formal de partilha datado de 21 de setembro de 1999 e averbação no serviço de registro de imóveis em 13 de junho de 2002, por herança dos bens deixados por I. F. de O., sua falecida esposa.

Desta forma, percebe-se que a aquisição do referido imóvel não ocorreu a título oneroso, sendo recebido pelo *de cuius*, como dito, por herança, o que revela ser adequada a exclusão da agravante da referida sucessão.

Portanto, o resultado obtido com o primeiro julgamento deve ser mantido, ainda que por fundamento diverso.

Destaque-se que em relação à discussão da agravante acerca de direito real de habitação, mantém-se o entendimento pelo não conhecimento do agravo neste pormenor, por não ter sido tal matéria abordada na decisão agravada, sem a necessidade de renovação integral do debate, pois o novo julgamento se restringe à participação da agravante na sucessão do imóvel litigioso.

Posto isso, mantenho o entendimento firmado no acórdão de f. 362-368, ainda que por outro fundamento, para conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, para que o imóvel constante da matrícula nº 39.439 faça parte do plano de partilha, com a ressalva, entretanto, de que a agravante não participa da sucessão correspondente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, deram-lhe parcial provimento, 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, 04 de junho de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0018044-40.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE MÉDICOS – NATUREZA JURÍDICA NÃO EMPRESARIAL – INCIDÊNCIA DO ISSQN SOBRE VALOR FIXO NOS TERMOS DO ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68 – REEXAME DE SENTENÇA NÃO CONHECIDO – RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

As sociedades de médicos, que não possuem natureza mercantil e são necessariamente uniprofissionais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual.

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 e não conhecer da remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Município de Campo Grande contra sentença de procedência dos pedidos iniciais da ação declaratória de inexistência de débito fiscal ajuizada por Neder e Neder Serviços Médicos S/S.

Nas razões recursais de f. 218-24, defende que a natureza da apelada é empresarial, pois há exploração de atividade médico-hospitalar e há distribuição de lucros previsto em contrato social, o que afasta a incidência da tributação benéfica no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68.

Entende que o regime tributário se assenta no princípio da legalidade, consoante o disposto na Lei Complementar nº 116/03.

Argumenta ser inaplicável a repetição do indébito, pois houve subsunção do fato à norma, dando origem à obrigação tributária de pagar o ISSQN.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões foram juntadas às f. 227-33, com argumentos e pedido para a negativa de provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Município de Campo Grande interpõe apelação contra sentença de procedência dos pedidos iniciais da ação declaratória de inexistência de débito fiscal ajuizada por Neder e Neder Serviços Médicos S/S.

A sentença recorrida reconheceu a ilegalidade da cobrança do ISSQN na forma praticada; declarou a inexistência de incidência fiscal do ISSQN e determinou a cobrança do tributo com base de cálculo em valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que compõem a sociedade (artigo 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68).

Referida sentença também foi submetida a reexame necessário.

Reexame necessário.

Inicialmente, entendo o reexame necessário não deve ser conhecido, eis que houve recurso voluntário da parte que, sem este, beneficiar-se-ia daquele dada a prerrogativa processual.

Esta a inteligência do art. 496, § 1.º, do CPC, que estabelece:

“Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avoca-los-á”. (destaquei).

Significa dizer que, caso interposta a apelação, como é o caso, incabível a remessa necessária, eis que a sentença já está sujeita àquele recurso.

Este é o entendimento de Eduardo Talamini¹, *verbis*:

No Código anterior, nas hipóteses de reexame de ofício, determinava-se que o juiz remetesse o processo para o tribunal, houvesse ou não apelação (art. 475, § 1.º). No CPC/15, o dever de remessa está limitado aos casos em que não houver apelação. A regra é em certa medida compreensível: se a Fazenda Pública já recorreu, fazendo com isso que o pronunciamento vá ao reexame do tribunal, é desnecessária a sobreposição de medidas.... (destaquei).

Por tais razões, não conheço da remessa necessária.

Recurso de f. 218-24.

No recurso voluntário, o Município de Campo Grande defende que a natureza da apelada é empresarial, pois há exploração de atividade médico-hospitalar e há distribuição de lucros previsto em contrato social, o que afasta a incidência da tributação benéfica no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68.

Entende que o regime tributário se assenta no princípio da legalidade, consoante o disposto na Lei Complementar nº 116/03.

Argumenta ser inaplicável a repetição do indébito, pois houve subsunção do fato à norma, dando origem à obrigação tributária de pagar o ISSQN.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Não há razão em seus argumentos.

Com efeito, sendo sociedade uniprofissional de médicos, sem natureza empresarial é garantido o recolhimento do ISSQN sobre alíquota fixa, nos termos do artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/98 e não em apuração mensal sobre a receita bruta.

¹ Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015. Coligido no site jurídico migalhas: <http://bit.ly/2wt6lZ5>

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a cobrança do ISSQN em valor fixo anual quando se tratar de sociedade uniprofissional:

TRIBUTÁRIO – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS – ISS – RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68 – REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO LEGAL VERIFICADOS NA CORTE DE ORIGEM E – SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que as sociedades de advogados, que não possuem natureza mercantil e são necessariamente uniprofissionais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que as integram. 2. In casu, o Tribunal a quo consignou que “da análise do contrato social do apelado, verifico que a sociedade preenche os requisitos legais enquadrando-se, portanto, na hipótese em que a tributação deve possuir valor fixo” (f. 279, e-STJ). É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AREsp 612.576/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 06/04/2015).

TRIBUTÁRIO – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS – ISS – RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68. 1. A jurisprudência desta Corte firmou posição no sentido de que a sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1269954/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 11/05/2010).

Como se verifica do contrato social da empresa apelada (f. 23-9), o presente caso trata de sociedade uniprofissional e não empresária, pois é composta por pessoas com a mesma habilitação profissional para o exercício da medicina, caracterizando-se, assim, a natureza da atividade profissional desenvolvida, que induz a responsabilidade individual de cada prestador de serviço.

A cumulação desses requisitos – 1) que todos os sócios componham uma mesma categoria profissional e não exerçam atividade empresarial; e 2) que os sócios atuem com responsabilidade pessoal - caracterizam a natureza uniprofissional da sociedade, e no caso em comento há clara demonstração de ambos.

O entendimento adotado pelo magistrado singular é acolhido pacificamente neste Tribunal de Justiça, veja-se:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE MÉDICOS – INCIDÊNCIA DO ISSQN SOBRE VALOR FIXO NOS TERMOS DO ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68 – HONORÁRIOS FIXADOS COM OBSERVÂNCIA AO ART. 85, § 3º, II E § 11 DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. As sociedades de médicos, que não possuem natureza mercantil e são necessariamente uniprofissionais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual. Negado provimento ao recurso. (TJMS. Apelação nº 0831418-51.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 05/02/2019, p: 06/02/2019).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – FORMA DE RECOLHIMENTO DO ISSQN – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO POR ALÍQUOTA FIXA, CALCULADA EM RELAÇÃO A CADA PROFISSIONAL MÉDICO HABILITADO, SÓCIO, EMPREGADO OU NÃO, QUE PRESTA SERVIÇOS EM NOME DA SOCIEDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº

460/68 – APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. O Decreto-Lei nº 406/68 prevê a incidência do ISSQN por alíquota fixa aplicável ao autônomo, multiplicada pelo número de profissionais que atuam na sociedade (no caso, de médicos), sendo essa a forma de exação que deve prevalecer. No caso, a sociedade se enquadra nos requisitos para recolhimento do imposto na forma pleiteada, por se tratar de sociedade simples e uniprofissional, visto que nela só atuam médicos. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0811264-41.2018.8.12.0001, Campo Grande, 4.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 05/02/2019, p: 07/02/2019).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISSQN – TRATAMENTO PRIVILEGIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68 – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – SIMPLES – MÉDICOS – ENQUADRAMENTO – ALÍQUOTA FIXA CALCULADA EM RELAÇÃO A CADA PROFISSIONAL – RECURSO NÃO PROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA. O tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial. (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0830227-34.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 26/03/2019, p: 28/03/2019).

Nesta circunstância, conclui-se que a sociedade demandante possui o direito à tributação mediante alíquota fixa, calculada em relação a cada profissional médico habilitado, sócio, consoante preveem os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, em conformação plena ao princípio da legalidade tributária.

Por fim, quanto ao argumento de ser inaplicável a repetição do indébito, pois houve subsunção do fato à norma, dando origem à obrigação tributária de pagar o ISSQN, ao que extraído da sentença não houve decisão a esse respeito, tampouco pedido de repetição do indébito, para o que falta interesse recursal nesse aspecto.

Pelo exposto, conheço parcialmente o recurso e a ele nego provimento, mantendo-se inalterada a sentença.

Na forma do art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários advocatícios para R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais), dado o insucesso da pretensão externada em ambas as instâncias.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e não conheceram da remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0025004-07.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REMOÇÃO DE ATO ILÍCITO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO – MATÉRIA JORNALÍSTICA MERAMENTE INFORMATIVA – SIMPLES RELATO DE CONVERSA TELEFÔNICA INTERCEPTADA QUE CHEGOU AO CONHECIMENTO DAS REQUERIDAS – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA – HONORÁRIOS MAJORADOS.

O direito assegurado à imprensa é o de livremente informar, não o de tecer comentários próprios e desonrosos em relação à conduta das pessoas que são mencionadas em suas reportagens, maculando-lhes a honra e sua dignidade.

Se a matéria divulgada ateu-se à mera narração dos fatos extraídos de conversa telefônica interceptada, levada ao conhecimento da parte recorrida, sem ultrapassar o caráter informativo, não há falar em dano moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Andréia Nunes Zanelato Olarte interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de remoção de ato ilícito cumulada com obrigação de fazer e indenização que move em face de MS Notícias, Dirceu Martins e Heloísa Lazarini, julgou improcedente o pedido inicial.

Narra que em 25.6.2015, os apelados Dirceu e Heloísa publicaram no site “msnoticias.com.br” matéria com caráter ofensivo à honra e à imagem da recorrente (f. 2-3), esposa do prefeito da cidade à época dos fatos, o que foi reiterado em nova reportagem (f. 4-5), extrapolando-se os limites da liberdade de imprensa, pois sem qualquer caráter informativo.

Aduz que a sentença merece reforma, porquanto a matéria publicada viola direitos constitucionalmente garantidos (contraditório, honra e imagem), encontrando a sua pretensão respaldo também em normas infraconstitucionais, conforme se extrai dos art. 12, 17 e 20, do Código Civil.

Alega ser evidente a tentativa das reportagens de lhe prejudicar, mediante o uso de expressões em tom ameaçador, tendencioso e depreciativo, provocando na população a impressão de que a apelante é uma criminosa, restando certa a caracterização do dano moral.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a sentença e reconhecer a violação da imagem e honra da apelante, com a consequente condenação dos recorridos ao pagamento de indenização por danos morais, ratificando-se os demais pedidos da inicial.

Sem contrarrazões, consoante certidão de f. 194.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Andréia Nunes Zanelato Olarte interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da “ação de remoção de ato ilícito cumulada com obrigação de fazer e indenização” que move em face de MS Notícias, Dirceu Martins e Heloísa Lazarini, julgou improcedente o pedido inicial.

Narra que em 25.6.2015 os apelados Dirceu e Heloísa publicaram no site “msnoticias.com.br” matéria com caráter ofensivo à honra e à imagem da recorrente (f. 2-3), esposa do prefeito da cidade à época dos fatos, o que foi reiterado em nova reportagem (f. 4-5), extrapolando-se os limites da liberdade de imprensa, pois sem qualquer caráter informativo.

Aduz que a sentença merece reforma, porquanto a matéria publicada viola direitos constitucionalmente garantidos (contraditório, honra e imagem), e a sua pretensão encontra respaldo também em normas infraconstitucionais, conforme se extrai dos art. 12, 17 e 20, do Código Civil.

Alega ser evidente a tentativa das reportagens de lhe prejudicar, mediante o uso de expressões em tom ameaçador, tendencioso e depreciativo, provocando na população a impressão de que a apelante é uma criminosa, restando certa a caracterização do dano moral.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a sentença e reconhecer a violação da imagem e honra da apelante, com a consequente condenação dos recorridos ao pagamento de indenização por danos morais, ratificando-se os demais pedidos da inicial.

Sem contrarrazões, consoante certidão de f. 194.

É a síntese do necessário.

A apelante pretende, em síntese, o recebimento de indenização em virtude da divulgação de matéria jornalística pela parte recorrida, por entender que restou ultrapassado o limite da liberdade de imprensa, atingindo a sua honra e imagem.

Acerca da matéria, impõe-se reconhecer que a liberdade de imprensa, assegurada em sede constitucional, de fato não constitui um direito absoluto e, portanto, encontra limites nos direitos à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

Nesse sentido é que o ordenamento dispõe que aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado, conforme se extrai do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, e dos art. 186 e 187, do Código Civil/2002.

Aliás, este último dispositivo citado retrata a figura do abuso de direito que, de igual forma, leva ao dever de indenizar pelo dano causado em razão da mesma conduta ilícita.

Por conseguinte, tem-se que o direito assegurado à imprensa é o de livremente informar, não o de tecer comentários próprios e desonrosos em relação à conduta das pessoas que são mencionadas em suas reportagens, malucando-lhe a honra e dignidade.

Transpondo a espécie para o caso em tela, após analisar detidamente o teor da notícia impugnada pela recorrente, constante de f. 2-3 e f. 59-60, vislumbro que a matéria divulgada ateve-se à mera narração dos fatos, sem ultrapassar o caráter informativo, nem deduzir juízo de valor depreciativo.

Não obstante os fatos mencionados por ocasião da reportagem façam menção a condutas graves, referindo-se inclusive a ilícito penal, não há como negar que houve um simples relato de uma conversa telefônica, ao que parece, interceptada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), entre a colunista social Bya Arraes e o pastor Mauro Alessandro, na qual fora citado o nome da apelante.

De uma acurada leitura do conteúdo da notícia veiculada é perceptível que em nenhum momento a parte requerida atribuiu à autora conduta em tom depreciativo, tampouco ameaçador, nem sequer seria possível cogitar que tenha insinuado a prática de algum ilícito pela recorrente.

Resta claro da matéria publicada que os recorridos não chegaram a emitir juízo de valor algum, apenas expressaram os fatos contidos no áudio relativo à conversa telefônica por eles recebida, contado em detalhes diversas partes das falas de cada um dos interlocutores.

Ora, é patente que não há cunho difamatório no teor do quanto publicado, mesmo porque fora ressaltado, na própria reportagem, que os fatos tratam-se de “*suposições baseadas em investigação do Gaeco, que só serão comprovadas durante o julgamento*” (f. 3).

Logo, tenho que a reportagem meramente narrou com fidelidade os fatos de que se teve conhecimento, sem qualquer ofensa à honra, moral, imagem e dignidade da autora, o que impõe a manutenção da sentença.

Ademais, além de não terem os recorridos tecido, absolutamente, nenhum comentário próprio e apenas narrado o teor da conversa telefônica, atuando dentro dos limites do seu direito de informar, não se verifica no caso o *animus difamandi*, o que torna ausente a alegada ofensa e, pela mesma razão, afasta o pretendido dano moral indenizável.

Nesta extensão, é possível afirmar ainda que a autora apelante deixou de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, quais sejam, os requisitos necessários para o cabimento da indenização pleiteada, apesar de ter tido diversas oportunidades para tanto, até porque sequer compareceu à audiência designada pelo Juízo *a quo* (f. 158), fazendo-se ausentes também os seus representantes legais e testemunhas, com o que deixou de fazer prova do quanto alegado.

Em casos semelhantes, esta Corte Estadual tem seguido essa mesma linha de raciocínio:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – ANIMUS NARRANDI – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIO RECURSAL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório, tendo em vista que de acordo com as provas colacionadas nos autos restou comprovado que o teor da matéria jornalística representam a transcrição dos fatos através de informações prestadas pela autoridade policial, não ensejando danos morais. Dispõe o art. 85, § 11, do CPC de 2015, que “O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”, razão pela qual fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, devendo ser observado que a exigibilidade das verbas sucumbenciais ficará, igualmente, suspensa, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC de 2015.” (Apelação nº 0803488-92.2015.8.12.0001; Primeira Câmara Cível; Relator Des. Sérgio Fernandes Martins; Julgamento em 18.7.2017 - destaquei);

“EMENTA – APELAÇÃO – PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM JORNAL ELETRÔNICO – PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – CONTEÚDO MERAMENTE INFORMATIVO RETIRADO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL – DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO – RECURSO IMPROVIDO. I) A flexibilização do direito à liberdade de pensamento e de informação só tem espaço quando há grave e nítida ofensa à intimidade, à vida privada, à honra da pessoa. Se verificado que a matéria veiculada na internet não ultrapassou a função informativa, limitando-se a narrar fatos extraídos de Boletim de Ocorrência Policial, não há que se falar em dano moral passível de ressarcimento. II) Recurso a que se nega provimento.” (Apelação nº 0834819-58.2016.8.12.0001; Quarta Câmara Cível; Relator Des. Dorival Renato Pavan; Julgamento em 29.11.2017 -destaquei);

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MATÉRIA JORNALÍSTICA – OBSERVÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS ÀS LIBERDADES DE PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO – AUSÊNCIA DE CARÁTER DIFAMATÓRIO – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Não há falar em dano moral decorrente de publicação de matéria jornalística quando do contexto desta se infere apenas o animus narrandi, sem qualquer intuito difamatório (...)” (Apelação nº 0832234-04.2014.8.12.0001; Quinta Câmara Cível; Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Julgamento em 29.8.2017 – destaquei).

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação interposto e, no mérito, nego-lhe provimento.

Majoro os honorários advocatícios para 18% do valor da causa, tendo em vista o duplo insucesso da parte autora recorrente, na forma do que dispõe o art. 85, § 11, do NCPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1403241-26.2019.8.12.0000 - Angélica

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA – FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO DE VEREADORES – REGRA DA LEGISLATURA – POTENCIAL OFENSA CONSTITUCIONAL – RISCO DE LESÃO AO ERÁRIO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada de urgência, deve ser mantida a decisão que deferiu o pleito.

Segundo jurisprudência da Corte Suprema, é inafastável observar a anterioridade da fixação do valor do subsídio dos vereadores à legislatura subsequente.

Vislumbrada a aparente irregularidade material nos atos questionados, que implicaram retroativos aumentos aos subsídios dos edis, configura-se a lesão ao patrimônio público.

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, com o parecer.

Campo Grande, 18 de junho de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Adão Correia Gonçalves, Alexsando Ferreira Nogueira, Almir Fagundes, Ana Aparecida Barbosa, Aparecido Geraldo Rodrigues, Câmara Municipal de Angélica - MS, Ivo Ferreira dos Santos, Jose Bonin, Marieta Pereira de Souza e Rubens Bogaz Hernandez contra decisão que concedeu a antecipação da tutela para suspender os efeitos da Resolução nº 01/2017 e 03/2018, ambas da Câmara Municipal de Angélica.

Defendem a regularidade formal e material dos reajustes (recomposição) do subsídio dos vereadores, operadas pelos atos normativos mencionados, que foram editados em consonância com as normas constitucionais e estaduais, Lei Orgânica do Município e pareceres do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Argumentam que as recomposições nos mesmos índices foram aplicadas aos servidores do Município de Angélica, o que revela que a extensão dos efeitos para os subsídios dos vereadores foi adequada e sem qualquer vício.

Fundamentam estarem ausentes os requisitos para a concessão da medida liminar ora recorrida, pois não há ilegalidade do ato, lesão ao erário ou recebimento indevido.

Pedem o provimento do recurso para revogar a decisão antecipatória da tutela.

Pela decisão de f. 184-6, o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta recursal de f. 190-202, com arguição de ausência de preparo e, no mérito, argumentos para o desprovimento do recurso.

Parecer ministerial foi juntado às f. 223-31, com opinião para a negativa de provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Adão Correia Gonçalves, Alexsando Ferreira Nogueira, Almir Fagundes, Ana Aparecida Barbosa, Aparecido Geraldo Rodrigues, Câmara Municipal de Angélica - MS, Ivo Ferreira dos Santos, Jose Bonin, Marieta Pereira de Souza e Rubens Bogaz Hernandez interpuseram agravo de instrumento contra decisão que concedeu a antecipação da tutela para suspender os efeitos da Resolução nº 01/2017 e 03/2018, ambas da Câmara Municipal de Angélica.

Como se sabe, para a concessão dos efeitos antecipados da tutela, nos moldes do artigo 300, do CPC, é necessário provar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No caso dos autos principais, segundo entendimento da magistrada singular (f. 57-60), restou evidente que a edição das Resoluções nº 01, de 22/05/2017 e a de nº 03, de 21/05/2018, que concederam aumentos aos subsídios dos vereadores municipais com produção de efeitos retroativos ao primeiro dia de janeiro dos respectivos anos, causaram ofensas às normas constitucionais e legais, em atenção ao princípio da anterioridade.

Desse argumento se extrairia a probabilidade do direito vindicado na ação popular e o perigo de dano seria fundamentado na lesão ao patrimônio público.

A presença desses requisitos é combatido neste recurso.

Segundo os argumentos dos agravantes, a natureza jurídica daqueles atos normativos seria de recomposição dos subsídios dos vereadores, pelos mesmos índices aplicados aos servidores municipais, o que demonstra não haver ilegalidade ou irregularidade do dinheiro público, como já permitido amplamente pela jurisprudência do STF e Tribunal de Contas deste Estado.

Defendem a regularidade formal e material dos reajustes (recomposição) do subsídio dos vereadores, operadas pelos atos normativos mencionados, que foram editados em consonância com as normas constitucionais e estaduais, Lei Orgânica do Município e pareceres do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Pois bem, em análise do caso, entendo que não há razão aos recorrentes.

Segundo a disposição do artigo 29, VI, da CR, “*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 (...).*”

Idêntica redação se encontra na Constituição Estadual, em menção ao parágrafo único do artigo 19¹.

Essas disposições constitucionais tratam da regra da legislatura, segundo a qual, no caso dos vereadores, é inafastável observar a anterioridade da fixação do valor do subsídio à legislatura subsequente.

Segundo jurisprudência da Corte Suprema, independente da natureza jurídica dos atos normativos que concederam o aumento real no subsídio dos vereadores, se revisão geral anual – de discutível aplicação aos agentes políticos do legislativo municipal em vinculação ao mesmo índice do funcionalismo – ou majoração de subsídio, há necessidade de obediência à exceção prevista pelo artigo 29, VI, da CR.

¹ *Parágrafo único.* O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe a Constituição Federal e os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica.

Em recente decisão monocrática do Min. Alexandre de Moraes, há clara ênfase da jurisprudência daquela Corte a esse respeito, *verbis*:

“(...) 2. Note-se que a Constituição Federal expressamente determina a forma de fixação dos subsídios dos vereadores, estabelecendo regras da anterioridade da legislatura para a sua fixação e a inalterabilidade do subsídio na mesma legislatura.

(...) Verifica-se, portanto, que a denominada “regra da legislatura” impede seja aplicada aos vereadores a norma disposta no artigo 37, X, da CF, porquanto em relação aos agentes políticos municipais não há falar em revisão anual nem em adoção de índice único correspondente ao aplicado para o funcionalismo.

A alegação dos apelantes de estender a revisão geral anual - aos seus subsídios com finalidade de reposição de índices inflacionários, viola o artigo 29, inciso VI, da Constituição Federal, qual seja a regra da legislatura.

Logo, evidentemente inconstitucional a extensão aos vereadores da revisão geral anual constante nas leis municipais questionadas, o que impede sua aplicação nesta parte.

(...) A respeito da matéria, verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser necessária a observância da regra da anterioridade da legislatura na concessão de reajuste a agentes políticos. Neste sentido, citem-se os seguintes precedentes de ambas Turmas desta Corte:

“DIREITO CONSTITUCIONAL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – REQUISITOS PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO POPULAR – LEIS QUE CONCEDERAM REAJUSTE DE AGENTES POLÍTICOS NO CURSO DA MESMA LEGISLATURA – IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte se orienta no sentido de que a própria ilegalidade do ato praticado configura lesividade ao erário, sendo legítima a interposição da ação popular. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal assentou que o art. 29, V, da Constituição Federal é autoaplicável, devendo o subsídio dos agentes políticos ser fixado até o final de uma legislatura para produzirem efeitos na seguinte. Precedentes. 3. Para dissentir da conclusão firmada pelo Tribunal de origem, no sentido de que o Decreto Legislativo nº 156/1996 e a Resolução nº 157/1996 implicaram reajuste da remuneração dos agravantes e produziram efeitos na mesma legislatura, seria imprescindível a análise das normas locais acima mencionadas, bem como o reexame dos fatos e do material probatório constantes dos autos, providências vedadas neste momento processual (Súmulas 279 e 280/STF). 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 745.203-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 06/8/2015)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – VEREADORES – SUBSÍDIO – AUMENTO, DE FORMA RETROATIVA – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO ART. 29, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a remuneração de Prefeito, de Vice-Prefeito e de Vereadores será fixada pela Câmara Municipal para a legislatura subsequente, em conformidade com o art. 29, V, da Constituição Federal. 2. Caso em que inobservado o art. 29, V, da Carta Magna, pois os vereadores majoraram, de forma retroativa, sua remuneração. 3. Agravo regimental desprovido.” (RE 458.413-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 22/8/2013)”. (ARE 1205333, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, julgado em 16/05/2019, publicado em Processo Eletrônico DJe-109 Divulg 23/05/2019 Public 24/05/2019).

Nesse mesmo sentido, recente decisão proferida pelo Órgão Especial deste Tribunal concedeu medida cautelar para suspender os efeitos de parte do ato normativo semelhante então questionado, *verbis*:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – LEI MUNICIPAL Nº 2123, DE 09 DE MAIO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE PARANAÍBA – AUMENTO NO SUBSÍDIO DOS VEREADORES NO CURSO DO MANDATO – AFRONTA, EM TESE, AO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 19, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE OU REGRA DE LEGISLATURA –

PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA EXCEPCIONAL – MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. 1. O aumento do subsídio dos Vereadores no ano de 2017 (30,17 %), ainda que sob argumento de combate aos efeitos da inflação, afronta, em tese, o disposto no parágrafo único, do art. 19, da Constituição Estadual, normativo esse que reproduz o quanto disciplinado no art. 29, VI, da Constituição Federal. Estamos a falar do princípio da anterioridade (ou regra de legislatura), que proíbe a Câmara de Vereadores aumentar o subsídio no curso da legislatura, como no caso versando; o correto, em princípio, seria o aumento no ano 2020, vale dizer, dentro de uma legislatura para a subsequente. 2. O perigo da demora também é manifesto a fim de evitar danos maiores ao patrimônio público, decorrentes de uma norma que, aparentemente, se encontra em descompasso com a Constituição Estadual, além de abusivo o referido aumento (30,17%), em tempos em que a palavra de ordem é a “diminuição do tamanho do Estado” e cautela no tocante aos gastos públicos. 3. Por fim, presente a conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória. (TJMS. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000641-33.2018.8.12.0900, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 05/12/2018, p: 09/12/2018).

Há, portanto, probabilidade do direito defendido na ação popular, e diante disto entendo possível manter a tutela antecipatória de urgência concedida.

Em relação ao perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, evidente que, vislumbrada a irregularidade material nos atos questionados, que implicaram retroativos aumentos aos subsídios dos edis, configura-se a lesão ao patrimônio público.

Presentes os elementos necessários para a concessão da tutela antecipada de urgência, a decisão recorrida deve ser mantida.

Pelo exposto, conheço o recurso e a ele nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 18 de junho de 2019.

Órgão Especial

Mandado de Segurança nº 1404581-39.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADA – MÉRITO – ENTREVISTA DE CONSTATAÇÃO DE AUTODECLARAÇÃO – PRETENSÃO DE REMARCAÇÃO – FORÇA MAIOR – DOENÇA – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA QUANTO À POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PRECEDENTES – COM O PARECER, SEGURANÇA DENEGADA.

Há interesse de agir da parte impetrante, diante da necessidade de se valer da via processual para alcançar o bem da vida pretendido, interesse esse que está sendo resistido pela parte *ex adversa*, bem como quando a via processual lhe traga utilidade real, ou seja, a possibilidade de que a obtenção da tutela pretendida melhore na sua condição jurídica. Preliminar rejeitada.

Não há que se falar em designação de nova data para a realização de entrevista de constatação de autodeclaração em concurso público, por estar a candidata enferma durante a realização da prova, considerando que não há previsão editalícia para essa hipótese. Precedente STF em sede de repercussão geral. RE 630733/DF.

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 rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Lauriana Almeida Teixeira da Costa, qualificada, impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo desembargador presidente da banca examinadora do VIII concurso público para estrutura funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como pela Associação Paranaense de Cultura - Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, contra ato que, no concurso público de provas para estrutura funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, indeferiu o pedido de reagendamento da entrevista de verificação da condição de negra, conforme autodeclaração realizada na inscrição do certame.

Aduz que se inscreveu no referido concurso na condição de negra, concorrendo para o cargo de Biblioteconomista, atingindo a 3ª colocação na Classificação Final e, por intermédio do Edital nº 09, de 23.03.18 foi convocada para a entrevista de verificação da condição declarada, que seria realizada em 06.04.18, às 13h.

Assevera que no dia da entrevista foi surpreendida com fortes dores no abdômem superior, que a impossibilitou de ir até o local da referida entrevista, já que passou toda a tarde no CRS Aero Rancho, submetida a tratamento médico, consoante se extrai do atestado colacionado.

Narra que no resultado da entrevista constou como “Ausente”, contra o que interpôs recurso administrativo, justificando sua ausência e requerendo redesignação de data para realização da entrevista, o que foi indeferido pela Comissão, sob a alegação de ausência de amparo legal e porque o atestado refere-se ao período das 14:12h às 17:08h, enquanto a entrevista perdurou até 18:15h.

Afirma que é assente na jurisprudência que o atestado médico justifica a ausência, bem como que possui direito líquido e certo de permanecer no certame, sob pena de violação aos princípios da acessibilidade dos cargos públicos (art. 37, I, CF), além dos princípios norteadores da Administração Pública, mormente o da razoabilidade.

Por entender presentes os requisitos ensejadores da medida pugnou pela concessão da medida liminar, para que prossiga no certame, na condição de cotista, bem como para que seja designada nova data para entrevista de constatação da autodeclaração.

Ao final, requer a concessão definitiva da segurança para que seja anulado o indeferimento do recurso administrativo, e após a realização da nova entrevista de constatação, republiquem edital com o novo resultado, viabilizando o prosseguimento da impetrante no certame, inclusive com nomeação e posse no cargo para o qual foi aprovada, nas vagas destinadas aos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos.

O pedido liminar foi indeferido pela relatora designada por distribuição que me antecedeu, sendo deferido os benefícios da justiça gratuita à impetrante (Decisão de f. 1.063-1.065).

Informações prestadas à f. 1.071-1.077 e f. 1.094-1.100.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ofertou parecer à 1.105-1.127, opinando pelo afastamento da preliminar suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, no mérito, pela denegação da segurança.

Intimada a manifestar-se acerca da preliminar suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a impetrante refutou-a à f. 1.192-1.195.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Lauriana Almeida Teixeira da Costa, impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo desembargador presidente da banca examinadora do VIII concurso público para estrutura funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como pela Associação Paranaense de Cultura - Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, contra ato que, no concurso público de provas para estrutura funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, indeferiu o pedido de reagendamento da entrevista de verificação da condição de negra, conforme autodeclaração realizada na inscrição do certame.

I. Da preliminar de falta de interesse de agir

O Estado de Mato Grosso do Sul, em preliminar, suscitou a falta de interesse processual da impetrante, ao argumento de que eventual provimento jurisdicional pleiteado neste *mandamus* não traria à impetrante qualquer utilidade, eis que, mesmo que voltasse a integrar a lista de candidatos negros do certame, ainda assim estaria desclassificada do concurso público, pois somente o primeiro candidato negro integrará o cadastro de reserva, ao passo que a impetrante retornaria para a 3ª (terceira) colocação.

A preliminar não merece ser acolhida. Explico.

Ainda que a impetrante tenha obtido a 3ª colocação em certame no qual não estavam previstas quaisquer vagas, já que o concurso teve por finalidade a formação de cadastro reserva, a possibilidade de eventual preterição/nomeação de outro candidato para o mesmo cargo em que a impetrante foi aprovada, faz nascer o conflito de interesses e a pretensão resistida.

Ou seja, há interesse de agir da parte impetrante, diante da necessidade de se valer da via processual para alcançar o bem da vida pretendido, interesse esse que está sendo resistido pela parte *ex adversa*, bem como quando a via processual lhe traga utilidade real, ou seja, a possibilidade de que a obtenção da tutela pretendida melhore na sua condição jurídica.

Sobre tal condição da ação, Alexandre Freitas Câmara¹ destaca:

“(...) 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 deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir”.

Outrossim, a preliminar de interesse de agir não pode se confundir com o próprio mérito da questão apresentada. O remédio constitucional do mandado de segurança deve ser útil e necessário ao provimento jurisdicional invocado.

Neste sentido, é como tem decidido este Tribunal de Justiça:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE PROFESSOR DA REDE ESTADUAL DE ENSINO – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – REJEITADA – NOMEAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL – PRÓXIMA CANDIDATA DA LISTA DE ESPERA QUE FOI PRETERIDA – CONVOCAÇÃO DE TEMPORÁRIO EM VAGA PURA DESTINADA AO PROVIMENTO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO – ORDEM CONCEDIDA. A não aprovação da candidata dentro do número de vagas oferecidas pelo edital do concurso e a expiração da validade deste não acarretam em reconhecimento da falta de interesse de agir se comprovado que no prazo da validade daquele houve contratação precária para atuar no cargo para o qual havia candidato aprovado na lista de espera. Ofende o princípio da legalidade administrativa e gera direito subjetivo à nomeação de candidata aprovada ao cargo de professor fora do número de vagas oferecidas no Edital do concurso, a prova de que o mesmo cargo foi ocupado de forma precária, durante o prazo de validade do certame, por professor convocado para preencher vaga pura, cuja ocupação deve ser dar por provimento efetivo quando não se tratar de mera substituição. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1412163-27.2017.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 09/12/2018, p: 11/12/2018)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – DETRAN/MS – AGENTE CONDUTOR DE VEÍCULOS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADAS – DECADÊNCIA REJEITADA – ATO OMISSIVO – MÉRITO – PROVA OBJETIVA – ANULAÇÃO DE QUESTÕES – AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA RECLASSIFICAÇÃO DOS CANDIDATOS E CONTINUIDADE NO CERTAME – ORDEM CONCEDIDA. Os atos e as decisões relativas ao concurso público em questão também são de responsabilidade do Diretor Presidente do DETRAN/MS, que constitui autoridade legítima para figurar no polo passivo desta ação, nos termos do § 3º do art. 6º da lei 12.016/09. Se a verificação do direito invocado pelo impetrante não reclama instrução probatória e se a tutela jurisdicional apresenta-se necessária e útil ao fim colimado pela parte, não se há falar em falta de interesse de agir. Não há se falar na ocorrência da decadência, porquanto o ato questionado pelo impetrante é omissivo, de modo que a lesão ao direito do impetrante decorre da ausência da prática do referido ato. Mostra-se ilegal a conduta da autoridade impetrante em não promover a publicação da reclassificação dos candidatos após a anulação por decisão judicial de duas questões da

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro, Lúmen Juris: 2007. p. 132.

prova objetiva aplicada no concurso público no qual o impetrante participou, de modo que a concessão da segurança é medida que se impõe. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1408681-37.2018.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 19/11/2018, p: 20/11/2018)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO ANTES DE EXPIRADO O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO DISCRICIONARIEDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO MOMENTO DA NOMEAÇÃO DO CANDIDATO AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO SEGURANÇA DENEGADA. Não há de se conhecer da preliminar de ausência de interesse de agir, pois, da maneira como formulada, confunde-se com o mérito da demanda. No caso, edital homologatório é datado de 18 de dezembro de 2014 (f. 87-129), sendo certo que o certame foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, conforme Decreto 14.618 de 08 de dezembro de 2016 (f. 210), de forma que ainda não teve o seu prazo de validade expirado. No caso sub judice, conquanto a impetrante afirme ter direito líquido e certo a ser nomeada, é certo que o concurso se encontra dentro do prazo de validade, havendo necessidade de se observar os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Segurança denegada. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1410587-33.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 08/05/2017, p: 15/05/2017).

Em sendo assim, restando demonstrada que a ação mandamental é necessária e útil à impetrante, ante a existência de um conflito de interesses, que poderá resultar em um benefício, configura-se presente o binômio interesse-necessidade e interesse-adequação que possibilitam reconhecer a existência do próprio interesse de agir.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

II. Do mérito

O artigo 1º, da Lei nº 12.016/09 é cristalino ao preceituar: “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”.

Conforme determina o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

“(...) conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

A Lei nº 12.016/09, no seu artigo 1º, *caput*, igualmente prevê:

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.

O direito líquido e certo é aquele que se mostra inequívoco, sem necessidade de dilação probatória, urgindo, para sua configuração, a comprovação dos pressupostos fáticos adequados à regra jurídica. A propósito do tema, alude Hely Lopes Meirelles²:

“(...) o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.”

² Mandado de Segurança, Ação Popular, 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 36-37.

Sobre o ponto, importa referir o entendimento do Ministro Luiz Fux:

“(...) O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento), que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua tutela através da via do mandado de segurança.

(...)

“O direito líquido e certo é, pois, requisito lindeiro ao âmbito probatório, posto referir-se à comprovação dos fatos e não ao direito objetivo em si, emigrando para o campo eminentemente processual. É, então, titular do direito líquido e certo aquele que demonstrar, desde o ajuizamento da ação, a incontestabilidade do seu direito, mediante prova pré-constituída, em regra, consubstanciada em prova documental ou prova documentada, como v.g., uma justificação ou uma produção antecipada.

(...)

“A liquidez e a certeza, consoante a concepção ora lavrada, não erigem óbice à investigação jurídica da questio iuris envolta no mandamus, exigindo-se tão-somente que os fatos sejam comprovados de plano. Isso quer dizer que a complexidade da interpretação das normas atinentes ao direito invocado não apresenta óbice ao cabimento da ação, tratando-se inclusive de entendimento sumulado – Súmula nº 625 – pelo Supremo Tribunal Federal.”³

Contudo, no caso em testilha, não se vislumbra a existência do direito líquido e certo.

Isto porque, pretende a impetrante seja designada nova data para que possa realizar a entrevista para avaliação da condição de negra, em decorrência de sua autodeclaração no momento da inscrição do certame, ao argumento de que, na data designada para esse fim, por problema de saúde, viu-se impedida de comparecer.

Como se sabe, o edital consubstancia a lei interna do concurso público, de modo que suas disposições vinculam tanto a Administração quanto os participantes do certame, que aderem ao instrumento convocatório e, por isso, passam a se sujeitar ao regramento nele contido.

Desse modo, o candidato, ao submeter-se às regras de determinado concurso público, deve ter ciência de que os editais, tanto o preliminar quanto os demais, vinculam todos os participantes, em razão, sobretudo, dos princípios da isonomia e da impessoalidade. Outrossim, a banca não tem qualquer responsabilidade sobre eventuais intercorrências pessoais dos candidatos.

Na hipótese, vê-se que no edital do concurso prestado pela impetrante (Edital nº 09, de 23 de março de 2018, publicado no DJ nº 3996 de 27/3/2018) restou expressamente consignado no item 1.1 que o não comparecimento do candidato para as provas ou avaliações nas datas estabelecidas acarretaria em sua eliminação automática do certame e, ainda, que não haveria segunda chamada ou repetição da avaliação.

Se isso não bastasse, extrai-se do documento de f. 1.056, que a impetrante esteve sob cuidados médicos no período entre às 14:12h e 17:08h, o que possibilitaria seu contato com a Secretaria de Gestão de Pessoal para obter informações acerca da duração da entrevista, cuja avaliação, a teor do que se verifica do documento de f. 1.058 perdurou até às 18:15h (f. 1.058).

Logo, não há que se falar em direito líquido e certo da impetrante à pretendida remarcação de data para que seja submetida à avaliação.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, *mutatis mutandis*, é no sentido de que os candidatos em concurso público não têm direito à remarcação de testes, em virtude de contingências pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou decorrente de força maior.

3 Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010, p. 46-48.

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630733/DF, com repercussão geral reconhecida, em que restou firmada a seguinte tese:

Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 630733, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-228 Divulg 19-11-2013 Public 20-11-2013)

Registre-se que o Ministro Luiz Fux, ainda quando integrante do Superior Tribunal de Justiça, teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto no julgamento do REsp-AgRg 120.1478, no qual exarou o seguinte entendimento, do qual compartilho, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA – ETAPA DO CERTAME CONFORME DISPOSTO NO EDITAL – CANDIDATO TEMPORARIAMENTE INCAPACITADO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA – NOVO TESTE – IMPOSSIBILIDADE – ELIMINAÇÃO – PREVISÃO NO EDITAL. 1. O Edital é a lei do concurso, vinculando tanto a Administração quanto os candidatos às suas regras. 2. A concessão de tratamento diferenciado, nos casos de alteração psicológica ou fisiológica temporárias, não consignadas previamente em edital de concurso, obsta pretensão relativa à realização de segundo teste de aptidão física, para ingresso em cargo público, sob pena de violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia que regem os concursos públicos. 3. Precedentes: AgRg no REsp 752877/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010; RMS 21.877/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009; AgRg nos EDcl no RMS 22826/RO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2008, DJe 08/09/2008. 4. Agravo regimental desprovido”. (grifei) (STJ, AgRg no REsp 1201478/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/02/2011, DJe 22/02/2011)

A propósito, cabe destacar precedentes deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO – MANDADO DE SEGURANÇA – JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO – PRETENSÃO INICIAL EM CONFRONTO COM TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO – PERMISSIVO CONTIDO NO ART. 332 E EM CONSONÂNCIA COM OS ARTS. 926 E 927, TODOS DO NCPC – A EXISTÊNCIA DE AFETAÇÃO DE PROCESSO AO TEMA DOS RECURSOS REPETITIVOS E AINDA NÃO JULGADO PELO STF NÃO INTERFERE NESTA ORIENTAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Verificando-se que a pretensão inicial escora-se em fundamento de direito repellido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive e especialmente por recurso repetitivo julgado com fundamento no art. 1.036, do NCPC, de observância obrigatória, o que leva ao julgamento de improcedência liminar do pedido inicial, com fulcro no art. 332, II, do NCPC. 2. O tema nº 335 de Repercussão Geral: “Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica”. Embora o referido julgado não faça referência expressa às hipóteses de gravidez, trata-se, inequivocamente, de situação pessoal do candidato, utilizada como justificativa para a segunda chamada do exame de saúde e de aptidão física, amoldando-se perfeitamente ao caso tratado nos autos. Nesse sentido, aliás, a orientação adotada pelas 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça. 3. Ratifica-se, assim, a decisão singular, de

juízo de improcedência liminar do pedido. 4. Recurso conhecido e não provido. (TJMS. Agravo Interno nº 1400079-57.2018.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 07/06/2018, p: 11/06/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. ‘TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – CONCURSO PÚBLICO DE AGENTE PENITENCIÁRIO ESTADUAL – EXAME EXPRESSAMENTE PREVISTO EM LEI E NO EDITAL – CRITÉRIO OBJETIVO – DEMONSTRADO – REMARCAÇÃO DO EXAME – VEDAÇÃO NO EDITAL – CONSTITUCIONAL – NÃO VIOLA PRINCÍPIO DA ISONOMIA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA. A previsão do edital que não concede tratamento privilegiado nos casos de alteração fisiológica temporária, que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física do candidato, e não permite a realização do exame de aptidão física fora da data estabelecida no edital é constitucional e não viola o princípio da isonomia, nos termos do RE 630.733/DF, que assentou jurisprudência nesse sentido, em sede de repercussão geral. (TJMS. Mandado de Segurança nº 0800485-34.2017.8.12.0010, Fátima do Sul, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 03/07/2017, p: 05/07/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – CONCURSO PÚBLICO DE AGENTE PENITENCIÁRIO ESTADUAL – EXAME EXPRESSAMENTE PREVISTO EM LEI E NO EDITAL – CRITÉRIO OBJETIVO – DEMONSTRADO – REMARCAÇÃO DO EXAME EM RAZÃO DE DOENÇA – VEDAÇÃO NO EDITAL – CONSTITUCIONAL – NÃO VIOLA PRINCÍPIO DA ISONOMIA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA. A previsão do edital que não concede tratamento privilegiado nos casos de alteração fisiológica temporária, que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física do candidato e não permite a realização do exame de aptidão física fora da data estabelecida no edital é constitucional e não viola o princípio da isonomia, nos termos do RE 630.733/DF, que assentou jurisprudência nesse sentido, em sede de repercussão geral. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1412883-28.2016.8.12.0000, N/A, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 06/02/2017, p: 08/02/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO REPROVADO NO TESTE FÍSICO MARCADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM VIRTUDE DE TER SOFRIDO ACIDENTE AS VÉSPERAS DA PROVA – PRETENSÃO DE REALIZAR NOVO EXAME FÍSICO – INADMISSIBILIDADE – PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL QUE VEDAVA A REMARCAÇÃO DE QUALQUER DAS ETAPAS DO CERTAME – ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER. I. O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é de que “os candidatos em concurso público não têm direito à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo se houver previsão no edital permitindo essa possibilidade.” (STF. RE 630733 /DF. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15/05/2013). II. Se o edital do concurso vedava expressamente a remarcação de qualquer das etapas do certame, ressalvando, inclusive, que as circunstâncias temporárias limitadoras da capacidade física ou intelectual não configurariam exceção, deve prevalecer a sua normatividade, revelando-se defeso ao Judiciário substituir a vontade de lei regente do concurso e possibilitar a realização de novo teste físico ao candidato reprovado por circunstâncias fisiológicas. III. A previsão editalícia que proíbe a remarcação de avaliação física, em virtude de alterações na condição na saúde do candidato, não ofende o princípio da isonomia mas, ao contrário, na verdade tal princípio restaria violado se a Administração beneficiasse determinado indivíduo frente aos demais. IV. Ordem denegada, com o parecer. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1412073-24.2014.8.12.0000, Foro Unificado, 2ª Seção Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 18/12/2014, p: 12/01/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PRELIMINAR – FALTA DE INTERESSE DE AGIR POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – MÉRITO – REMARCAÇÃO DO EXAME DE CAPACIDADE FÍSICA – DOENÇA TEMPORÁRIA – SITUAÇÃO PESSOAL

DO CANDIDATO – IMPOSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO DA PROVA. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1411430-66.2014.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Wilson Bertelli, j: 12/02/2015, p: 20/02/2015)

De outros Tribunais de justiça, colho os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO DISTRITO FEDERAL – AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA – REMARCAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA. 1. O edital é a lei interna do concurso, de modo que suas disposições vinculam tanto a Administração quanto os participantes do certame, que aderem ao instrumento convocatório e, por isso, passam a sujeitar-se ao regramento nele contido. 2. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os candidatos inscritos em concurso público não têm direito à prova de segunda chamada, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo se houver previsão no edital (RE 630733/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2013). 3. *Apelação conhecida e não provida.* (TJ-DF 07109597020178070018 DF 0710959-70.2017.8.07.0018, Relator: Simone Lucindo, Data de Julgamento: 08/03/2018, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 11/03/2018. Pág.: sem página cadastrada.)

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – FASE DA AVALIAÇÃO DE APTIDÃO PSICOLÓGICA – NÃO COMPARECIMENTO DA CANDIDATA À ENTREVISTA PSIQUIÁTRICA – MARCAÇÃO DE NOVA DATA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A impetrante inscreveu-se no concurso público para ingresso na carreira de Inspetor de Polícia (Edital nº 001/2013), sendo aprovada nas fases de capacitação intelectual e física e realizada a entrevista relativa à sindicância sobre a vida progressa. Foi convocada para a realização de três etapas relativas à fase da avaliação de aptidão psicológica, sendo aprazada a entrevista psiquiátrica para o dia 04/01/2014. No dia aprazado a agravante não pode comparecer em virtude de estar acometida de doença. O Edital nº 001/2013 prevê que a avaliação psicológica terá caráter eliminatório (item 9.3), e o “candidato que deixar de comparecer a quaisquer das duas etapas (avaliação coletiva e entrevista individual) da Avaliação Psicológica, no dia, local e horário determinado pela Academia de Polícia Civil - ACADEPOL será eliminado do concurso público” (item 9.9). Questão pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu no RE 630733, em sede de repercussão geral, a inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em concurso público em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, conferindo tal vedação editalícia eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. Nada foi demonstrado acerca da ilegalidade do ato, não havendo como concluir pela violação de direito líquido e certo da impetrante na situação dos autos. *NEGADO SEGUIMENTO AO APELO (ART. 557, CAPUT, DO CPC), EM RAZÃO DA MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA.* (Apelação Cível nº 70064648801, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 22/02/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – INGRESSO NAS CARREIRAS DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA E DE INSPETOR DE POLÍCIA – PROVA DE CAPACITAÇÃO FÍSICA – IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – NOVA OPORTUNIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME – INADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. Além da questão relativa ao acidente sofrido pelo Impetrante (que teria limitado a sua capacidade de locomoção na data da realização da prova) reclamar incursão aprofundada na seara fático-probatória, o que não se admite na ação constitucional eleita, o acolhimento da pretensão do recorrente implicaria conferir a um candidato que não compareceu à prova de capacitação física uma segunda oportunidade para realizar os testes, criando-se um benefício não estendido aos demais candidatos, em manifesta violação ao princípio da isonomia. Precedentes. 2. Demais disso, o Edital é expresso (item 6.6) quanto à impossibilidade de mudança de horário ou nova prova em casos de alterações psicológicas ou fisiológicas, doença ou compromissos pessoais que impossibilitem o candidato de realizar os testes, ou de neles prosseguir, ou que lhe diminuam a capacidade físico-orgânica, em respeito ao princípio da isonomia, reconhecendo o Supremo

Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, a validade da cláusula editalícia que veda a remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde (RE 630733/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/05/2013). 3.Segurança denegada na origem. Apelação Desprovida. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70067485599, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 16/12/2015)

Note-se que, muito embora a questão retratada em alguns precedentes acima citados refiram-se ao teste de aptidão física, na questão versada nos autos se adota o mesmo posicionamento, por tratar-se de etapa de concurso público, em que o candidato pretende a remarcação, em desacordo com o edital.

Diante disso, não se vislumbra direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante.

Dispositivo

Ante ao exposto, afasto a preliminar e, no mérito, com o parecer, voto pela denegação da segurança.

Em observância ao princípio da causalidade, condeno o impetrante no pagamento das despesas processuais, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o §3º do art. 98 do CPC, por este litigar sob o pálio da justiça gratuita. 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.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade rejeitaram a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1407815-29.2018.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRELIMINAR – VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA – PRECLUSÃO – AFASTADAS – MÉRITO – AVALIAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO POR OFICIAL DE JUSTIÇA – EXISTÊNCIA DE EQUÍVOCO – FUNDADA DÚVIDA NA AVALIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO MEDIANTE PERITO QUE DEMONSTRE CONHECIMENTO TÉCNICO – EXCESSO DE EXECUÇÃO NECESSIDADE DE APURAÇÃO VIA PERÍCIA JUDICIAL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – HONORÁRIOS RECURSAIS DESCABIDOS – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

Não tendo havido anterior decisão relativa à questão do alegado excesso de penhora, não há que se falar em preclusão, muito menos de violação à coisa julgada.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu que “a existência de excesso de execução é típica matéria de ordem pública, não havendo que se falar em aplicação do instituto da preclusão neste caso”.

Existente fundada dúvida acerca da necessidade de capacidade técnica para avaliação do imóvel rural penhorado no feito de origem, deve ser nomeado perito judicial para tal intento, com fulcro no que dispõe o art. 873, inc. III do vigente CPC.

Diante da suspeita de excesso de execução, já que no cálculo do débito foi utilizada a cotação da arroba da vaca gorda e não da novilha, que ao que parece, possui uma cotação inferior, e tendo em vista que a documentação existente nos autos, bem como as diligências efetivadas por este Relator restaram infrutíferas, necessária se torna a realização de perícia judicial nos autos principais, a fim de que seja apurado de forma clara e precisa, se existe efetivamente excesso de execução no caso em tela.

Inexistência de dolo processual no agir da parte recorrente capaz de ensejar a aplicação da penalidade por litigância de má-fé prevista no artigo 79 do Código de Processo Civil.

Não há lastro para a pretensão de “majoração” de honorários advocatícios em razão da interposição de recurso, até porque, não houve fixação de honorários de sucumbência na origem, com o que, sequer há o que ser majorado.

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, afastar as preliminares e dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Vera Lúcia Pinto Costa, qualificada nos autos de cumprimento de sentença (Feito nº 0823814-78.2012.8.12.0001, da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Paulo Cesar de Arruda Cangussu, também qualificado, inconformada com a decisão interlocutória proferida na origem, interpôs agravo de instrumento.

Afirmou, em síntese, que o auto de avaliação de f. 485-486 não dispõe de informações e técnica necessárias à aferição do valor de mercado do imóvel rural, principalmente pela enorme discrepância encontrada entre este e o laudo de f. 113 e o outro elaborado por empresa idônea apta a tanto, o que gera prejuízo de enorme monta à devedora, acarretando na venda do bem por preço vil.

Referiu que a discrepância entre o valor da avaliação de f. 485-486 e aquela realizada às f. 113, confirmada pelo laudo juntado a este agravo é tamanha, que demonstra a necessidade de adequação do valor do imóvel rural penhorado, seja por se considerar a perícia realizada por Vinícius Coutinho, profissional de ilibada conduta, seja para reformar a decisão agravada para que nova perícia seja realizada por profissional especializado.

Dispôs que os 318ha1453m² pleiteados pelo agravado para penhora possuem o valor de R\$ 8.686.601,09 (vista) ou de R\$ 9.687.476,99 (prazo), a depender da forma de venda, enquanto o montante total do débito atualizado, que está majorado indevidamente, chegou ao valor de R\$ 2.879.117,71 demonstrando-se o excesso de execução.

Alegou que, ainda que se considere o valor do hectare como aquele existente no auto de avaliação do meirinho, chega-se ao montante de R\$ 6.362.906,00, que apesar de subavaliado, demonstra que é patente o excesso de execução, demonstrando-se a necessidade da redução da penhora.

Expôs que a fixação do preço vil em 70% do valor da avaliação piora ainda mais a condição da parte e viola o princípio da execução menor gravosa ao devedor, e tendo em vista as peculiaridades das terras penhoradas, deve ser fixado em, no mínimo, 85% do valor da avaliação definitivamente homologada.

Esclareceu, por fim, que merece reforma o *decisum* para que seja considerado o valor da arroba da novilha no cálculo da dívida, e não da arroba da vaca gorda, determinando-se que o agravado proceda com novo cálculo, em respeito ao que lhe fora determinado por sentença.

Em vista destas circunstâncias, pugnou pela atribuição do efeito suspensivo ao presente recurso e, no mérito, pelo seu conhecimento e provimento, a fim de:

1- Reconhecer a subavaliação promovida pelo auto de avaliação realizado pelo Sr. Oficial de Justiça do imóvel penhorado nestes autos (f. 485-486), determinando-se que seja fixado como valor do bem aquele encontrado no laudo de avaliação juntado aos autos deste agravo, que corrobora o laudo pericial de f. 113.

2- Subsidiariamente, que se determine a elaboração de novo laudo pericial, desta feita por profissional de reconhecida capacidade, preservando-se, pois, o direito dos litigantes de que a execução ocorra de forma justa e razoável, em especial, o princípio da execução menos gravosa ao devedor.

3- Seja reconhecido que persiste o excesso de penhora, reformando a decisão agravada para determinar que ela seja reduzida para 140 hectares, que é o montante necessário ao pagamento do valor atualizado da dívida, considerando-se o valor atualizado do hectare;

4- A reforma da decisão, para considerar como preço vil a venda do imóvel penhorado por valor inferior a, no mínimo, 85% do preço da avaliação definitivamente homologada; e,

5- Por fim, a reforma da decisão agravada, para determinar que o agravante refaça seus cálculos com base no preço da arroba de novilha e comprove nos autos, mediante informação oficial, o valor da arroba por ele considerada, nos exatos termos do título executivo, lembrando-se que todos os documentos anexados aos autos, inclusive o de f. 567, se referem a vaca gorda e não novilha.”

O recurso foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (f. 648-652).

O magistrado de piso prestou informações (f. 656).

A parte agravada apresentou contraminuta recursal (f. 666-681), arguindo preliminar de violação à coisa julgada, bem como a condenação da parte agravante por litigância de má-fé e a fixação de honorários recursais.

A agravante manifestou-se acerca da preliminar.

O julgamento foi convertido em diligência, sendo determinada a expedição de ofício a alguns órgãos, em busca da verdade real.

As partes manifestaram-se acerca das informações prestadas nos autos.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vera Lúcia Pinto Costa, em face da decisão proferida nos autos de cumprimento de sentença (Feito nº 0823814-78.2012.8.12.0001, da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Paulo Cesar de Arruda Cangussu.

Preliminar – Violação à coisa julgada/preclusão

Inicialmente cumpre registrar que no julgamento do agravo de instrumento nº 1409436-66.2015.8.12.0000, não houve o enfrentamento da alegação de excesso de penhora. Ao revés, pois que naquele julgado, de minha lavra, restou sedimentado que o alegado excesso de penhora deve ser decidido após a avaliação, quando se terá parâmetros mais seguros a respeito do valor dos bens penhorados.

Portanto, não obstante o desprovemento do recurso, não houve decisão relativa à questão do alegado excesso de penhora, não havendo que se falar em preclusão, muito menos de violação à coisa julgada.

Com relação ao excesso de execução, também não há que se falar em violação à coisa julgada, pois segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça “a existência de excesso de execução é típica matéria de ordem pública, não havendo que se falar em aplicação do instituto da preclusão neste caso” (AREsp: 589852/MS).

Mérito recursal

A irresignação da agravante reside em suposto equívoco na avaliação do bem imóvel penhorado nos autos de origem, consistente em 318 hectares e 1453 metros da Fazenda Campo da Paz, objeto da matrícula nº 26.269 do CRI do 1º Ofício de Imóveis de Ponta Porã-MS, localizada nos Municípios de Ponta Porã e Maracaju, MS, e, ainda, na existência de excesso de penhora e de execução, tendo em vista que o agravado levou em consideração o valor da arroba da vaca gorda, enquanto a sentença objeto de cumprimento determina que seja o valor da novilha.

Primeiramente, porém, pertinente fazer um breve retrospecto dos fatos que permeiam a lide.

O laudo de avaliação confeccionado por oficial de justiça, em julho de 2016, mensurou o valor de R\$ 6.362.906,00, (R\$ 20.000,000 por hectare) ao bem penhorado (f. 496-497), cujo teor foi impugnado pelo executado.

Diante deste cenário, sobreveio a decisão recorrida, *in verbis*:

“Entretanto, no caso em questão tal não ocorreu, uma vez que a executada não trouxe aos autos qualquer prova de suas alegações que pudesse levar ao convencimento judicial de que o valor do imóvel atribuído pelo oficial de justiça avaliador está em desacordo com a realidade.

Frise-se que o laudo apresentado às f. 113-114 foi efetuado de forma unilateral, por profissional de sua confiança, não havendo qualquer outro documento nos autos que corrobore com suas afirmações.

Cumpra observar que para se alcançar o valor atribuído pelo oficial de justiça que procedeu ao ato, “foram analisadas as transações do mercado imobiliário, sendo que, tanto vendedor quanto comprador agiriam de forma prudente, sem que os valores fossem influenciados por estímulos indevidos” (f. 485).

Desta forma, mantenho a avaliação efetuada às f. 485-486.

Homologo a desistência das penhoras sobre os imóveis matrículas nº 3.733 e 5.656 do 1º CRI de Ponta Porã-MS, conforme requerido pelo exequente às f. 524.

Esclareça o exequente quanto a informação de que há duplicidade no cumprimento de sentença, levando em consideração que os Autos nº 0104194-63.2008.8.12.0001 encontra-se em trâmite, bem como quanto ao interesse na adjudicação de parte do imóvel penhorado ou pretende o praxeamento do bem.

Intime-se ainda o exequente para manifestar-se sobre a impugnação do cálculo apresentado às f. 202-208, na qual a executada aduz erro porquanto o exequente indicou como preço da novilha o valor atribuído à vaca gorda (f. 56) e f. 516-522 uma vez que houve capitalização de juros.

Intimem-se.”

Feito este breve retrospecto dos fatos que permeiam a irresignação recursal, passo à análise de seus fundamentos.

Necessidade de reavaliação do imóvel penhorado

Neste aspecto prospera a irresignação recursal.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o oficial de justiça auxilia o órgão jurisdicional cumprindo fora da sede do juízo as suas determinações. Por esta razão, tem poder para, em nome do juiz de direito, dar cumprimento às determinações deste, dentre as quais se inclui a de realizar penhora, arresto, sequestro e efetuar avaliações, nos termos do art. 154, inc. V do CPC.

Segundo o art. 870 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil,

“(...) A avaliação será feita pelo oficial de justiça. Se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.

Assim, via de regra, a avaliação deve ser feita pelos oficiais de justiça, somente sendo necessário a nomeação de avaliador se houver necessidade de conhecimentos especializados.

Na hipótese sob julgamento, cuida-se de avaliação de imóvel rural, realizada em julho de 2016, a qual apresenta considerável discrepância com o valor apurado por laudo particular, realizado por engenheiro civil.

Nesta toada, analisando detidamente a avaliação do oficial de justiça sobre o imóvel penhorado, verifica-se a existência de mácula capaz de rejeitá-la, visto que, como dito, há relevante discrepância no valor do hectare daquele em relação ao laudo particular, realizado por engenheiro civil.

Não fosse isso, deixou de ser ponderado as reais e concretas benfeitorias que guarnecem o imóvel avaliado, o que corrobora com a conclusão de que se mostra imperiosa a avaliação técnica do bem, sem prejudicar o patrimônio da parte devedora, garantindo-se uma apropriação justa para liquidação do débito exequendo.

Assim, comprovado equívoco/erro na avaliação do imóvel penhorado no cumprimento de sentença de origem, somado, ainda, com a longínqua data de sua confecção, prospera a irresignação da agravante no sentido de que nova avaliação seja realizada sobre o bem penhorado.

Outrossim, cumpre definir se esta avaliação requer conhecimento técnico, a justificar a nomeação de perito para mensuração do valor do imóvel penhorado.

Em detida análise da avaliação efetuada por oficial de justiça, conclui-se que esta mostra-se superficial em face da complexidade do bem objeto do ato avaliatório, em especial por se tratar de imóvel rural, diante do potencial produtivo que este pode alcançar, bem como das benfeitorias que o garante (terra de qualidade, área formada, pastos limpos e separados etc).

Do referido auto de avaliação consta que o Oficial de Justiça Avaliador justificou como fonte de pesquisa, transações do mercado imobiliário.

Entretanto, inexistente sequer a indicação de quais outras propriedades rurais foram utilizadas como parâmetro para a avaliação ou mesmo de anúncios de imóveis na região dos bens avaliados.

Nesse passo, cumpre ressaltar que a avaliação impugnada evidencia trabalho que demanda especialização técnica, tendo em vista a extensão da propriedade e sua destinação econômica, entre outros fatores que o *expert* julgar pertinentes ao inspecionar o bem.

Com efeito, denota-se, além das argumentações da agravante, que o bem apresenta elementos que deixaram de ser valorados pelo meirinho e que, por isso, resultariam em valor diverso.

Logo, existe fundada dúvida acerca da necessidade de capacidade técnica para avaliação do imóvel rural penhorado no feito de origem, razão pela qual merece provimento a irresignação recursal, a fim de que seja nomeado perito judicial para tal intento, com fulcro no que dispõe o art. 873, inc. III do vigente CPC (antigo art. 683 do CPC/73), *in verbis*:

Art. 873. É admitida nova avaliação quando:

(...)

III - o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.

Neste sentido:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Cédula de Crédito Bancário – Penhora de imóvel rural – Avaliação por oficial de justiça que não levou em consideração as benfeitorias existentes no imóvel, e cujo valor está muito abaixo do mercado – Circunstâncias que autorizam nova avaliação por perito oficial a ser nomeado pelo juízo monocrático – Despesas que devem ser suportadas pelo executado (arts. 19 e 33, do CPC) – Pedido de substituição do bem – Impossibilidade – Imóvel oferecido espontaneamente pelos devedores em garantia hipotecária – Recurso parcialmente provido, com observação. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2000448-80.2016.8.26.0000. 11ª Câmara de Direito Privado. Rel. Gilberto dos Santos. J. 04/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AVALIAÇÃO DE IMÓVEL – OFICIAL DE JUSTIÇA – PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ QUE SOMENTE SERÁ AFASTADA MEDIANTE PROVA CONTUNDENTE DE ERRO – RECURSO NÃO PROVIDO. (...) Uma nova avaliação somente se justifica caso haja prova contundente de que o Oficial de Justiça, que possui fé pública, agiu com erro. (TJMS. Agravo Regimental em Agravo n. 2010.034409-9. Terceira Câmara Cível. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. 30/11/2010)

Portanto, sob este aspecto, prospera a irresignação recursal, porquanto comprovado erro na avaliação do bem penhorado no processo de origem que justifica a necessidade de reavaliação deste por intermédio de *expert* a ser nomeado pelo juízo *a quo*.

Excesso de penhora

Sob outro enfoque, cumpre analisar a alegação de excesso de penhora.

Neste pormenor a norma processual vigente, em seu art. 874, inc. I, dispõe:

Art. 874. Após a avaliação, o juiz poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar:

I - reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios;

Referido dispositivo legal busca, na medida do possível, que o processo de execução tramite de forma equilibrada e proporcional, aliando os interesses do exequente e ponderando-se o princípio da menor onerosidade do executado, impondo-se que o magistrado proceda eventual ajuste que se evidencie após a avaliação do bem penhorado.

Isto porque o princípio da execução menos gravosa para o executado não é absoluto, devendo ser considerado de forma harmônica com o princípio geral e preponderante de que a execução deve ser realizada no interesse do credor, conforme dispõe o art. 797 do vigente CPC.

Na hipótese, pelas circunstâncias supra declinadas, não restou comprovado qualquer excesso, devendo o montante do débito ser devidamente apurado. Não fosse isso, como ainda pende a efetiva avaliação do bem, pertinente que eventual excesso seja aferido após a concretização daquela, porquanto tal alegação não preclui.

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXCESSO DE PENHORA – PRECLUSÃO – INOCORRÊNCIA – REDUÇÃO DA PENHORA – I – Inocorrência de preclusão acerca da matéria relativa ao excesso de penhora – Reconhecido que a possibilidade de pleitear a incorreção ou a redução da penhora exsurge para parte somente após a avaliação do bem penhorado, o que se deu somente em 09.11.2016 – Pleito tempestivo do agravante, através de simples petição, para a redução da penhora - Inteligência dos arts. 874, I, c.c. 917, II e § 1º, do NCPC – II – Incabível, por outro lado, a redução da penhora pretendida – Existência de diversas alienações parciais da área do imóvel penhorado, conforme certidão de inteiro teor, o que reduz a área penhorada e conseqüentemente o valor total da penhora - Dívida em execução atualizada que corresponde a quase 30% do valor do imóvel penhorado – Persistindo dúvidas acerca da suficiência da penhora para assegurar o crédito perseguido, recomenda-se cautela na aplicação dos artigos 850 e 874, I, do NCPC – Redução da penhora incabível, ao menos por ora – Decisão reformada em parte – Agravo parcialmente provido”. “FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE INSOLVÊNCIA DO EXECUTADO - Para o reconhecimento da fraude à execução, não basta a simples alienação do bem após a citação – Necessário, ainda, o registro de penhora do bem alienado ou prova da má-fé do terceiro adquirente – Hipótese em que houve o regular registro da penhora junto a matrícula do imóvel, na forma do art. 659, §4º, do ACPC com correspondência no art. 844 do NCPC – Requisitos da Súmula nº 375 do C. STJ igualmente preenchidos – Possibilidade, ademais, de insolvência do agravante, em razão da existência de alienações parciais de glebas do imóvel, e de ações de execuções ajuizada em face do agravante, todas já registradas junto à matrícula do referido imóvel – Fraude à execução caracterizada – Decisão mantida – Agravo improvido”. “DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DA MULTA POR ATO ATENTATÓRIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – I - Reconhecido o descumprimento da ordem judicial por parte do agravante, vez que efetuou a venda a terceiro de parte do imóvel em 14/10/2016, mesmo estando o imóvel penhorado em

sua totalidade para garantir a presente execução, desde 23/03/2015 – Correta condenação do agravante ao pagamento da multa por ato atentatório a dignidade da justiça, por fraudar a execução – Aplicação do art. 774, I, do NCPC – II - Possibilidade, no entanto, de redução do percentual da multa fixado, de 10% para 1%, diante do valor expressivo em execução (R\$11.315.555,96) - Observância aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade – Valor suficiente para reparar a parte contrária, relativamente aos prejuízos sofridos – Decisão reformada em parte – Agravo parcialmente provido”. “CONTRAMINUTA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONDENAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – Um mesmo comportamento processual não pode ser sancionado mais de uma vez com a mesma finalidade, devendo ser observado o escopo punitivo ou reparatório da sanção, conforme o caso – Ausência de demonstração de que o agravante esteja arguindo pretensão ou defesa contra texto de lei ou fato incontroverso, alterando a verdade dos fatos ou com intuito manifestamente protelatório, tanto que é parte de sua irresignação está sendo provida neste recurso – Inocorrência de caracterização das hipóteses que tratam da litigância de má-fé - Afastado o pedido formulado em contraminuta”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2055450-98.2017.8.26.0000; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Promissão - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 22/02/2018; Data de Registro: 22/02/2018). Destaquei.

Do excesso de execução

De outro lado, cumpre analisar a alegação de excesso de execução.

Segundo a agravante, o cálculo do débito está sendo executado com base em parâmetros equivocados, já que diferentes daqueles estipulados na sentença objeto de cumprimento, na medida em que o exequente utilizou a cotação da arroba da vaca gorda (R\$ 46,50) e não da novilha (R\$ 40,00), para auferir o valor inicial do débito.

In casu, o próprio exequente, ora agravado afirmou ter laborado em equívoco na confecção do cálculo do débito, já que utilizou do valor da arroba da vaca gorda, e não da novilha.

Entretanto, ao contrário do que entendeu o magistrado de piso, o documento juntado à f. 567 dos autos principais (e-mail encaminhado por particular), não pode ser considerado como prova inequívoca de que o valor da arroba da novilha em 29/10/2004 era de R\$ 49,68. Também não se pode considerar o documento juntado à f. 56 dos autos principais, já que apenas informa o valor da arroba da vaca gorda na data de 30 de outubro de 2014, nada mencionando quanto à arroba da novilha.

Diante disso, em busca da verdade real, esse relator converteu o julgamento em diligência e determinou a expedição de ofício à Federação da Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul - Famasul, solicitando informações acerca do valor da arroba da novilha no estado, na data de 29 de outubro de 2004.

Em resposta à solicitação desse julgador, a Famasul informou (f. 735), que o preço médio da arroba da novilha no Estado em 29 de outubro de 2004 era:

Para novilha nelore de 12 a 15 meses : 23,43

Para novilha nelore de 15 a 18 meses: 22,88

Para novilha nelore de 18 a 24 meses: 22,29

Para novilha nelore acima de 24 meses: 23,33

Em seguida, a pedido das partes foi oficiado ao Iagro e Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária (CNA), solicitando-se informações quanto ao valor da arroba da novilha em 29.10.2004.

A CNA informou que utiliza como base informações disponibilizadas pelo Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA) da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, unidade da Universidade de São Paulo, e que apenas existe documentação quanto ao preço total da novilha de reposição de 12 a 24 meses, sem especificar o peso do animal, o que inviabilizou o cálculo do valor da arroba. Entretanto, apontou que o preço médio da novilha de 12 a 24 meses nesse período, era de R\$ 327,33 (f. 754-755).

O Iagro, por sua vez, também não informou o valor médio da arroba da novilha, (f. 757), mas apenas o preço médio da novilha no Estado, no mês de outubro de 2004, sem estabelecer seu peso:

Para novilha de 12 a 15 meses : 260,00

Para novilha de 15 a 18 meses: 297,00

Para novilha acima de 24 meses: 394,00

Após as diligências pleteadas pelas partes, percebe-se que o único órgão capaz de informar com exatidão o valor da arroba da novilha no mês de outubro de 2004 foi a Famasul (f. 735).

Os ofícios recebidos da CNA e Iagro são inconclusivos, já que impossibilitam saber com exatidão o valor da arroba da novilha no período em questão, razão pela qual, devem ser desprezados.

Ocorre que, existe uma enorme discrepância entre o valor da arroba da novilha apontado pela Famasul - média de R\$ 23,00 - e aquele apontado na perícia extrajudicial de f. 616-620 dos autos principais, contratada pela parte devedora – R\$ 40,31, ora agravante.

Dessa forma, diante da suspeita de excesso de execução, já que no cálculo do débito foi utilizada a cotação da arroba da vaca gorda (R\$ 46,50) e não da novilha, que ao que parece, possui uma cotação inferior, e tendo em vista que a documentação existente nos autos, bem como as diligências efetivadas por este relator restaram infrutíferas, necessária se torna a realização de perícia judicial nos autos principais, a fim de que seja apurado de forma clara e precisa, se existe efetivamente excesso de execução no caso em tela.

Multa por litigância de má-fé

Por fim, quanto ao pedido de condenação da parte agravante nas penas por litigância de má-fé, oportuno os ensinamentos de Néelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“(...) É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o ‘improbis litigator’, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14.” (in Código de Processo Civil Comentado, pág. 397, 5ª edição, 2001).”

No caso, não se vislumbram fundamentos que justifiquem a condenação da parte recorrente nas penas por litigância de má-fé, tendo em vista não restar demonstrado ter incorrido alguma conduta nas hipóteses previstas nos artigos 79 e 80, do NCPC.

Dos honorários recursais

Por fim, registre-se que não há lastro para a pretensão de majoração de honorários advocatícios em razão da interposição de recurso, até porque, não houve fixação de honorários de sucumbência na origem, com o que, sequer há o que ser majorado.

De qualquer forma, em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça deixou claro quais os pressupostos de cabimento dos honorários recursais, nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA N. 182 DO STJ – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AFASTAMENTO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – COMPENSAÇÃO.

1. *É inviável o agravo previsto no art. 1.021 do CPC/2015 que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula n. 182/STJ).*

2. *Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos.*

3. *É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando simultaneamente se apresentarem os seguintes requisitos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente, e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem, no feito em que interposto o recurso.*

4. *No caso dos autos, reconhecida a sucumbência recíproca, foi determinada a compensação dos honorários advocatícios, que, portanto, não podem ser majorados.*

5. *Agravo interno parcialmente provido.* (AgInt no AREsp 1153788/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) (grifos meus)

E o presente feito, à evidência, não se enquadra em tais requisitos, mormente porque, como já dito, não houve fixação de honorários advocatícios na origem.

Dispositivo

Ante o exposto, afasto as preliminares de violação da coisa julgada/preclusão levantadas em contraminuta recursal, conheço deste agravo de instrumento interposto por Vera Lúcia Pinto Costa e dou-lhe parcial provimento, para reformar parcialmente a decisão recorrida e determinar a realização de nova avaliação do bem penhorado no processo de origem por intermédio de perito judicial a ser nomeado pelo juízo *a quo*, bem como de perícia judicial a fim de se constatar eventual existência de excesso de execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e deram parcial provimento, nos termos do voto do relator, Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

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, 30 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0900510-82.2017.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEPOTISMO – REQUERIDO NOMEADO PARA CARGO EM COMISSÃO QUE É GENRO DA SECRETÁRIA ESTADUAL DE OUTRA PASTA – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO – ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA – INOCORRÊNCIA – CONTRA O PARECER, RECURSOS PROVIDOS PARA, EM REFORMANDO A SENTENÇA, JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.

Se inexistente subordinação hierárquica, entre o requerido e sua sogra, já que lotados perante Secretarias diversas, não há falar em nepotismo. Precedentes do STF.

No caso, não se verificou ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, razão pela qual o recurso deve ser provido para, em reformando a sentença, julgar improcedente a ação.

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, contra o parecer, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Estado de Mato Grosso do Sul e Marcelo Monteiro Salomão, qualificados nos autos da ação civil pública (Feito nº 0900510-82.2017.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que lhes promove o Ministério Público Estadual, também qualificado, inconformados com a sentença proferida na origem, interpuseram recursos de apelação cível.

Marcelo Monteiro Salomão, nas razões recursais de f. 375-390, aduz, em resumo, que não se trata de nomeação política, mas técnica; que é inaplicável, ao caso, o enunciado da Súmula nº 13 do STF; que sua atuação perante o PROCON tem sido de efetiva tutela aos interesses do órgão.

O Estado de Mato Grosso do Sul, nas razões recursais de f. 411-419, aduz que não é aplicável a Súmula Vinculante nº 13 a agentes políticos, tendo o Juízo *a quo* aplicado de forma incorreta a jurisprudência consolidada da Suprema Corte, pois, no caso, se trata de cargo eminentemente político (Superintendente de Orientação e Defesa do Consumidor).

Referiu que não se considerou o requisito expresso na Súmula Vinculante nº 13 para configurar a prática de nepotismo, qual seja, a necessária vinculação hierárquica entre a autoridade nomeante e o servidor exercente de cargo em comissão.

Disse que restou incontroverso que a Secretária Estadual de Educação, sogra de Marcelo Monteiro Salomão, não possui qualquer poder de gestão, chefia ou direção sobre a Superintendência do PROCON/MS, a qual, é vinculada à outra Secretaria Estadual, a outro Gestor Estadual.

Alegou que sentença recorrida deve ser reformada, a fim de se evitar ofensa aos princípios da harmonia, isonomia e separação entre os Poderes Estatais, contidos no art. 2º da CF/88 e reproduzido por simetria no art. 2º da Constituição Estadual.

Requer, ao final, o provimento do recurso a fim de, em se reformando a sentença, reconhecer a não configuração de nepotismo na situação narrada na exordial, com a conseqüente improcedência do pedido formulado.

Contrarrazões apresentadas às f. 427-439.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 467-475).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, o Estado de Mato Grosso do Sul e Marcelo Monteiro Salomão, qualificados nos autos da ação civil pública (Feito nº 0900510-82.2017.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que lhes promove Ministério Público Estadual, também qualificado, inconformados com a sentença proferida na origem, interpueram recursos de apelação cível.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

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 duplo efeito por força de Lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos e passo à análise de suas razões, em conjunto, por ordem de prejudicialidade.

Do mérito

A matéria devolvida reside na incidência do disposto no enunciado da Súmula Vinculante nº 13 do e. STF aos agentes políticos servidores públicos de outra esfera da Administração, tendo em vista a nomeação do recorrente para “*para o cargo em comissão de Direção Superior e Assessoramento na Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho e, posteriormente, para a função de Superintendente da Superintendência de Orientação e Defesa do Consumidor*”. A sentença foi de procedência do pedido inicial, condenando o requerido - Estado de Mato Grosso do Sul - a proceder a imediata exoneração do referido servidor (f. 343).

De início, conveniente transcrever a Súmula Vinculante nº 13 do e. STF:

“(...) A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo de comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Na espécie, depreende-se a nomeação do apelante, Sr. Marcelo Monteiro Salomão, para o cargo de direção superior e assessoramento na Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho e, posteriormente, para a função de Superintendente da Superintendência de Orientação e Defesa do Consumidor, e a relação de parentesco – sobrinho da atual Secretária de Educação.

Observa-se dos autos que a senhora Maria Cecília Amendola da Motta, Secretária de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, possui vínculo de parentesco em primeiro grau em linha reta por afinidade com Marcelo Monteiro Salomão, requerido na presente ação e que exercia cargo em comissão de direção superior e

assessoramento na Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho, desempenhando a função de Superintendente da Superintendência de Orientação e Defesa do Consumidor (vide nomeação publicada no Diário Oficial nº 9.371, de 17 de março de 2017, f. 261).

Vê-se, da certidão de casamento acostada à f. 146, que o servidor referido é casado com Viviane Amendola da Motta, filha de Maria Cecília, e, portanto, é genro desta última.

Desse modo, resta evidente a relação de parentesco entre o requerido e Secretária de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul. A questão controvertida, portanto, é saber se há ou não vedação no ordenamento de que apelante Marcelo ocupe o cargo de comissão referido, de forma concomitante com o exercício do cargo de Secretária de Estado de Educação por Maria Cecília Amendola da Motta, considerando a inequívoca relação de parentesco entre ambos.

A propósito, acompanho o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que, para a configuração objetiva do nepotismo, faz-se imprescindível a demonstração de hierarquia ou projeção funcional do servidor público de referência, ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento em órgão público, com a pessoa contratada com a qual possua relação de parentesco.

Neste sentido, colho o seguinte precedente:

*EMENTA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO OBJETIVA DE NEPOTISMO – RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA CASSADA. 1. Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. **Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas.** 3. Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida. (Rcl 18564, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, Processo Eletrônico DJE-161 Divulg 02-08-2016 Public 03-08-2016) Destaqueei.*

Na hipótese, todavia, não restou comprovada qualquer vinculação entre o requerido Marcelo e a Secretaria de Estado de Educação, já que o cargo para o qual aquele foi designado vincula-se à Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho, a despeito de ser incontroversa a relação de parentesco entre ambos. Até porque a nomeação de Marcelo para o cargo de Superintendente do PROCON/MS realizou-se pelo Chefe do Poder Executivo Estadual.

Ainda que o *Parquet* argumente que o referido demandado tenha sido nomeado para outros cargos vinculados à Secretaria da qual sua sogra desempenha função pública, em verdade, ele exerce, ou exerceu, cargo em comissão vinculado à pasta diversa daquela, qual seja, Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho e Superintendente da Superintendência de Orientação e Defesa do Consumidor.

Desse modo, diante da competência para a nomeação do requerido Marcelo Monteiro Salomão no cargo de Superintendente do PROCON/MS e da ausência de subordinação hierárquica entre o nomeado e sua sogra, não há como verificar-se no caso qualquer violação ao princípio da impessoalidade e, ainda, moralidade administrativa.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e por Marcelo Monteiro Salomão e, contra a parecer, dou-lhes provimento para, em reformando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento aos recursos, 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, 28 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1403971-37.2019.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PESSOA JURÍDICA – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO STJ – RELAÇÃO DE CONSUMO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 6º, DO CDC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

“O Superior Tribunal de Justiça tem atenuado a aplicação da teoria finalista, admitindo a incidência do Código de Defesa de Consumidor na relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais quando estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência.” (STJ; REsp 746.885/SP).

Verificada, no caso, a vulnerabilidade técnica da empresa embargante, admite-se a incidência das normas de proteção ao consumidor e, por consequência, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

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, 14 de maio de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Banco do Brasil S.A., nos autos de Embargos à Execução de nº 0800018-83.2018.8.12.0054, em que contende com Antônio Advino de Souza Carvalho-ME e Juliano Rodrigues Carvalho, interpõe agravo de instrumento.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Insurge-se contra a decisão saneadora que reconheceu a incidência do CDC ao caso em tela e determinou a inversão do ônus da prova;

As normas de proteção e defesa do consumidor não se aplicam à relação jurídica estabelecida entre as partes, porquanto não há consumidor final, já que os agravados/devedores adquiriram o produto da agravante para fomentar a atividade empresarial deles e não para consumo final;

Não estão comprovados os requisitos que autorizam a inversão do ônus da prova, vez que não há verossimilhança nas alegações iniciais, pois não houve abuso de poder por parte da agravante, tampouco é possível falar em impossibilidade de produção de provas necessárias ao deslinde do feito;

Também não há hipossuficiência, pois inexistente diminuição da capacidade do consumidor no aspecto social, de acesso à informações, etc; e,

Estão presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento da súplica conforme arrazoado.

O recurso foi recebido em seu efeito devolutivo.

Devidamente intimados, os agravados apresentaram resposta ao recurso, batendo-se pelo desprovimento da súplica.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Banco do Brasil S.A., nos autos de Embargos à Execução de nº 0800018-83.2018.8.12.0054, em que contende com Antônio Advino de Souza Carvalho-ME e Juliano Rodrigues Carvalho, interpõe agravo de instrumento.

Conforme relatado, trata-se de recurso interposto contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada que, no presente feito, reconheceu a incidência das regras do CDC ao caso em tela e determinou a inversão do ônus da prova.

Eis os termos da decisão combatida:

“Trata-se de ação embargos à execução em que figuram as partes suprarreferidas, vindo o processo concluso para a fase saneadora. Passo a decidir na forma do art. 357 do NCPC.

Inicialmente, saliento que não há outras preliminares a serem analisadas, posto que nos embargos todas as questões ventiladas são atinentes ao mérito, pois buscam em sua totalidade a extinção da demanda executiva (sendo um erro bastante comum chamar tais questões de “preliminares”). Deste modo, serão analisadas na oportunidade da sentença.

Não há preliminares a serem analisadas. Ademais, não há vícios a serem sanados ou nulidades a serem pronunciadas, por isso, ausentes questões processuais, declaro saneado o feito.

Antes de prosseguir esclareço que, ao contrário do alegado na impugnação, a relação entre as partes é de consumo, porque, além da embargada se enquadrar no conceito de fornecedor (por oferecer produtos e serviços no mercado financeiro), o embargante é consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, uma vez que é usuário do serviço oferecido em caráter final.

Logo, são plenamente aplicáveis as regras do CDC ao presente caso, como a inversão do ônus da prova.

Fixo como pontos controvertidos: a conclusão/efetivação do negócio jurídico entre as partes, como a entrega do bem em arrendamento.

Para esclarecimento destes pontos, defiro a produção de prova testemunhal, conforme pleiteado (art. 385, § 1º do NCPC).

Ressalto, por fim, que a produção de prova documental deve se dar na forma dos arts. 434 e 435 do Novo Código de Processo Civil, não havendo que se deferir previamente eventual juntada.

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC e, considerando a verossimilhança da alegação, além da insuficiência probatória do consumidor, inverte o ônus da prova”.

Neste recurso, o agravante busca a reforma a decisão combatida, ao argumento de que o CDC não é aplicável ao caso dos autos e, ainda, não ser possível a inversão do ônus da prova.

Pois bem. Conquanto em decisão inicial deste recurso, tenha concluído pela não incidência do CDC, analisando a questão posta em julgamento, e atento ao direcionamento da jurisprudência da Corte Superior, entendo que a súplica não prospera.

Explico.

De fato, o STJ tem o entendimento firmado de que, nos termos da teoria finalista, as normas de proteção ao consumidor não são aplicáveis ao consumidor intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Em outras palavras, por esta teoria, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Contudo, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29, do CDC, a jurisprudência *“tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor”*. (REsp 1195642/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012.)

Neste contexto, para definir então a incidência ou não do CDC ao caso em análise, deve-se analisar se a pessoa jurídica, embora não seja tecnicamente destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra, podendo ser equiparada a condição de consumidora.

E, no caso dos autos, observando-se que o agravado, autor dos embargos à execução, é empresário individual, proprietário de uma borracharia na cidade de Nova Alvorada do Sul-MS, e supostamente teria adquirido um veículo para auxiliar na prestação dos seus serviços (utilização do veículo em benefício próprio), aliado ao fato de que a agravante é uma das principais instituições financeiras no país, não há dúvidas acerca da vulnerabilidade do embargante a justificar a incidência das normas de proteção ao consumidor.

E mais, a empresa agravada apresenta a característica da vulnerabilidade técnica frente à instituição financeira, uma vez que esta é especializada nas áreas de economia e finanças, os quais habitualmente oferecem serviços como o de concessão de crédito, ao passo que aquela não opera no mercado financeiro.

Por oportuno:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – PESSOA JURÍDICA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCIDÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CARACTERIZADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos bancários por expressa disposição legal, sendo aplicável a inversão do ônus da prova e, portanto, ensejando na obrigação da Instituição Financeira provar seu direito, visando ilidir a presunção que passou a vigor em favor do consumidor. É possível a aplicação da inversão do ônus da prova desde que preenchidos os requisitos do inciso VII, do artigo 6º, do CDC, mesmo em se tratando de pessoa jurídica. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410668-45.2017.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 13/11/2017, p: 14/11/2017)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EMPRÉSTIMO DE CAPITAL DE GIRO PARA INCREMENTO EM ATIVIDADE EMPRESARIAL – VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA PERANTE O BANCO – APLICAÇÃO DO CDC – POSSIBILIDADE – TEORIA FINALISTA TEMPERADA – RECURSO DESPROVIDO. “O Superior Tribunal de Justiça tem atenuado a aplicação da teoria finalista, admitindo a incidência do Código de Defesa de Consumidor na relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais quando estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência.” (STJ; REsp 746.885/SP). (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1408648-18.2016.8.12.0000, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 21/09/2016, p: 23/09/2016)

Dito isso, verificada a relação de consumo existente entre as partes, admite-se a inversão do ônus da prova, na forma como estabelecido pelo art. 6º, VIII, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Logo, verificada a hipossuficiência técnica da empresa agravada, possível a inversão do ônus da prova.

Destarte, inexistente qualquer razão para modificar a decisão objurgada.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso.

DECISÃO

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0839209-42.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADA – NO MÉRITO – OBRIGAÇÃO DE INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS DE IDENTIFICAÇÃO DE VAGAS EM ESTACIONAMENTOS PARTICULARES – PROPRIEDADE PRIVADA – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO – APELO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.

Comprova-se a necessidade de impetração do mandado de segurança, porquanto a lei em questão prevê prazo para adequação e penalidades, caracterizando-se como lei de efeitos concretos, o que demonstra a necessidade e adequação.

O teor da Lei Complementar nº 247, de 23 /09/2014 possibilita concluir que a matéria abordada em sua redação é da competência legislativa federal, haja vista o teor dos artigos 22, I; 25, § 1; e, 30, I e II, todos da Constituição Federal.

Por estar a citada legislação, regulamentando a forma de exploração econômica de propriedade privada, matéria de direito civil, forçoso reconhecer que esta incorre em inconstitucionalidade, por não ser matéria da competência do Município, além de violar a livre iniciativa privada e concorrência da recorrida, não admitida ao Estado legislar.

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 e com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à remessa necessária e ao apelo voluntário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda e Registros Públicos desta Comarca submete à remessa necessária a sentença proferida neste mandado de segurança impetrado por Norte Sul Estacionamento Ltda contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Campo Grande e pelo Superintendente do Procon.

Há, ainda, um apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul sustentando que:

A sentença deve ser reformada por ausência de interesse de agir, uma vez que, pela via eleita, não se é possível cancelar os efeitos da Lei Complementar Municipal de nº 247/2014, nos termos da Súmula de nº 266, do STF;

A referida lei não trata de matéria relativa ao direito de propriedade, questão que só poderia ser legislada pela União, nos termos do art. 22, I, da CF. Do contrário, a finalidade da lei municipal é tolher a ação unilateral

do fornecedor de serviço, que age de forma abusiva, ao deixar de prestar os devidos esclarecimentos com relação à existência de vagas desocupadas. Ou seja, insere-se no âmbito do direito do consumidor, de modo que o Município possui competência de suplementar a legislação federal e a estadual, bem como legislar sobre assuntos de interesse local, nos termos do art. 30, I e II, da CF e art. 55, § 1º, do CDC;

Encontra-se sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do reclamo.

Não houve interposição de recurso pelo Prefeito Municipal (f. 358 e 360).

Contrarrazões às páginas 380-404.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento do recurso voluntário (f. 426-435).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de remessa necessária, submetida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda e Registros Públicos desta Comarca, bem como de apelo voluntário interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na sentença proferida neste mandado de segurança impetrado por Norte Sul Estacionamento Ltda contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Campo Grande e pelo Superintendente do Procon.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade dos apelos, recebo-os somente em seu efeito devolutivo (arts. 1.012, V, e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Da ausência de interesse de agir

O Estado de Mato Grosso do Sul afirma que a sentença deve ser reformada por ausência de interesse de agir, uma vez que, pela via eleita, não se é possível cancelar os efeitos da Lei Complementar Municipal de nº 247/2014, nos termos da Súmula de nº 266, do STF.

A referida norma dispõe que:

Art. 1º Torna obrigatória, no âmbito do Município de Campo Grande, a instalação e o funcionamento de identificador eletrônico de vagas nos estacionamentos dos Shoppings Centers, Centros Comerciais, Supermercados, Hipermercados, Estacionamentos Rotativos, Aeroporto e Rodoviária.

Parágrafo único. O identificador eletrônico de vagas de que trata o caput deste artigo deverá possibilitar a identificação das vagas de garagem desocupadas, bem como o setor e a localização das mesmas.

Art. 2º As informações inerentes à disponibilidade de vagas e sua respectiva localização deverão ser fornecidas através de painel eletrônico situado nas entradas do estacionamento.

Art. 3º Aplicar-se-á o disposto nesta Lei, somente para os estacionamentos que cobram por este serviço e com capacidade acima de 100 (cem) vagas.

Art. 4º O não cumprimento das disposições desta Lei sujeitará o infrator às seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais), aplicada em dobro ocorrendo reincidência. O valor da multa será reajustado pelo índice do IPCA-E, medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

III - suspensão do Alvará de Funcionamento;

IV - cassação do Alvará de Funcionamento.

Art. 5º Os estabelecimentos elencados nesta Lei terão o prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar de sua publicação, para se adequarem.

Art. 6º O Poder Executivo Municipal, através de seus órgãos competentes exercerá a fiscalização para o fiel cumprimento desta Lei.

Art. 7º As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias, consignadas em Orçamento e suplementadas se necessário.

Art. 8º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.”

Observa-se que a Lei em questão possui efeitos concretos, porquanto impõe aos proprietários de estacionamentos pagos uma obrigação de instalar identificador eletrônico de vagas, pelo que não assiste razão ao apelante em argumentar que a presente ação apresenta-se contra lei em tese ou que é ausente o interesse processual, haja vista que referida lei encontra-se em vigência e, não depende de qualquer regulamentação.

Assim, não se está discutindo, em caráter genérico e abstrato os dispositivos contidos na mencionada norma, o que seria vedado na via estreita do mandado de segurança, ante o óbice contido na Súmula 266¹, do STF, mas, sim, atos concretos.

Desta feita, o fato é que o provimento jurisdicional de abstenção, em tal circunstância, não configura decisão de cunho normativo, mas, sim, de efeito preventivo e concreto, a fim de evitar a ocorrência de sanções por descumprimento daquela legislação.

Destarte, rejeito essa preliminar.

No mérito

O Estado de Mato Grosso do Sul sustenta que a referida lei não trata de matéria relativa ao direito de propriedade, questão que só poderia ser legislada pela União, nos termos do art. 22, I, da CF. Do contrário, a finalidade da lei municipal é tolher a ação unilateral do fornecedor de serviço, que age de forma abusiva, ao deixar de prestar os devidos esclarecimentos com relação à existência de vagas desocupadas. Ou seja, insere-se no âmbito do direito do consumidor, de modo que o Município possui competência de suplementar a legislação federal e a estadual, bem como legislar sobre assuntos de interesse local, nos termos do art. 30, I e II, da CF e art. 55, § 1º, do CDC.

Afirma, ainda, que se encontra sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.

Com efeito, infere-se que a impetrante ajuizou o presente mandado de segurança preventivo visando afastar a intervenção estatal na sistemática de identificação das vagas de seu estacionamento, bem como declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar de nº 247/2014, a qual obriga os estacionamentos privados a instalarem e identificarem as vagas desocupadas, sob pena de advertência, multas, suspensão e/ou cassação de alvará de funcionamento.

Pois bem, como já visto anteriormente, o teor da Lei Complementar nº 247/2014, possibilita concluir que a matéria abordada (instalação e funcionamento de identificadores eletrônicos em vagas desocupadas de determinados estacionamentos privados) é da competência legislativa federal, haja vista o teor dos artigos 22, I; 25, § 1; e, 30, I e II, todos da Constituição Federal:

¹ Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

“(…) 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;”

Portanto, por estar a citada legislação, regulamentando a forma de exploração econômica de propriedade privada, matéria de direito civil, forçoso reconhecer que esta incorre em inconstitucionalidade, além de violar a livre iniciativa e concorrência da recorrida, 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.

A respeito:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 2873 DE 29.10.2013, QUE TORNA OBRIGATÓRIA A UTILIZAÇÃO DE IDENTIFICADOR ELETRÔNICO DE VAGAS NOS ESTACIONAMENTOS PAGOS DE SHOPPING CENTERS, CENTROS COMERCIAIS, SUPERMERCADOS, HIPERMERCADOS, EDIFÍCIOS GARAGEM E RODOVIÁRIAS – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – PRESENÇA DE FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL JÁ DECLARADA EM LEIS SEMELHANTES À PRESENTE – ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE ESSAS LEIS, TANTO MUNICIPAIS COMO ESTADUAIS, A PRETEXTO DE TRATAREM SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR, ACABAM POR PROMOVER VERDADEIRA INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA E NA ORDEM ECONÔMICA (ARTIGO 5º, XXII E 170, DA CRFB/88), LEGISLANDO SOBRE DIREITO CIVIL (DIREITO DE PROPRIEDADE), QUESTÃO A SER DISCIPLINADA DE FORMA PRIVATIVA PELA UNIÃO (ARTIGO 22, I, DA CRFB/88) – LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER A APLICAÇÃO DA LEI – (TJ-RJ, Relator: Des. Odete Knaack de Souza, Data de Julgamento: 07/04/2014, OE - Secretaria Do Tribunal Pleno e Órgão Especial) Destacado

Outro não é o entendimento deste Tribunal em caso idêntico, vejamos:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES – AFASTADAS – LEI MUNICIPAL Nº 247/2014 – OBRIGAÇÃO DE INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS DE IDENTIFICAÇÃO DE VAGAS EM ESTACIONAMENTOS PARTICULARES – PROPRIEDADE PRIVADA –

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;

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA. (...). Em análise ao estatuto da impetrante, observa-se pelo seu objeto, a legitimidade para impetrar mandado de segurança a fim de defender direito de seus associados, afastando-se a preliminar de ilegitimidade ativa. Comprova-se a necessidade de impetração do mandado de segurança, porquanto a lei em questão prevê prazo para adequação e penalidades, caracterizando-se como lei de efeitos concretos, o que demonstra a necessidade e adequação. Cabível o mandado de segurança contra lei de efeitos concretos, vislumbrando-se a presença dos requisitos contidos na Lei 12.016/2009, porquanto, visou a impetrante a proteção de direito líquido e certo, de seus associados, ante a eminência de sofrerem os efeitos previstos na norma. A Lei Complementar Municipal 247/2014 tem por objeto os estacionamentos pagos com mais de 100 (cem) vagas, que se tratam de propriedade privada, regidos, portanto, pelo ordenamento civilista, competindo à União legislar sobre matéria relacionada a direito civil, nos termos do art. 22, I, da CF. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0836933-38.2014.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 13/02/2017, p: 16/02/2017)

Portanto, a competência da União volta-se, entre outras, a regular o direito de propriedade, enquanto que o Município legisla sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e, por último, o Estado exerce o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, em vista das normas editadas pela União, sem invadir questões que não lhes sejam vedadas pela Constituição, tal como a livre iniciativa privada.

É oportuno consignar, ainda, que a competência para legislar sobre direito do consumidor é concorrente entre a União e o Estado, nos termos do art. 24, VIII¹, da Constituição Federal, não abarcando os Municípios.

Outrossim, a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme dispõe o art. 30, I², da Carta Magna, não autoriza que legisle sobre matéria que na repartição de competência entre os entes da federação não foi conferida, quer comum ou concorrente.

A propósito:

“(...). 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, nº 327, 2006, f. 226-230 RT v. 95, nº 851, 2006, f. 128-130). Destacado.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – LEI ESTADUAL 4.049/2002 – ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS – GRATUIDADE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E AOS MAIORES DE SESSENTA E CINCO ANOS – VIOLAÇÃO AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL – AGRAVO IMPROVIDO (...). Verifica-se, no caso, a inconstitucionalidade formal da mencionada lei, pois a competência para legislar sobre direito civil é privativa da União. Precedentes. II – Agravo regimental improvido. (AI 742679 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe-195 Divulg 10-10-2011 Public 11-10-2011 Ement Vol-02605-04 PP-00619). Destacado

Assim, forçoso reconhecer a procedência do pedido inicial, no sentido de determinar que a autoridade coatora abstenha-se de exigir a instalação e o funcionamento de identificador eletrônico de vagas no estacionamento, bem como de impor sanção à impetrante para o caso de descumprimento da obrigação imposta pela Lei Complementar nº 247/14, bem como para que se declare incidentalmente a inconstitucionalidade da referida norma.

¹ “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;”

² “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local”;

Diante do exposto, com o parecer ministerial, rejeito a preliminar de interesse de agir e, no mérito, nego provimento à remessa necessária e ao apelo voluntário.

Sem honorários recursais, porquanto incabíveis na espécie.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento à remessa necessária e ao apelo voluntário, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0800462-34.2017.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO PELO FALECIMENTO DA AUTORA – AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 11, INCISO II, DA LEI Nº 8.425/91 E ART. 313, § 2º, INCISO II, DO CPC – NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO FEITO, POSSIBILITANDO O ESPÓLIO OU HERDEIROS MANIFESTAREM INTERESSE NA SUCESSO PROCESSUAL E PROMOVEREM A RESPECTIVA HABILITAÇÃO – SENTENÇA ANULADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Em vista do disposto no artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.425/91 em conjunto com o artigo 13, § 2º, inciso II, do CPC, deveria o presente feito ser suspenso com a consequente intimação do espólio da autora, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, para que manifestassem interesse na sucessão processual e promovessem a respectiva habilitação no prazo designado, de modo que, somente no caso de inércia, seria o caso de extinção processual, sem resolução de mérito, razão pela qual a sentença deve ser anulada para prosseguimento da demanda com observância às citadas legislações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento do recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de junho de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Espólio de Joana dos Santos Goes, nos autos da Ação Renovatória de Locação de nº 0800462-34.2017.8.12.0028 em que contende com Iraci de Souza Pereira, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Faz-se necessária a concessão dos benefícios da justiça gratuita em seu favor, haja vista ser hipossuficiente;

É nula a sentença, uma vez que não há se falar em extinção do feito por ausência superveniente de constituição e de desenvolvimento válido do processo, haja vista ser sim transmissível o direito da falecida autora quanto a locação do imóvel, conforme estabelece o artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.425/91; e,

Caberia a suspensão do processo, com a consequente intimação do espólio da requerente, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, para que manifestassem interesse na sucessão processual e promovessem a respectiva habilitação no prazo designado, de modo que somente no caso de inércia, seria admitida a extinção processual, sem resolução de mérito.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja anulada a sentença, conforme arrazoadado.

O reclamo foi respondido, batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo.

Após indeferido o pedido de justiça gratuita, o preparo foi recolhido pelo apelante.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Espólio de Joana dos Santos Goes, nos autos da Ação Renovatória de Locação de nº 0800462-34.2017.8.12.0028 em que contende com Iraci de Souza Pereira, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

A autora Joana dos Santos Goês firmou contrato de locação com a recorrida, referente a um imóvel comercial, mas não chegaram em um comum acordo para contemplar outra renovação, razão pela qual ajuizou a demanda, pedindo a prorrogação do pacto por mais 05 (cinco) anos. Entretanto, após a especificação das provas que ela desejava produzir (f. 209), a requerida pediu a extinção do feito pelo falecimento da requerente (f. 215-217).

Em vista da informação da morte da demandante, foi proferida a sentença que extinguiu a ação, sem resolução do mérito, pela ausência superveniente de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo (f. 219).

Conforme relatado, o suplicante busca a reforma do julgamento de primeiro grau, alegando, em síntese, que é nula a sentença, uma vez que não há se falar em extinção, porquanto é sim transmissível o direito da falecida autora quanto a locação do imóvel, conforme estabelece o artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.425/91; e, caberia a suspensão do processo, com a consequente intimação do espólio da requerente, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, para que manifestassem interesse na sucessão processual e promovessem a respectiva habilitação no prazo designado, de modo que somente no caso de inércia, seria admitida a extinção processual, sem resolução de mérito.

Pois bem. Consta do artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.425/91 (Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes):

“Morrendo o locatário, ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações:

(...)

II - nas locações com finalidade não residencial, o espólio e, se for o caso, seu sucessor no negócio.”

Portanto, em vista do dispositivo acima descrito em conjunto com o artigo 13, § 2º, inciso II¹, do CPC, deveria o feito ser suspenso com a consequente intimação do espólio da autora, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, para que manifestassem interesse na sucessão processual e promovessem a respectiva habilitação no prazo designado, de modo que, somente no caso de inércia, seria o caso de extinção processual, sem resolução de mérito.

Assim, a extinção do processo, na forma como ocorreu neste feito, não se justifica, devendo a sentença ser anulada para que seja observada a disposição do artigo 313, § 2º, inciso II, do CPC, conforme aqui fundamentado.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao Juízo singular para que seja observado o estabelecido no artigo 313, § 2º, inciso II, do CPC, conforme aqui fundamentado.

Em consequência, desnecessário a fixação ou majoração de honorários de sucumbência.

¹ “Art. 13. Suspende-se o processo:

(...)
§ 2º Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte:

(...)
II - falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.” Destaquei

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento do 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 Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 25 de junho de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801625-70.2017.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL COM PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA E DE URGÊNCIA – COBRANÇA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS FORA DO PRAZO – HIPÓTESE DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ART. 155 DA CF/88 – HAVENDO A EXPORTAÇÃO NÃO HÁ DE SE FALAR EM COBRANÇA DE ICMS – PENALIDADE APLICADA EM PERCENTUAL QUE ULTRAPASSA A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – INDEVIDA – PRECEITOS JURISPRUDENCIAIS – A PENALIDADE DEVE LIMITAR-SE AO VALOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Não há que se falar em tipo da mercadoria ou imunidade aplicável somente à exportação direta, a Constituição Federal não faz divisão ao tipo de mercadoria a ser exportada, desse modo não pode haver disposição infraconstitucional estipulando em contrário, a imunidade é conferida à exportação, estendendo-se a todas as operações necessárias à sua realização.

Há entendimento jurisprudencial do STF no sentido de que a vedação à utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição) deve ser observada pelo Estado, tanto na instituição de tributos quanto na imposição das multas tributárias, de modo que a penalidade deve limitar-se ao valor da obrigação tributária.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela de evidência e de urgência, movida contra si por Curtume Três Lagoas LTDA.

A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na *exordial* para o fim de declarar a nulidade do Auto de Lançamento e de Imposição de Multa nº 28604-e, no tocante às notas fiscais nºs 3.141, 5.294, 5.372, 5.463, 5.475, 5.476, 5.477, 5.481, 5.482, 5.484, 5.485, 5.486 e 5.489, bem como limitar o valor da multa exteriorizada no Auto de Lançamento e de Imposição de Multa nº 28604-E, no tocante às notas fiscais nºs 5.465 e 5.589, consubstanciadas no artigo 117, inciso I, alínea “p”, da Lei nº 1.810/97, no percentual de 100% sobre o valor do tributo.

Em sua apelação, o Estado argumenta que somente a exportação direta de mercadorias é abarcada pela imunidade tributária, a qual se caracteriza quando a operação de saída de produtos é efetuada do fabricante/ produtor para o importador localizado no exterior, diferentemente do caso em debate, em que há ocorrência de exportação indireta, quando há um intermediador no processo de exportação, descaracterizando os requisitos necessários ensejadores da imunidade constitucional.

Segue argumentando que o texto constitucional é expressamente claro ao vincular a imunidade do imposto à destinação de mercadorias para o exterior diretamente, de modo que a Lei Kandir (Lei Complementar Federal nº 87/1996), no parágrafo único do art. 3º, confere isenção e não imunidade, vez que compara à exportação a saída de mercadorias do mercado interno para estabelecimento exportador com o fim específico de exportação, dessa forma resta caracterizado a hipótese de isenção conferida por norma legal e não de imunidade.

Assevera que de acordo com o Código Tributário Estadual, no art. 6º, § 1º, inciso I e § 2º, há disposição de que o Estado pode instituir regime especial visando ao controle das saídas dos produtos e da sua efetiva exportação, e considerando o fato de a operação realizada pela apelada estar inserida na hipótese de isenção e não imunidade, deve seguir os ditames do regime especial de controle e fiscalização do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais não foram observados, ensejando a cobrança do tributo.

De mesmo modo, aduz que o art. 117 da Lei Estadual nº 1.810 de 1997 prevê multa equivalente a duzentos por cento do valor do imposto devido no caso de ocorrência de infrações relacionadas com o pagamento do ICMS, afirma também o princípio da vedação do confisco previsto no art. 150, IV da Constituição Federal refere-se a tributos e não à penalidades, os quais são institutos de regimes jurídicos distintos.

Desse modo afirma que a multa aplicada não se revela confiscatória e que é proporcional à gravidade da infração, de modo que não há de se falar em inconstitucionalidade da multa tendo em vista estar dentro dos limites instituídos pela legislação do ICMS e parâmetros constitucionais.

Por fim alega que a norma legal prevê que a base de cálculo seja a condenação ou proveito econômico obtido e não sobre o valor da causa, devendo ser retificada a Sentença para que se adequue aos termos legais, prequestiona dispositivos legais e constitucionais apresentados.

Em contrarrazões, a apelada afirma que “*norma constitucional não discrimina a forma como as mercadorias serão destinadas ao exterior, se direta ou indireta, portanto, a Lei Complementar apenas torna explícito a norma constitucional e o seu alcance. [...] Se a exportação foi concretizada, não há que se falar em exigência do imposto e muito menos na aplicação de abusiva e confiscatória multa, já que a operação foi realizada sob o manto da imunidade*”. Postula pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Da detida análise dos autos e dos fundamentos apresentados pelo apelante entendo que deve ser negado provimento ao recurso, tendo em vista que a apelação não possui o condão de suplantiar os fundamentos lançados no *decisum* objurgado.

Por primeiro há de se analisar os fundamentos trazidos no tocante a hipótese de ocorrência do instituto da imunidade tributária ou da isenção, aplicável a especificidade da operação de comércio realizada pela apelada. Não se olvida da autonomia Estadual no que se refere a capacidade conferida pela Lei Maior da República para a instituição e controle dos impostos sobre a sua competência, contudo, de mesmo modo, está na Constituição Federal os limites para o exercício de tal mister.

A imunidade de pagamento do imposto é, em outras palavras, uma norma constitucional instituída para limitar a competência tributária que o Estado Federado possui, não podendo qualquer disposição legal de qualquer ente da federação legislar de maneira contrária, vez que tal norma padeceria pela inconstitucionalidade,

dessa maneira, após um processo de qualificação de fatos presentes na Constituição, é possível verificar se tal situação está ou não abarcada pela hipótese de imunidade conferida na constituição.

A isenção não é nada mais que a dispensa legal do pagamento do tributo, a competência constitucional para tributar também permite a faculdade de isentar, em outras palavras, o tributo é devido, mas a lei permite a dispensa quanto ao seu pagamento, tal isenção existe de certo modo para fomentar a economia, deixando de tributar determinadas pessoas ou situações, obviamente respeitando os ditames constitucionais bem como seus princípios, o da legalidade, igualdade, segurança jurídica, entre outros.

No caso em apreço, observa-se que a operação comercial que ensejou a tributação é a de transporte de material para outro estado da federação cujo fim é de exportação, desse modo há de analisar se em tal operação incide o instituto da imunidade ou da isenção. Dessa maneira, há de se destacar que o art. 155, inciso II, § 2º e inciso X, alínea “a” da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 42, de 09 de Dezembro de 2003, consta com a seguinte redação:

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;

(...)

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

(...)

X – não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior; assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

Resta claro, portanto, que nas operações que envolvam transporte de mercadorias para o exterior, caracteriza-se inequivocamente hipótese de imunidade tributária, disposição constitucional não passível de ser suprimida ou ignorada por disposição contrária de qualquer Estado Federado brasileiro.

Destaca-se que não há no dispositivo constitucional qualquer diferenciação quanto ao tipo de mercadoria a ser exportada, de modo que a operação que destine qualquer tipo de produto para o exterior tem direito a imunidade prevista na Constituição Federal, por essa razão não há relevância o argumento de que se trata de exportação de produto semielaborado, se a Carta Maior não faz distinção ou limitação quanto ao tipo de mercadoria, não pode disposição estadual infraconstitucional disciplinar em contrário.

O argumento de que apenas a exportação direta da mercadoria caracteriza a imunidade tributária não se sustenta, isso porque o fim específico da norma constitucional é abarcar as hipóteses de exportação de mercadoria, aplicar tributação pelo transporte dentro do território nacional, pelo armazenamento da mercadoria nos portos ou aeroportos, ou até mesmo para que a operação se realize dentro de determinado espaço de tempo, é suprimir os efeitos da norma constitucional.

A imunidade não alcança somente o exportador imediato, mas como toda a operação que torna possível a exportação, serviços como o de transporte da mercadoria e de armazenamento para futura exportação são “atividades meio” necessárias para que se alcance a atividade fim que é a exportação, etapas em que a presença da imunidade constitucional se faz presente para que seja alcançado o fim que é a exportação.

Nesse aspecto, existe a responsabilidade do Estado para fiscalizar e adotar medidas que garantam o cumprimento dos requisitos constitucionais necessários para que se faça presente o instituto da imunidade,

para esse fim existe o Decreto nº 11.803 de 2005, que dispõe sobre o regime especial de controle e fiscalização relativo às operações de exportações e de saída para o fim específico de exportação.

Contudo, tanto o Decreto nº 11.803/05, quanto o Convênio 84/2009 que dispõe sobre as operações de saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação, devem, nas hipóteses em que não for comprovada que a exportação se deu nos prazos elencados por tais dispositivos, interpretar os fatos conforme preceituado na Constituição Federal, como muito bem delineado na Sentença.

Dos autos verifica-se que a Apelada solicitou prorrogação de prazo para poder formalizar a operação de exportação vide f.38, e dessa maneira obedecer as disposições legais constantes no Decreto nº11.803/05, solicitação que, no entanto, foi indeferida, mas de qualquer maneira, verifica-se que mesmo fora do prazo estabelecido, a exportação das mercadorias foi realizada, vide os documentos de f. 34-37, que comprovam a realização efetiva da exportação dos produtos objeto das notas fiscais nºs 3.141, 5.294, 5.372, 5.463, 5.475, 5.476, 5.477, 5.481, 5.482, 5.484, 5.485, 5.486 e 5.489.

Dos documentos constantes nos autos, é possível concluir inequivocamente que a operação de exportação das mercadorias foi efetivamente realizada, de modo que à luz da Constituição está abarcado pelo instituto da imunidade, frise-se, não pode ser suprimido por regras infraconstitucionais, no caso concreto, em havendo comprovadamente a exportação se faz presente a imunidade tributária.

De outro modo, quanto as notas fiscais de nº 5.465 e 5.589 o que se verifica é que não está comprovado a sua exportação, como no caso das outras notas fiscais, nem há qualquer comprovação de que as mercadorias supostamente não exportadas retornaram ao estabelecimento de origem, caracterizando a isenção do tributo previsto na Cláusula Sexta, § 3º do Convênio 084/2009.

Dessa maneira mostra-se cabível a aplicação da penalidade constante no art. 117, inciso I, alínea “p” da Lei 1.087/97, no entanto, a penalização restou aplicada no percentual de 200% do valor do imposto devido, é cediço que a multa tributária tem o condão de desestimular a sonegação fiscal, bem como o descumprimento das obrigações tributárias, independentemente de serem obrigações principais ou acessórias.

Contudo, entendo que apesar da ausência expressa no texto legal, à luz de orientações jurisprudenciais, é sólido o entendimento no sentido de que a vedação ao não confisco estende-se às multas tributárias, nesse sentido segue precedente do STF, *in verbis*:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRIBUTÁRIO – PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO – APLICABILIDADE ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS – INOVAÇÃO DE MATÉRIA EM AGRAVO REGIMENTAL – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO. I - A vedação à utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição) deve ser observada pelo Estado tanto na instituição de tributos quanto na imposição das multas tributárias. II - A questão referente à não demonstração, pelo recorrido, do caráter confiscatório da multa discutida nestes autos, segundo os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência desta Corte, não foi arguida no recurso extraordinário e, desse modo, não pode ser aduzida em agravo regimental. É incabível a inovação de fundamento nesta fase processual. III - Agravo regimental improvido. (RE 632315 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, Processo Eletrônico DJe-181 Divulg 13-09-2012 Public 14-09-2012). (grifado)

O valor da obrigação tributária deve funcionar como limitador da norma sancionatória, razão pela qual a abusividade da multa fiscal somente deverá ser reconhecida quando ultrapassar o montante de 100% (cem por cento) do tributo, que é o caso dos presentes autos.

Nesse caso, admite-se a redução da multa tributária que ultrapassar o valor do tributo, tendo em vista a aplicação do princípio da vedação do confisco prevista no art. 150, IV, da Constituição Federal, de forma que o patamar para aplicação da penalidade deve ser o valor da obrigação principal, de modo que essa atua como um limitador da norma sancionatória.

Portanto, apesar de a lei estadual prever aplicação de multa no percentual de 200% do valor do tributo, é imperioso manter a redução determinada na sentença recorrida para o percentual de 100%, reforça-se pelo precedente deste tribunal nesse sentido, que em julgamento realizado pelo Órgão Especial, na arguição de Inconstitucionalidade nº 0000952-90.2007.8.12.0044/50003, assim assentou, *in verbis*:

EMENTA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – MULTA TRIBUTÁRIA – APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO – MULTA EXCESSIVA – NATUREZA CONFISCATÓRIA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. O princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas tributárias. Arguição de inconstitucionalidade em apelação cível julgada procedente a fim de declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da norma contida no art.117, I, “h”, da Lei nº 1.810, de 22.12.1997, do Estado de Mato Grosso do Sul, para, com efeitos ex tunc, afastar de seu âmbito de incidência o quantum da multa que ultrapassar o valor do imposto devido. (Relator(a): Des. Josué de Oliveira; Comarca: Sete Quedas; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 02/04/2013; Data de registro: 10/04/2013; Outros números: 952902007812004450003). (grifado)

Dessa maneira, correta a aplicação da penalidade quanto as notas fiscais de nº 5.465 e 5.589, mas não no percentual de 200% devendo ser reduzida ao percentual de 100% sobre o valor do tributo como restou determinado na sentença recorrida.

Quanto ao prequestionamento, estando suficientemente debatida e fundamentada a matéria, não há razão para manifestação expressa sobre todos os dispositivos legais, como sabido e ressabido.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso de apelação e mantenho a sentença de origem, em seus termos e por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 2 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0801128-32.2017.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – REQUERIMENTO DE ADOÇÃO DE SOBRENOME DE PADRASTO – PERMITIDO POR LEI – TODAVIA, IMPOSSIBILIDADE PARA O CASO POSTO – AUTOR MENOR CONTANDO COM 12 ANOS – AUSENTE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE POR CONTA PRÓPRIA – 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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sérgio Arlindo Foletto Felício, representado por sua mãe Kelly Alexandre Foletto Felício, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Naviraí, nestes autos que julgou improcedente o pedido de retificação de registro civil.

O apelante assevera que pretende incluir o sobrenome do padrasto (Machado) estando este de pleno acordo, passando a constar Sérgio Arlindo Foletto Felício Machado. Alega que não possuem o intento de dar a impressão que o menor é filho de seu padrasto, todavia, por possuírem laços afetivos fortes requer o sobrenome deste em seu nome. Pugna pela reforma da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

A Lei nº 6.015/1973 em seu art. 57, § 8º, assegura a adoção do patronímico do padrasto no assento de nascimento.

“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.

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”.

Em que pese existir permissão legal para adoção do patronímico do padrasto no assento de nascimento, tenho não seja o caso de seu deferimento neste caso.

O requerente, malgrado seja representado por sua mãe, conta com apenas 12 anos de idade. Quer-se com isso dizer que para o momento, não pode por sua vontade própria expressar seu real desejo. Nada impede que esse requerente possa, quando atingir a maioridade, requerer referida alteração, fato que não lhe é permitido para o momento.

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. Sem honorários recursais em decorrência do tipo de ação.

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. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1409383-80.2018.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – ALEGADO DIREITO DE HERANÇA POR REPRESENTAÇÃO (OU ESTIRPE) – NÃO HÁ SE FALAR EM DIREITO À REPRESENTAÇÃO EM HERANÇA NA LINHA ASCENDENTE, POSTO QUE TAL DIREITO É DEFERIDO APENAS AOS HERDEIROS DO PRÉ-MORTO NA LINHA DESCENDENTE – DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ARTIGO 1.852, DO CÓDIGO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – 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, 4 de junho de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

E. M. B. S. interpõe o presente agravo de instrumento, em face de E. P. V. C., A. C. C. - Espólio e J. U. C. C., este representado por sua mãe, irrisignada contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul, nos autos da Ação de Inventário nº 0800362-98.2017.8.12.0054, que reconheceu sua ausência de direito sucessório por não haver representação na linha ascendente.

Sustenta a agravante que sua filha, falecida antes do pai, não teria deixado descendentes ou cônjuge, razão pela qual seria a recorrente herdeira legítima a receber o quinhão da herança da filha pré-morta. Requer sua inclusão como sucessora do quinhão hereditário pertencente à herdeira falecida T. S. C., filha do falecido A. C. C.

O recurso foi recebido em seu efeito devolutivo.

Intimados, os Recorridos não ofertaram contrarrazões (f.12).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Em análise do contido nos autos, concluo que o recurso não merece provimento.

Isso porque, conforme bem anotado na decisão de f.80-82 do feito originário,

“(...) só há representação de herdeiros pré-mortos, se descendentes. Logo, como a Sra E. é mãe de T. S. C. (f. 47-48), que veio a óbito antes de seu pai/inventariado A. C. C. (f. 05), não há representação na linha ascendente”.

O exposto na decisão recorrida dá estrito cumprimento ao estabelecido no artigo 1.852, do Código Civil, que dispõe:

“(...) Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.”

Assim, na hipótese de haver o deferimento de herança a um dos filhos do autor da herança, que é pré-morto àquele, seus descendentes poderão herdar por representação (ou por estirpe), recebendo a cota que caberia ao referido herdeiro. Porém, tal direito, de representação, existe apenas em relação aos descendentes, e não a ascendentes, condição ostentada pela recorrente, que é mãe da herdeira falecida.

Assim, é o caso de manutenção da Decisão recorrida, do que decorre o desprovimento deste recurso.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento interposto por E. M. B. S. para o fim de negar-lhe provimento, e manter a decisão recorrida em seus termos.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 04 de junho de 2019.

3ª Câmara Cível

Apelação nº 0801548-76.2017.8.12.0016 - Mundo Novo

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO NO ROL DE INADIMPLENTES – PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – ANOTAÇÕES ANTERIORES – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A prévia notificação do consumidor é requisito essencial para a inserção de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, não havendo necessidade de envio de carta com aviso de recebimento, bastando apenas a comprovação da postagem da correspondência em endereço fornecido pelo credor ao órgão de proteção ao crédito. Entretanto, é ônus da requerida comprovar que a notificação foi enviada a endereço fornecido pelo credor.

Nos termos da Súmula nº 385, do STJ, “*Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.*”

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, 24 de abril de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

J. P. de A. interpôs apelação em face da sentença (f. 97-100) proferida em 12.09.2018 por E. F. A., Juiz da 1ª Vara da comarca de Mundo Novo que, na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais proposta pelo recorrente em desfavor de Associação Comercial de São Paulo, julgou improcedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 103-117), alega que o requerido não comprovou que notificou o consumidor para o pagamento da dívida antes da negativação.

Informa que o relatório de postagem não comprova a notificação, mormente porque não possui carimbo de autenticação dos correios.

Afirma que só tomou conhecimento da negativação, porque teve pedido de crédito negado em estabelecimento comercial.

Conclui que faz jus à reparação dos danos sofridos.

Requer a reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados procedentes.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 120-147), pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por J. P. de A., objetivando a reforma da sentença proferida em 12.09.2018 pelo Juiz da 1ª Vara da comarca de Mundo Novo que, na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais proposta pelo recorrente em desfavor de Associação Comercial de São Paulo, julgou improcedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 97-100:

“(..). Posto isso, julgo improcedentes os pedidos formulados (declaração de ilegalidade da inscrição e condenação em danos morais) por J. P. de A. em face de ASCP, razão pela qual fica o processo decidido com resolução de mérito, na forma do artigo 487, I, do CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% do valor atualizado da causa, com fundamento no artigo 85, § 2º, do CPC, atento ao trabalho desenvolvido nos autos (apresentação da peça defensiva). Suspendo a exigibilidade da cobrança porque o autor litiga ao abrigo da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se”.

Em razões recursais (f. 103-117), alega que o requerido não comprovou que notificou o consumidor para o pagamento da dívida antes da negativação.

Informa que o relatório de postagem não comprova a notificação, mormente porque não possui carimbo de autenticação dos correios.

Afirma que só tomou conhecimento da negativação, porque teve pedido de crédito negado em estabelecimento comercial.

Conclui que faz jus à reparação dos danos sofridos.

Requer a reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados procedentes.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 120-147), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Breve relato da demanda

J. P. de A. ajuizou ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e materiais em face de Associação Comercial de São Paulo – ACSP, ao argumento de que compareceu na agência bancária Sicredi, visando solicitar a emissão de cartão de crédito. Entretanto, o pedido foi negado, porque seu nome estava negativado por dívida de R\$ 126,50 (cento e vinte e seis reais e cinquenta centavos), referente ao contrato CH.18-3, da credora Casa Vip Enxovais.

Sustentou que não foi notificado previamente à negativação, pois caso isso tivesse acontecido, teria contestado a dívida, que afirma não ter contraído.

Alegou que sofreu dano moral em razão da conduta da requerida e pleiteou:

“seja julgado procedente os pedidos, declarar ilegal as inscrições do nome da requerente no cadastro de inadimplentes mantido pela requerida antes do prévio aviso (art. 43, § 2º do C.D.C) de tal fato, bem como, determinar a exclusão de tal negativação, referente ao Contrato nº CH.18-3, tendo como origem, ora credor, Casa Vip Enxovais, conforme certidão anexa;

1 - R\$ 126,50 reais, referente ao Contrato nº CH.18-3, tendo como origem, ora credor, Casa Vip Enxovais, conforme certidão anexa.

f) condenar a ré à pagar a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigidos pelo IGPM e juros legais de 1% em conformidade com as súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça, levando em consideração os parâmetros previstos na legislação e demonstrados nos autos e, ainda, o grande porte da ré, responsável pela ofensa, não se premiando a sua conduta lesiva, de modo a concretizar -se a pretensão aqui exposta”.

Em contestação (f. 39-49), a requerida afirmou que enviou a notificação prévia ao endereço que foi fornecido pela credora.

Destacou que não é necessária a comprovação de que o devedor recebeu a correspondência, apenas de que a notificação foi enviada ao endereço do consumidor.

Sustentou a impossibilidade de responsabilização da requerida por falhas na prestação do serviço pela empresa credora.

Pleiteou a improcedência do pedido.

Mérito

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/2002:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva. Contudo, ainda assim deve ser demonstrada a ocorrência de conduta, dano e nexo de causalidade.

Na hipótese dos autos, tem-se a existência de relação de consumo, de modo a incidir também o regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Por corolário, incidindo o CDC, há que se considerar responsabilidade objetiva pelos danos causados ao consumidor, não sendo necessário perquirir o elemento culpa, segundo disposição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Cuidando-se de prova negativa da requerente, a distribuição dinâmica do ônus da prova impõe à requerida/recorrida a comprovação do elemento probatório, no caso, da existência de relação jurídica e a efetiva notificação antes da inclusão do nome do autor no cadastro de proteção ao crédito, ônus do qual se desincumbiu.

Na hipótese, o requerente comprovou que em 20.08.2015 foi negativado por dívida no valor de R\$ 126,50 da credora Casa Vip Enxovais (f. 26-27).

A requerida, por sua vez, juntou aos autos “carta de aviso de débito” com data de emissão de 10.08.2015 (f. 54-58), encaminhada ao endereço Rua Bora, 539, Copagril, CEP 79980-000, Mundo Novo/MS.

A prévia notificação do consumidor é requisito essencial para a inserção de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, não havendo necessidade de envio de carta com aviso de recebimento, bastando apenas a comprovação da postagem da correspondência ao endereço fornecido pelo consumidor ao credor.

A matéria já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, que no Recurso Especial nº 1.061.134/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, reconheceu que a ausência de prévia notificação ao consumidor da negativação de seu nome, enseja o direito ao cancelamento do apontamento.

Confira-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ÓRGÃO MANTENEDOR DO CADASTRO RESTRITIVO – DANO MORAL RECONHECIDO, SALVO QUANDO JÁ EXISTENTE INSCRIÇÃO DESABONADORA REGULARMENTE REALIZADA, TAL COMO OCORRE NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- Orientação 1: Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas.

- Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.

II- Julgamento do recurso representativo.

- É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do CDC.

- Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula nº 83/STJ.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o cancelamento da inscrição do nome do recorrente realizada sem prévia notificação.

Ônus sucumbenciais redistribuídos. (REsp 1061134/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe 01/04/2009). Grifei.

No Superior Tribunal de Justiça firmou-se o entendimento, também em recurso repetitivo, no sentido de que a notificação deve ser enviada, pelo órgão de restrição ao crédito, para o endereço fornecido pelo credor.

Veja-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO – RECURSO ESPECIAL – INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – DESNECESSIDADE DE POSTAGEM DA CORRESPONDÊNCIA AO CONSUMIDOR COM AVISO DE RECEBIMENTO – SUFICIÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO ENVIO AO ENDEREÇO FORNECIDO PELO CREDOR.

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, § 2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, da correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento.

- A postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor.

II- Julgamento do recurso representativo.

- A Jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de não exigir que a prévia comunicação a que se refere o art. 43, § 2º, do CDC, seja promovida mediante carta com aviso de recebimento.

- Não se conhece do recurso especial na hipótese em que o Tribunal não aprecia o fundamento atacado pelo recorrente, não obstante a oposição de embargos declaratórios, e este não veicula sua irrisignação com fundamento na violação do art. 535 do CPC. Súmula 211/STJ.

- O STJ já consolidou sua jurisprudência no sentido de que “a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada.” (Recurso Especiais em Processos Repetitivos nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS). Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema.

Súmula nº 83/STJ.

Recurso especial improvido. (REsp 1083291/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 09/09/2009, DJe 20/10/2009)

Assim se decidiu neste Tribunal de Justiça:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À INSCRIÇÃO NEGATIVA – NOTIFICAÇÃO EXISTENTE – RESPONSABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL, COMO ARQUIVISTA, QUANTO AOS DADOS FORNECIDOS PELO CREDOR – INEXISTÊNCIA – RECURSO DO AUTOR

CONHECIDO E IMPROVIDO. Inexiste dever de indenizar o consumidor quando comprovado o envio da notificação prévia à inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito, sendo que o arquivista não tem responsabilidade de investigar a veracidade dos dados fornecidos pelo credor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso conhecido e improvido". (TJMS. Apelação nº 0800311-07.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 22/11/2017, p: 27/11/2017)

Na hipótese, o requerente informou que reside na rua Rua Borá nº 539, Bairro Copagrill, na cidade de Mundo Novo/MS, Cep. 79.980-000, exatamente o endereço para o qual a correspondência foi enviada.

Veja-se:



Não fosse isto, verifica-se que, em 20.08.2015, data da negativação, o requerente já possuía outra anotação, que foi incluída e, 24.04.2015, por Massa de Pedra.

Veja-se (f. 26-27):

HT	74D-SCPC (BALCAO)			
MS-NUV/DROGARIA CLEITON FARNA MS-MUNDO NOVO	CH 18-3 Registro de Débito	26JUN2015	20AGO2015	126,90 Comprador
SP-ITG/CASA VIP ENXOVAIS SP-IBITINGA	CH 25-6 Registro de Débito	02JUN2015	20AGO2015	126,90 Comprador
MS-NUV/DROGARIA CLEITON FARNA MS-MUNDO NOVO	NT Registro de Débito	10MAI2015	27MAI2016	536,93 Comprador
SP-ITG/CASA VIP ENXOVAIS SP-IBITINGA	CH 24-8 Registro de Débito	29ABR2015	20AGO2015	126,90 Comprador
MS-NUV/PASSA DE PEDRA MS-MUNDO NOVO	44 Registro de Débito	05FEV2015	24ABR2015	356,00 Comprador
MS-NUV/DELICATO TINTAS MS-MUNDO NOVO	6066/15 Registro de Débito	29JAN2015	10AGO2015	440,00 Comprador
CLARO S/A SP-SCPC SAO PAULO	8000900000010734370 Outras Ativ.Econômicas	19JAN2015	19MAI2015	156,31 Comprador
	10 Registro(s) de Débito(s)			

Número da resposta: 003926481-5

Nesta hipótese, no Superior Tribunal de Justiça firmou-se entendimento de que, havendo negativações prévias à anotação dita irregular, não há falar em direito à indenização.

Nesse sentido, é o enunciado da Súmula nº 385 do STJ, que tem a seguinte redação:

“Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.” (Súmula 385, Segunda Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 08/06/2009)

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO DE CONSUMO – CARTÃO DE CRÉDITO – DÉBITO RELATIVO A COMPRAS E EMPRÉSTIMO – NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – ACORDO EM QUE O CONSUMIDOR NÃO FOI INFORMADO DE FORMA CLARA E PRECISA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO PACTO – PAGAMENTO DE BOLETO ONDE CONSTA SALDO

DEVEDOR – PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO E DA TRANSPARÊNCIA – DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – DANOS MORAIS – REGISTROS ANTERIORES EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – SÚMULA 385 DO STJ – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. O desrespeito aos princípios que cercam as relações de consumo no mercado, em informar claramente o consumidor sobre as condições pertinentes ao negócio, se afigura contra legem, pois afronta o princípio da transparência e o princípio da informação. Não comprovado pelo fornecedor ou prestador de serviços ou produtos que ele forneceu ao consumidor todas as informações atinentes à transação firmada entre eles, de forma clara e precisa, não há como reconhecer a validade do negócio, ainda quando a interpretação das cláusulas dos contratos deve se dar de forma mais favorável ao consumidor, conforme as normas protetivas que regem a matéria. A existência de registros prévios desabonadores de crédito no nome do consumidor, sem a prova incontestada de que tais anotações são indevidas, inviabiliza sua pretensão de se ver reparado por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo que a única medida cabível neste caso é o cancelamento daquela anotação considerada indevida. Se o requerente decaiu em metade de sua pretensão, impõe-se reconhecer a sucumbência recíproca, impondo às partes o pagamento proporcional de 50% das despesas processuais e honorários advocatícios para cada.”(TJMS. Apelação nº 0831501-04.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 19/09/2017, p: 26/09/2017)

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por J. P. de A.

Majoro os honorários advocatícios de sucumbência em favor do apelado para 15% do valor atualizado da causa, com base nos §§ 2º e 11, do art. 85, do 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. 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. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 24 de abril de 2019.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0803400-86.2018.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO POR PARTICULAR – MERA DETENÇÃO – CONSTRUÇÃO – BENFEITORIAS – INDENIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Deve ser julgado procedente o pedido de reintegração de posse quando comprovada a prática de esbulho pelo requerido.

Nos termos do enunciado da Súmula nº 619 do STJ, “*a ocupação indevida de bem público é mera detenção de bem, inexistindo indenização por benfeitorias*”.

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, 24 de abril de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Eder Gomes Barbosa interpôs apelação em face da sentença (f. 100-107) proferida em 08.01.2019 por Aline Beatriz de Oliveira, Juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que, na ação de reintegração de posse proposta pelo Município de Três Lagoas em face do recorrente, julgou procedente o pedido inicial.

Em razões recursais (f. 110-120), afirma que não estão preenchidos os requisitos para a reintegração de posse.

Sustenta que, juntamente com sua família, está na posse do imóvel desde o ano de 2002 e está cuidando do imóvel, “*inclusive evitando que usuários de drogas entrassem no imóvel, o que era constante antes de tomarem a iniciativa de dar uma destinação funcional e digna ao lote*”.

Informa que, em julho de 2018, assinou a notificação de f. 6, acreditando se tratar de medição.

Expõe que em 2002 recebeu autorização para ocupar o imóvel vizinho e, por se tratar de terreno abandonado, passou a cuidar do bem como se fosse seu, murando e construindo de forma a abrigar sua família.

Esclarece que “*quem utiliza o imóvel em questão é a filha e o genro e suas duas netinhas*”.

Destaca que o Município nunca questionou o exercício da posse pelo requerido.

Alega que faz jus à indenização das benfeitorias.

Prequestiona “*a violação aos artigos 561, do CPC, artigos 1.219 e 1228, § 1º do Código Civil e artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal*”.

Requer:

“(…) seja o presente recurso recebido e provido para reformar a sentença de primeira instância, a fim de reconhecer a improcedência da petição inicial por ausência de preenchimento dos requisitos essenciais estipulados no artigo 561 do CPC, ou subsidiariamente, reconhecer a posse de boa-fé do Apelante e por consequência o direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel objeto da demanda.

Requer, outrossim, a condenação do Recorrido ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios”.

O apelado não apresentou contrarrazões de apelação (f. 125).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eder Gomes Barbosa, objetivando a reforma da sentença (f. 100-107) proferida em 08.01.2019 pela Juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que, na ação de reintegração de posse proposta pelo Município de Três Lagoas em face do recorrente, julgou procedente o pedido inicial.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 100-107:

“Ante o exposto, torno definitiva a liminar concedida e julgo procedente o pedido inicial, determinando a reintegração do Município de Três Lagoas na posse do imóvel urbano de área destinada ao Centro Administrativo Comercial, matriculado sob o nº 79.988 do CRI local, situado na Rua Central, quadra C, lote 18 B da Vila Piloto, no prazo de 30 dias, caso ainda não tenha sido desocupado.

Expeça-se mandado de reintegração, com a autorização do uso de força policial, devendo o Município de Três Lagoas providenciar meios para a remoção dos bens móveis e demolição das edificações.

Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Condeno o requerido, em decorrência da sucumbência, ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, que fixo, seguindo os parâmetros previstos no artigo 85, §§ 2º e 3º, I, 4º, III e 6º do Código de Processo Civil, no montante de 10% sobre o valor atualizado da causa. Assim, tais cobranças restam suspensas, pela forma e prazo do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC, tendo em vista que defiro ao demandado os benefícios da justiça gratuita.

Acaso seja interposto recurso de apelação, intime-se a parte apelada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.010, § 1º, CPC).

Se o apelado interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante para apresentar contrarrazões (art. 1.010, § 2º, CPC).

Na sequência, com ou sem contrarrazões, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se com as baixas e anotações necessárias.”

Em razões recursais (f. 110-120), afirma que não estão preenchidos os requisitos para a reintegração de posse.

Sustenta que, juntamente com sua família, está na posse do imóvel desde o ano de 2002 e está cuidando do imóvel, *“inclusive evitando que usuários de drogas entrassem no imóvel, o que era constante antes de tomarem a iniciativa de dar uma destinação funcional e digna ao lote”*.

Informa que, em julho de 2018, assinou a notificação de f. 6, acreditando se tratar de medição.

Expõe que em 2002 recebeu autorização para ocupar o imóvel vizinho e, por se tratar de terreno abandonado, passou a cuidar do bem como se fosse seu, murando e construindo de forma a abrigar sua família.

Esclarece que *“quem utiliza o imóvel em questão é a filha e o genro e suas duas netinhas”*.

Destaca que o Município nunca questionou o exercício da posse pelo requerido.

Alega que faz jus à indenização das benfeitorias.

Prequestiona *“a violação aos artigos 561, do CPC, artigos 1.219 e 1228, § 1º do Código Civil e artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal”*.

Requer:

“(…) seja o presente recurso recebido e provido para reformar a sentença de primeira instância, a fim de reconhecer a improcedência da petição inicial por ausência de preenchimento dos requisitos essenciais estipulados no artigo 561 do CPC, ou subsidiariamente, reconhecer a posse de boa-fé do apelante e por consequência o direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel objeto da demanda.

Requer, outrossim, a condenação do recorrido ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios”.

O apelado não apresentou contrarrazões de apelação (f. 125).

Breve relato da demanda

O Município de Três Lagoas ajuizou ação de reintegração de posse de bem público com pedido de liminar em face de Eder Gomes Barbosa, objetivando, liminar e definitivamente, a reintegração na posse de parcela do imóvel inscrito na Matrícula nº 79.988, do CRI da comarca de Três Lagoas, com as seguintes medidas e confrontações:

“(…) inicia-se na divisa da Rua 31 com o Sistema de Lazer 01 da Vila Piloto e também com esta área e segue no sentido anti-horário em forma circular com raio de 100,00 metros e circunferência de 587,81 metros com frente para a Avenida Dom Bosco, até chegar na esquina da Rua 30 com o Sistema de lazer 01, daí segue com 40,50 metros dividindo com o Sistema de Lazer 01, fechando assim a circunferência”.

Afirmou que é o legítimo proprietário e possuidor do imóvel e que a requerida o ocupa indevidamente, sem qualquer ato administrativo que tenha lhe dando permissão.

À f. 19-20, foi deferida a liminar possessória.

Em contestação (f. 68-82), o requerido afirmou que o município abandonou o imóvel objeto da demanda.

Destacou que não se trata de área institucional, pelo contrário, que há anos a área vem sendo destinada para a implantação de moradia e comércio.

Expôs que, por se tratar de imóvel de uso dominical, é disponível.

Sustentou que faz jus à indenização das benfeitorias.

Pleiteou a improcedência dos pedidos e, no caso de procedência do pedido inicial, a condenação do autor ao pagamento de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel.

Impugnação à contestação à f. 88-91.

Sobreveio a sentença recorrida.

Mérito

Os artigos 560 e 561 do Código de Processo Civil preveem:

“(..). 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”.

Acerca da matéria, Luiz Guilherme Marinoni expõe:

“A turbação, que significa incômodo ao exercício da posse, abre oportunidade à manutenção de posse. A ação de reintegração pressupõe a perda da posse em razão de ato de agressão, podendo ser objetivamente demonstrados. Em alguns casos, porém, a verificação do esbulho ou da turbação dependerá da análise do título com base no qual a coisa está sendo utilizada”.

Na hipótese, é incontroverso que o Município requerente é proprietário do imóvel objeto da Matrícula nº 79.988 do CRI da Comarca de Três Lagoas.

Veja-se (f. 5):

MATRÍCULA **79.988** FOLHA **01**

TRÊS LAGOAS / MATO GROSSO DO SUL
LIVRO Nº 2 REGISTRO GERAL

REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEL

Miriam Reis Costa
Oficial do Registro de Imóveis

FONE: (51) 3421-4331 - FAX: (51) 3421-2247
AV. ANTONIO TRAJANO, 1300 - CEP 76611-000 - TRÊS LAGOAS/MS

IMÓVEL, Urbano constituído pelo **“Centro Administrativo e Comercial”**, do loteamento denominado **“VILA PILOTO”**, com área de 31.415,93m² (trinta e um mil, quatrocentos e quinze metros e noventa e três centímetros quadrados), localizado na quinta zona urbana, desta cidade e Comarca de Três Lagoas/MS, com as seguintes medidas e confrontações: inicia-se na divisa da Rua 31 com o Sistema de Lazer 01 da Vila Piloto e também com esta área e segue no sentido anti-horário em forma circular com raio de 100,00 metros e circunferência de 628,31 metros com frente para a Avenida Dom Bosco, até chegar na esquina da Rua 30 com o Sistema de lazer 01, daí segue 40,50 metros dividindo com o Sistema de lazer 01, fechando assim a circunferência. O lote se encontra do lado ímpar do logradouro. Memorial descritivo elaborado e assinado pelo Técnico em Estradas Márcio Antonio Coimbra, CREA/MS: 1451/D, Guia da ART n. 1320170007918. **Registro anterior: Matrícula n. 15.310**, do livro 02, deste Registro Imobiliário. **Proprietário: MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS/MS**, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ/MF n. 03.184.041/0001-73, com sede administrativa na Avenida Capão Olinto Mancini, n. 687, nesta cidade de Três Lagoas/MS. Emolumentos: **isento** (conforme art. 16, da Lei Estadual 3.003/2005). Eu, Milena Gonzaga Laurencio, auxiliar extrajudicial, digitei. Eu, Aline da Silva Chieleder, auxiliar extrajudicial, conferi. Dou fé. Três Lagoas/MS, 19 de abril de 2017. *Assinatura*

EMOLUNTOS...	R\$	0,00	CERTIFICO que apresento fotocópia confere com a matrícula original de n.
FUNJBOC 5%...	R\$	0,00	79988 e que, nos termos do disposto artigo 19, § 1º da Lei 6.015/1973, tem
FUNJBOC 10%...	R\$	0,00	valor de certidão. O referido é verdade e dou fé. Três Lagoas, MS, em 09
FUNDEF 6%...	R\$	0,00	de janeiro de 2018. SELO nº APG79343-423.
FUNDE-PGE 4%...	R\$	0,00	
FEADMP 10%...	R\$	0,00	
TOTAL.....	R\$	0,00	

Oficial do Registro / Substituto / Escrevente
Acesse o site <http://www.tjms.jus.br/portal/portal/seguros/pesquisacertidao.php> para verificar a autenticidade desta certidão.

Registro de Imóveis e Hipotecas
TRÊS LAGOAS
MATO GROSSO DO SUL
Jacqueline Yamaguchi Ueda
Escrevente de Registro

O requerido justifica que o ente público cedeu-lhe a área vizinha em comodato (lote 18A), “*e que por força das necessidades, e por se tratar de terreno que estava completamente abandonado, passou a cuidar como se fosse seu, murando, construindo de forma a abrigar sua família*” (f. 74).

Como se vê, o autor confirma que invadiu o imóvel.

É verdade que a Lei Municipal nº 1.761, de 26 de março de 2002, autorizou o Poder Executivo a ceder a área vizinha em comodato ao requerido.

Confira-se (f. 62):

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a ceder em comodato, para posterior doação, a área abaixo descrita, à Eder Gomes Barbosa - ME, CNPJ 04.289.878/0001-40, localizada à Rua Taurino Ramires Kock, nº 1005, Bairro Ipacaraí, na cidade de Três Lagoas - MS:

- Roteiro de medidas e confrontações:

13.09m (treze metros e nove centímetros) de frente ao Nascente para Rua Perimetral 01, por 30.00m (trinta metros) ao Sul, confrontando-se com a Rua 2, seguindo com 8.25m (oito metros e vinte e cinco centímetros) ao Poente confrontando-se com o lote 18B e, finalmente com 30.00m (trinta metros) ao Norte confrontando-se com o lote 18, possuindo uma área de 320.10m² (trezentos e vinte metros e dez centímetros quadrados).

Art. 2º A área, objeto da presente Lei, destina-se à implantação de um depósito de gás.

Entretanto, tal fato não torna legítima a posse exercida pelo requerido sobre o imóvel vizinho.

Está comprovada, assim, a prática de esbulho por parte do requerido, o que justifica a reintegração de posse.

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – IMÓVEL PÚBLICO – NÃO AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO PARA UTILIZAÇÃO DO BEM DESCRITO NA INICIAL – AUTORES QUE SÃO MEROS DETENTORES E NÃO POSSUIDORES – RECURSO DESPROVIDO. 1. Em se tratando de ocupação do imóvel municipal, não configura posse mas mera detenção, tanto que não há se falar em usucapião de bem público. 2 - O artigo 1.208 do Código Civil dispõe que “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”. Assim, seja porque o Código Civil obsta a posse nos casos de clandestinidade ou em razão da Magna Carta vedar o usucapião de bem público, não há que se discutir acerca de “posse” já que os autores são meros detentores e não possuidores, inexistindo no caso comprovação de autorização do Poder Público para utilização do imóvel conforme relatado. 3- Como bem explicado pelo magistrado: Logo, não há que se falar em enriquecimento sem causa, eis que se tratando de construções irregulares, não são passíveis de alienação, logo não se reverterá em benefício econômico para o município. Ademais, a destinação dada pelos réus não atende a função social da propriedade, vez que em desacordo com as normas ambientais e com o desenvolvimento sustentável. Localizada numa região denominada “área verde”, a área que deveria ser destinada a atividade de horticultura está ocupada por galpões destinados à atividade de recuperação de peças de veículos com utilização de técnicas inadequadas e com suspeita de agressão ao meio ambiente. Acrescente-se a regra é de que o acessório segue o principal. Sendo o solo o principal e a edificação acessória, esta agrega-se àquele, tornando-se bem público. Uma vez público, é de propriedade do município, o que lhe confere a prerrogativa de dispor dela da forma que lhe convier, inclusive demolindo-a. Assim, a despeito de os réus alegarem que utilizam da área também para moradia, esse fato, por si só, não afasta os critérios legais de destinação dos bens públicos, mormente quando em desacordo com a legislação ambiental. Em suma, está caracterizado o esbulho possessório por ocupação indevida de imóvel público, não encontrando as justificativas dos

réus proteção no Ordenamento Jurídico. 4- A jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, é firme em não ser possível a posse de bem público, constituindo a sua ocupação mera detenção de natureza precária”. (TJMS. Apelação nº 0053312-92.2011.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 02/04/2019, p: 04/04/2019)

No que se refere ao pedido de indenização das benfeitorias, não assiste razão ao apelante.

Em 24/10/18, editou-se no Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 619, à qual dispõe que: *“a ocupação indevida de bem público é mera detenção de bem, inexistindo indenização por benfeitorias”*.

Como se vê, referida súmula possui natureza de direito material, estabelecendo, claramente, que, na hipótese de ocupação indevida, o particular não terá os direitos inerentes à posse.

Consoante ao que estabelece o Código Civil, *“possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”* (art. 1.196 do CC/02), sendo detentor *“aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”* (art. 1.197 do CC/02).

Essas definições são relevantes porque o *“possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”* (art. 1.210 do CC/02), enquanto que ao detentor não são atribuídos tais direitos.

Verifica-se também que ao possuidor de boa-fé é assegurado *“o direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”* (art. 1.219 do CC/02), direitos que, por sua vez, não são assegurados ao detentor.

Nesse sentido:

“Na realidade, quanto à indenização pelas benfeitorias, veja-se, por oportuno, que a relação que se estabelece entre o particular e o bem público não configura posse, ao revés, mera detenção. Veja-se, outrossim, que o mero detentor não tem direito ao recebimento de indenização por benfeitorias.

Ademais, subjaz à indenização em questão (artigo 1219 do CC) o direito de retenção até que seu valor seja efetivamente pago. Sucede que, não se pode admitir que um particular retenha um bem público, sob pena de se reconhecer, por via oblíqua, a posse individual de bem de natureza coletiva, providencia incompatível com o regime jurídico aplicável aos bens em apreço (bens públicos)”. (destacado) (STJ. AgRg no Ag 1.160.658/RJ, Rel.: Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j: 27/04/2010, p: 21/05/2010).

“ADMINISTRATIVO – OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES – CONSTRUÇÃO – BENFEITORIAS – INDENIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Ihering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC). 3. O art. 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC. 4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor. 5. Essa impossibilidade, por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Precedentes do STJ. 6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos. 7. A indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público.

(...). 11. *Entender de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e construções ilegais e legítimas, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.* 12. *Recurso Especial provido*". (destacado) (STJ. REsp 945055/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, p: 20/08/2009).

"PROCESSO CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – IMÓVEL FUNCIONAL – OCUPAÇÃO IRREGULAR – INEXISTÊNCIA DE POSSE – DIREITO DE RETENÇÃO E À INDENIZAÇÃO NÃO CONFIGURADO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EFEITO INFRINGENTE – VEDAÇÃO. (...). 2. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de se reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. 3. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. 4. Se o direito de retenção ou de indenização pelas acessões realizadas depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias. 5. Recurso não provido". (destacado) (STJ. REsp 863939/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 24/11/2008).

Ressalta-se que tais entendimentos quanto à precariedade e a consequente ausência de posse quando da irregular ocupação de bens públicos não comportam análise de eventual alegação de que o ocupante irregular agiu de boa ou má-fé.

Veja-se:

"AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSUAL CIVIL – MATÉRIA PRECLUSA – NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ADESIVO PARA ATACAR PARTE DO ARESTO – TEMA SUSCITADO APENAS NO AGRAVO REGIMENTAL – INOVAÇÃO – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO – DESCONHECIMENTO DO VÍCIO – POSSE – IMPOSSIBILIDADE – MERA DETENÇÃO – NATUREZA PRECÁRIA – ART. 1.219 DO CC – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS E DIREITO DE RETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. A matéria que não foi impugnada por ausência de interposição de recurso especial adesivo pela parte que saiu vencedora no recurso de apelação quanto ao pedido alternativo formulado e que ficou vencida com o provimento do apelo extremo pelo STJ não pode ser suscitada apenas em agravo regimental, ante a preclusão consumativa. 2. A ocupação de bem público não gera direitos possessórios, e sim mera detenção de natureza precária. 3. Ainda que a parte desconheça vício que inquiere seu direito, gozando de boa-fé, não são cabíveis o pagamento de indenização pelas benfeitorias e o reconhecimento do direito de retenção, nos termos do art. 1.219 do CC. 4. Agravo regimental desprovido". (destacado) (STJ. AgRG no REsp nº 1.319.975/DF, Rel.: Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j: 01/12/15, p: 09/12/15).

Portanto, de consequência, a sentença recorrida não comporta reforma também no que se refere ao pedido de indenização das benfeitorias.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Eder Gomes Barbosa, mas nego-lhe provimento.

Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/15, restando a exigibilidade da verba suspensa, por ser o requerido beneficiário 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. 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. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 24 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0002270-05.2010.8.12.0012 - Ivinhema

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 – LEI PROCESSUAL – CPC/73 – MÉRITO – ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/6/2008 – DESNECESSÁRIA – PRAZO LEGAL PARA APRESENTAÇÃO DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) – ART. 59 DA LEI Nº 12.651/12 – MULTA DIÁRIA – INCABÍVEL – RECURSO PROVIDO.

Aplica-se o regramento anterior aos atos processuais praticados na sua vigência, à luz do princípio de que o tempo rege o ato.

Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal.

Comprovado que o proprietário do imóvel rural procedeu à regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais e que não possui cursos d'água naturais, situação que, de acordo com os art. 61-A e 67 da Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal, bem como permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal.

Não cabe ao magistrado de primeiro grau exigir prazo para apresentação do Cadastro Ambiental Rural – CAR em desconformidade com o disposto na Lei nº 12.561/12.

É incabível a fixação de multa cominatória como forma de coerção se a obrigação para inscrição do CAR ainda não se encontra vencida.

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 contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de maio de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Jair Defende interpôs apelação em face da sentença (f. 321-330) proferida em 09.09.2015, por Mário José Esbalqueiro Júnior, Juiz da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema que, na ação civil pública ambiental proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 343-368), argui preliminar de nulidade da sentença em razão do julgamento antecipado da lide, prejudicando seu direito de defesa.

Aventa preliminar de julgamento *extra petita*, uma vez que o pedido de compelir o requerente a obrigação de fazer consiste em: “a) não desmatar ou proceder quaisquer alterações nas vegetações nativas; b) cercar, no prazo de três meses, todas as áreas de reserva (...); c) no prazo de 90 dias entregar perante o IMASUL um projeto de regularização da reserva legal (...)”. Porém, a sentença prevê obrigações com prazos menores que os previstos na inicial.

Sustenta, no mérito, que a sentença não respeitou os dispositivos da legislação federal e estadual, impondo ao apelante obrigação inexistente na lei e as existentes com prazos divergentes.

Aponta que “*mesmo na iminência de julgamento das ADIs, o juízo declarou a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012 sem indicar a qual princípio exposto na Constituição Federal estes artigos contrários, carecendo de fundamentação*”.

Alega que não há nos autos prova de danos ambientais, tendo em vista que a lei dispensa a propriedade menor de 4 (quatro) módulos a recompor a reserva legal, bem como pelo fato de que não há rios, riachos ou várzeas alagadas na propriedade, logo, não há que se falar em área de preservação permanente.

Aduz que a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei nº 12.651/12 e a determinação para que apresentasse o CAR, no prazo de 60 (sessenta) dias, acarreta uma situação de desigualdade para com os demais proprietários rurais do Brasil, os quais têm até 04.05.2016 para a apresentação do cadastro aos órgãos ambientais.

Menciona que a sentença está em desconformidade com a Lei nº 12.651/12 e a Portaria nº 100, de 04.05.2015, do Ministério do Meio Ambiente.

Afirma que:

“(...) a controvérsia repousa exatamente sobre a aplicação dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, tendo o julgado o bom senso de identificar que obriga meia dúzia de pequenos proprietários a recompor os 20% de Reserva Legal não é uma medida razoável, pois irá sim gerar a desigualdade, já que a maioria dos pequenos proprietários do país não estão sob julgamento”.

Requer o provimento do recurso para declarar a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa. No mérito, requer a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 61-A e 67, ambos da Lei nº 12.651/12. Por fim, requer a revogação da multa.

O apelado apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 380-390).

Em parecer, a representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (f. 398-408).

À f. 413-435, foi julgado o recurso de apelação interposto por Jair Defende, rejeitando-se as preliminares arguidas e, em relação ao reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 12.651/12 pela via difusa, ao argumento de violação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, determinou-se a remessa do feito ao órgão especial deste Tribunal para instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade, por conta da aplicação da cláusula de reserva de plenário.

O julgamento do referido incidente foi prejudicado (f. 442-461), em razão de os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (ADIs nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e ADC nº 42), terem declarado os dispositivos impugnados (arts. 61-A e 67 da Lei nº 12.651/12) constitucionais.

Em novo parecer, à f. 476-480, a representante da PGJ manifestou-se pela reforma da sentença no sentido de reconhecer a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jair Defende em face da sentença (f. 321-330) proferida em 09.09.2015 pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema que, na ação civil pública ambiental proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

À f. 413-435, foi julgado o recurso de apelação interposto por Jair Defende, rejeitando-se as preliminares arguidas e, em relação ao reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 12.651/12 pela via difusa, ao argumento de violação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, determinou-se a remessa do feito ao órgão especial deste Tribunal para instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade, por conta da aplicação da cláusula de reserva de plenário.

O julgamento do referido incidente foi prejudicado (f. 442-461), em razão de os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (ADIs nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e ADC nº 42), terem declarado os dispositivos impugnados (arts. 61-A e 67 da Lei nº 12.651/12) constitucionais.

Em novo parecer, à f. 476-480, a representante da PGJ manifestou-se pela reforma da sentença no sentido de reconhecer a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Da lei processual a ser aplicada na análise do recurso

Inicialmente, é necessário esclarecer, diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) no dia 18.03.2016, qual é a legislação a ser aplicada no julgamento deste recurso, se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) ou se o Código Processual de 2015.

No que pertine à sua vigência, o CPC/15 prevê:

*“Art. 14. A norma processual **não retroagirá** e será **aplicável imediatamente aos processos em curso**, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.*

“Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”.

“Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.

§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

§ 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.

§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

§ 5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código”.

Considerando que o CPC/15 foi publicado em 17.03.2015 e que a *vacatio legis* é de um ano, o novo CPC, como dito, entrou em vigor em 18.03.2016.

Confira-se, a respeito, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves¹:

“A vacatio legis do Novo CPC é de um ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045. Significa que, após a publicação oficial, ainda teremos um ano de vigência do CPC/1973, sendo esse o período para que todos se familiarizem com o Novo Código de Processo Civil.

*Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, **respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.***

No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): nº 267: ‘Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado’; nº 268: ‘A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código’; nº 275: ‘Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 1º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior’”. (destacado)

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/73 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei nº 5.869/73.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho²:

“Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões, sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data. (...)

A pergunta que fica é: - Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição?

A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data de sua existência.

Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em 18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso”.

Na hipótese dos autos, a sentença foi proferida em 09.09.2015, de modo que aplicam-se ao recurso as disposições do CPC/73.

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015 – Inovações/Alterações/Supressões comentadas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 589.

2 GOMES FILHO, David de Oliveira. Aplicação da lei no tempo – CPC 2015. **Revista Trimestral de Jurisprudência TJMS**. nº 198. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016.

Da constitucionalidade dos arts. 61-A e 67 da Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal)

O apelante defende constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, Lei nº 12.651/2012, por estarem de acordo com os artigos 225, *caput*, § 1º, I, III, § 3º; e, 186, II, ambos da Constituição Federal.

Confira-se o teor dos dispositivos:

“Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008”.

“Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo”.

Referida Lei foi objeto da ADC 42, ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e, em 28.02.2018, os Ministros do STF declararam a constitucionalidade dos arts. 61-A e 67 do Código Florestal.

Confira-se a resenha do julgamento divulgada no Informativo 892:

“O Plenário concluiu julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade em que se discute diversos dispositivos da Lei 12.651/2012 (Código Florestal) (Informativos 884 e 891).

O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADC 42, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; iv) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; v) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vi) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e, em parte, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); vii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; ix) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xi) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 7º, § 3º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; xv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º; xvi) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xvii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa

Weber; xviii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xix) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; xx) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; xxi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xxii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 44; xxiii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; xxiv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxvi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; xxvii) **por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A**; xxviii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xxix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; xxx) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; xxxi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xxxii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xxxiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; xxxiv) **por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67**; xxxv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68; e xxxvi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4901, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin e Rosa Weber; v) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; vi) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; vii) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; viii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 28; ix) por maioria, dar

*interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; **xiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67;** e xiv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68.*

*O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4902, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 7º, § 3º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; iii) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; iv) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; v) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; vi) **por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A;** vii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; viii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-C; ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; **x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67;** e xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.*

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4903, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, e, em parte, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação permanente; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam

inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; v) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; vi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vii) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos o Ministro Gilmar Mendes e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; ix) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xii) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 5º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 11; xv) por maioria, vencidos os Ministros Relator, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xvi) por unanimidade, julgou constitucional o art. 62.

*Por fim, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4937, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 7º, § 3º; iii) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; iv) por unanimidade, reconhecer constitucional o art. 44; v) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; vi) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; vii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; viii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; **ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A;** x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-C; e xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63.*

O Colegiado destacou que o art. 225 da Constituição Federal estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever

de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Sob essa perspectiva, o meio ambiente assume função dúplice no microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais se posicionam, paralelamente, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

Outrossim, o homem é parte indissociável do meio ambiente. Por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas.

A capacidade de os indivíduos desestabilizarem o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, as quais se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais são escassos; determinados danos são irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza; alterações climáticas tornaram-se problema real; e a poluição se alastra pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas da crise ambiental. Portanto, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto — e não proprietário — do meio ambiente. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (CF, art. 225), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. Não se deve desprezar que a mesma Constituição que protege o meio ambiente também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (CF, artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, e a reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, artigos 3º, III, e 170, VII), a proteger a propriedade (CF, artigos 5º, “caput” e XXII, e 170, II), a buscar o pleno emprego (CF, artigos 170, VIII, e 6º) e a defender o consumidor (CF, artigos 5º, XXXII, e 170, V).

O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita, assim, o duelo valorativo entre a proteção ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum e a pessoa humana, num cenário de escassez. Portanto, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

Nessa medida, a preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. Meio ambiente e desenvolvimento econômico encerram conflito normativo aparente, a envolver diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam.

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, e nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo, na linha do que decidido no RE 586.224/SP”. (destacado)

Consoante se observa, o apelante busca a reforma da sentença com fundamento nas “inovações” trazidas pelo Novo Código Florestal, o qual, supostamente afasta o fundamento legal da má-utilização dos recursos naturais, alegada pelo requerente.

Em virtude do reconhecimento da constitucionalidade, dentre outros dispositivos, do artigo 61-A (Das Áreas Consolidadas em Áreas de Preservação Permanente) e do artigo 67 (Das Áreas Consolidadas em Áreas de Reserva Legal) do Novo Código Florestal, deve ser reconhecido os efeitos vinculantes advindos do julgamento da referida ação de controle abstrato de constitucionalidade, proferido pelo STF.

Nesse sentido, confira-se o novo parecer do representante da PGJ (f. 479-480):

“Em pese o entendimento de já manifestado no parecer de f. 398-408, no sentido de que ‘o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas’, fato é que o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade (ADIs nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e ADC nº 42), reconheceu a constitucionalidade, dentre outros dispositivos, do artigo 61-A (Das Áreas Consolidadas em Áreas de Preservação Permanente) e do artigo 67 (Das Áreas Consolidadas em Áreas de Reserva Legal) do Novo Código Florestal”.

Logo, perante a declaração da constitucionalidade das disposições trazidas pelos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012, comporta reforma a sentença recorrida no sentido de reconhecer a constitucionalidade dos aludidos dispositivos.

Da recuperação pelo dano ambiental

Na hipótese, o artigo 67 do Código Florestal dispensa o proprietário de até 4 módulos fiscais de qualquer recuperação da área de reserva legal, ocupada até 22.07.2008.

Confira-se:

Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com área ocupada com vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo”.

Na hipótese, o imóvel rural possui área total de 46,342ha (f. 207-218), em consulta ao site eletrônico do INCRA, infere-se que o módulo fiscal no município de Ivinhema é de 30 hectares¹, logo, atende aos requisitos legais para dispensa recuperação da área.

Ainda, depreende-se do relatório de Vistoria Técnica nº 205/CORTEC/2010, elaborado pelo Ministério Público Estadual (f. 122-130) que não há vegetação nativa, nem curso d’água.

Confira-se (f. 125):

A área objeto da vistoria (Sítio São Paulo), correspondente ao Inquérito Civil n. 295/2PJI/98, encontra-se quase que totalmente coberta por pastagens em boa formação, sendo utilizada para pecuária de corte.

Possui um relevo todo plano, sendo que não foram visualizados processos erosivos.

Como a propriedade não possui curso d’água, a dessedentação do rebanho é realizada em bebedouros abastecidos por poço e em caixas secas existentes nas pastagens.

A propriedade não possui 20% da área total do imóvel com vegetação nativa para fins de reserva legal. É necessário que o proprietário disponha no (...)

Relação Alfabética

SR 16 - MATO GROSSO DO SUL

UNIDADE GEOGRÁFICA			ZP	MOD.	ZTM	FMP	LIM.	SITUAÇÃO CADASTRAL		SUPER.	ÁREAS
CÓDIGO	MUNICÍPIO	MRG	FISC.	IE	50/97	(ha)	EST.	IMÓVEIS	ÁREA	TERRIT.	ESPECIAIS
			(ha)				(ha)		(ha)	(km²)	

5004700	IVINHEMA		011	2	30	A3-3	3	45	2.670	237.411,4	2.010,2	PA
---------	----------	--	-----	---	----	------	---	----	-------	-----------	---------	----

Dessa maneira, não há área a ser recomposta no imóvel rural objeto do processo, seja porque a ocupação da área é anterior a data de 22/7/2008 (f. 207-218), seja porque não há de cursos d'água naturais a exigir a consolidação de APP's, exigência que se depreende do art. 61-A, § 4º, da Lei nº 12.651/2012.

Assim, tenho que o recorrente comprova a regularidade do bem, inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, impondo-se a reforma da sentença neste tópico.

Nesse sentido, julgados nesta Câmara, de relatoria deste Desembargador:

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECLUSÃO. ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – DESNECESSÁRIA – RECURSO DESPROVIDO. A inversão do ônus da prova apenas na sentença ou, ainda, quando do julgamento do recurso de apelação, é medida que inviabiliza à outra parte o exercício do contraditório e da ampla defesa, porquanto ela se vê surpreendida com a assunção de ônus que não lhe cabia, sem que tenha tempo hábil para apresentar as provas que entende necessárias. Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal. Comprovado que o proprietário do imóvel rural procedeu à regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais e que não possui cursos d'água naturais, situação que, de acordo com os art. 61-A e 67 da Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal, bem como permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. (TJMS. Apelação nº 0001256-54.2008.8.12.0012, Ivinhema, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/09/2018, p: 28/09/2018)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – IMPUGNAÇÃO. ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – RECURSO PROVIDO. Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal. O advento do novo Código Florestal, trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo, inclusive havendo cláusula expressa quanto à adequação do acordo às alterações da legislação ambiental. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1413080-46.2017.8.12.0000, Ivinhema, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 17/10/2018, p: 18/10/2018)

No mesmo sentido, o entendimento acolhido neste Tribunal:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei nº 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas

² “para os imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d'água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais, conforme determinação do PRA, observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular.”

estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defendê-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor; não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. (TJMS. Apelação nº 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REGRA DE INSTRUÇÃO – PRECLUSÃO – STF – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 61-A E 67 DA LEI Nº 12.651/12 – APLICAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do in dubio pro natura, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso concreto. A inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, “devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos”. (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, vem manifestando pela “constitucionalidade dos artigos 3º, XIX; 4º, III, e § 1º e § 4º; 4º, § 5º e § 6º; 5º, caput, § 1º e § 2º; 8º, § 2º; 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; 13, § 1º; 15; 44; 48, § 2º; 61-A; 61-B; 61-C; 62; 63; 66, § 3º, § 5º e § 6º; 67; 68; 78-A; ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais e internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; da expressão “realizada após 22 de julho de 2008”, contida nos arts. 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º; e dos arts. 59 e 60, todos da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal),” (TJMS. Apelação nº 0001423-71.2008.8.12.0012, Ivinhema, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 08/08/2018, p: 10/08/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – CÓDIGO FLORESTAL – APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO – CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO – JULGAMENTO ENCERRADO NO STF – PRAZOS E CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS – SENTENÇA REFORMADA – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS INICIAIS – RECURSO PROVIDO. A Lei nº 12.651/2012 revogou a Lei nº 4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, com vigência e aplicação imediatas. Em virtude de recente julgamento das ADI's de ns. 4901, 4902, 4903 e 4937, pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 61-A e 67, do Código Florestal. Se parte recorrente comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhe permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. Considerando a existência de exigências e prazos mais benéficos no novo Código Florestal, estes devem incidir na situação em análise, razão pela qual não deve prosperar a pretensão formulada na presente demanda. (TJMS. Apelação nº 0800190-98.2011.8.12.0012, Ivinhema, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 24/07/2018, p: 25/07/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei nº 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defendê-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. (TJMS. Apelação nº 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

Do prazo para apresentação do Cadastro Ambiental Rural (CAR)

O juiz *a quo* estabeleceu que a implantação do CAR deve ser feita em 60 dias improrrogáveis.

Todavia, a condenação do apelante para apresentação do CAR neste termos incorre de forma contrária ao determinado pela Lei nº 12.651/12.

Nesse sentido:

“(…)

Art. 59. (...)

§ 2º A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo essa adesão ser requerida até 31 de dezembro de 2019, permitida a prorrogação por mais um ano por ato do Chefe do Poder Executivo”. (Redação dada pela Medida provisória nº 867, de 2018)

Não cabe ao magistrado de primeiro grau exigir prazo para apresentação do CAR em desconformidade com a lei.

A análise da apresentação do CAR deverá ser feita pelo juízo a quo, em sede de cumprimento de sentença, sendo certo que tal obrigação deverá ser tida por cumprida caso comprovada a efetiva inscrição do imóvel no CAR, dispensada a averbação da reserva legal perante o Cartório de Registro de Imóveis.

Logo, também comporta reforma a sentença neste ponto.

Da aplicação da multa cominatória

A fixação de multa cominatória como forma de coerção para que a parte cumpra a determinação judicial é cabível, com base no § 4º do artigo 461 do CPC.

Confira-se:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor **multa diária ao réu**, independentemente de pedido do autor, **se for suficiente ou compatível com a obrigação**, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.” (negritei)

Acerca da multa diária, Nelson Nery Júnior¹ ensina:

“(…) Ao fixar a multa, o juiz dará prazo para o cumprimento da obrigação. A partir do término do prazo, não cumprida a obrigação, inicia-se o período de incidência da multa. A multa diária pelo não cumprimento pode ser determinada na fase de conhecimento (CPC 461).

(...)

O valor da multa diária por dia de atraso, quer tenha sido fixado na decisão ou sentença de conhecimento (CPC 461 §§ 3º e 4º), quer no processo de execução (CPC 644 caput), pode ser modificado pelo juiz da execução, caso se demonstre estar excessivo ou insuficiente para a sua finalidade inibitória.

“(…) Não há ofensa à coisa julgada, mas sim aplicação da cláusula rebus sic stantibus de que se reveste a decisão ou sentença na parte que fixa o valor da multa diária. Em outras palavras, mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado; sobrevindo nova situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado.”

Como se vê, esta multa não é meio de execução da obrigação, mas forma indireta de coagir o devedor a adimplir o determinado em sentença, assim, o devedor quando insiste em manter-se inadimplente responde por multa de valor significantemente alto, por ter a referida multa valor inibitório.

A aplicação da referida multa pode se dar tanto a requerimento da parte, como de ofício pelo Juiz, pois é de caráter coercitivo e moralizador das funções judiciárias, forçando o devedor a cumprir a obrigação, e, em caso de não cumprimento, ressarcindo o credor pelos danos da não execução.

Todavia, na hipótese dos autos, a multa em caso de descumprimento dos prazos é totalmente descabida, visto que a obrigação para inscrição do CAR ainda não se encontra vencida e, caso não adotada a medida até o prazo determinado no § 2º do art. 59 do Novo Código Florestal, qual seja, 31/12/2019, a consequência para o proprietário será dada na via legal.

Assim, deve ser revogada a aplicação da multa nos moldes em que estabelecida.

Dispositivo

¹ JÚNIOR, Nelson Nery. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 701.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação interposto por Jair Defende para reformar a sentença no sentido de reconhecer a constitucionalidade dos arts. 61-A e 67 da Lei nº 12.651/12, possibilitando ao recorrente os direitos ali descritos, adequar o prazo para apresentação do Cadastro Ambiental Rural (CAR), de acordo com § 2º do art. 59 do Novo Código Florestal, qual seja, 31/12/2019, e determinar a revogação da multa cominatória aplicada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 08 de maio de 2019.

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1400531-33.2019.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEL UTILIZADO PARA FIM COMERCIAL – PENHORABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO – IMPOSSIBILIDADE – INOBSERVÂNCIA DO REGRAMENTO LEGAL APLICÁVEL – NOVA AVALIAÇÃO DO BEM PENHORADO – DESNECESSIDADE.

Discute-se no presente recurso: a) ser o imóvel penhorado considerado como bem de família, mesmo sendo destinado a fins comerciais, em razão da alegação de que o sustento da família advém da respectiva renda; b) a possibilidade de substituição do bem penhorado, e c) a necessidade de nova avaliação do bem penhorado.

“(…) Não se instituiu com a Lei 8.009/90 uma garantia de impenhorabilidade a qualquer bem que possa vir a trazer sustento ao indivíduo. O referido édito trata apenas e unicamente do imóvel residencial em que habite a família ou, ao menos, consoante o enunciado 486/STJ, do imóvel residencial do qual a família extraia renda para habitar ou subsistir.” (REsp 1.367.538/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 12/03/2014)

Acerca da substituição do bem penhorado, dispõe o art. 847, do CPC/15, que o executado pode, no prazo de dez (10) dias contados da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente. Segundo a alínea “a”, do § 1º, do dispositivo, o juiz só autorizará a substituição se o executado comprovar as respectivas matrículas e os registros por certidão do correspondente ofício, quanto aos bens imóveis.

Ainda, conforme dispõe o § 2º, do art. 847, requerida a substituição do bem penhorado, o executado deve indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e a certidão negativa ou positiva de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora.

E, por fim, os §§ 3º e 4º preveem, respectivamente, que o executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição, caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge, salvo se o regime for o de separação absoluta de bens, sendo que, em qualquer hipótese, o juiz intimará o exequente para manifestar-se sobre o requerimento de substituição do bem penhorado.

Na espécie, o devedor-agravante não observou esse regramento, pois não submeteu ao Juiz de primeiro grau a documentação da suposta baixa do gravame, que ora carrou com o presente recurso, o que viola a vedação de supressão de instância. Além disso, ao que tudo indica, conforme sua qualificação que consta da inicial, o devedor-agravante é casado, e, a depender de seu regime de casamento, deve também trazer aos autos anuência de sua cônjuge, a fim de que, efetivamente, o bem ofertado possa ser substituído.

Nos termos do art. 873, do Código de Processo Civil/2015, é admitida nova avaliação quando: a) qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador (inc. I); b) se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem (inc. II), e c) o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação (inc. III).

Na espécie, entretanto, não há margem alguma para dúvida fundada, ou mesmo para se cogitar de erro na avaliação feita pelo avaliador judicial, pois, consoante bem ressaltou a decisão agravada, o avaliador do Juízo, ao concluir pelo valor de R\$ 420.000,00, levou em conta “a atual situação do mercado imobiliário treslagoense, bem como prévio levantamento de dados, junto a “sites” de imóveis à venda, e, ofertas em áreas similares, opções de compras e negociações realizadas e, ainda, descreveu detalhadamente todo o imóvel” (f. 26). Ao seu turno, a avaliação extrajudicial trazida aos autos pelo devedor-agravante, para alcançar o valor de R\$ 730.000,00, valeu-se de critérios genéricos, que não permitem inferir a razão pela qual se chegou a um valor tão discrepante.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de abril de 2019.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mair Benites Gimenez Filho contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0012864-17.2011.8.12.0021 pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas-MS.

Ação: Monitória proposta por Herminio Martins contra Mair Benites Gimenez Filho, atualmente em fase de cumprimento de sentença, visando o recebimento do valor de R\$ 227.977,02 (f. 285-287, autos na origem).

Decisão interlocutória agravada: indeferiu o pedido de substituição do imóvel penhorado, e manteve a avaliação judicial do referido bem designado à f. 373 (f. 438-443, na origem).

Agravo de instrumento: interposto pelo executado Mair Benites Gimenez Filho, sustentando: a) a impossibilidade de penhora do imóvel comercial, pois sua utilização é necessária para a subsistência da família, sendo considerado bem de família por analogia; b) o agravante não possui mais débito com o Banco HSBC em relação ao outro imóvel, situação comprovada pela carta de quitação juntada, sendo devida sua substituição pelo imóvel já penhorado, e c) considerando a divergência entre os valores das avaliações do oficial de justiça e dos laudos juntados pelo recorrente, é necessária uma nova avaliação do imóvel sob a matrícula nº 24.630.

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso, e, no mérito: a) que seja reconhecida a impenhorabilidade do imóvel penhorado, por se tratar de bem de família por analogia, subsidiariamente, b) a substituição do imóvel penhorado, e c) a reavaliação do imóvel sob a matrícula nº 24.630 (f. 01-22).

Despacho do relator: determinou tão somente a intimação do agravado para apresentar contrarrazões (f. 515-518).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 521-525).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) ser o imóvel penhorado considerado como bem de família, mesmo sendo destinado a fins comerciais, em razão da alegação de que o sustento da família advém da respectiva renda; b) a possibilidade de substituição do bem penhorado, e c) a necessidade de nova avaliação do bem penhorado.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 27/11/2018 (f. 438-443, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 03/12/2018 (f. 444, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 23/01/2019 (f. 01-22).

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 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 512).

Bem de família

O devedor-agravante sustenta, em suma, que o imóvel penhorado, mesmo sendo utilizado para fins comerciais, é bem de família, pois é por meio dele, mesmo sendo proprietário de apenas dez por cento (10%) das respectivas cotas societárias, que aufero o seu sustento, bem como de sua família.

Além disso, aduz que deve, por analogia, ser aplicado à espécie o entendimento de que a pequena propriedade rural é impenhorável, pois:

“(...) aqui temos a aplicação análoga quando nos referimos à penhora de bem onde se localiza o comércio da família do qual se retira o sustento; motivo pelo qual o credor interpõe o presente recurso para ver garantido seu direito quanto à impenhorabilidade do imóvel comercial penhorado nos autos de cumprimento de sentença.” (f. 16-17).

A decisão agravada, ao refutar tal tese, o fez afirmando o seguinte:

“(...) Não obstante no imóvel penhorado seja localizado um comércio, de propriedade do executado (apenas 10% das cotas da empresa) e de seu filho, não há qualquer relação com a impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

Portanto, o imóvel penhorado não se trata de bem de família.” (f. 26)

Segundo a Súmula nº 486/STJ, “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.” (Corte Especial, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012).

Referido enunciado foi construído à luz da aplicação da *mens legis* da Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), e, nesse mesmo sentido, tenta o devedor-agravante ampliar o conceito de bem de família (residencial) a imóvel utilizado para fins comerciais.

Ocorre que, diante da significativa diferença entre as situações em comento, o Superior Tribunal de Justiça já refutou essa analogia, conforme se vê do precedente que segue:

“RECURSOESPECIAL–PROCESSUALCIVIL–EXECUÇÃO–PENHORABILIDADE DE IMÓVEL COMERCIAL – BEM DE FAMÍLIA – NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Inexiste omissão ou nulidade do acórdão que examina pontualmente a questão relativa à alegada locação de imóvel residencial pela executada, cujo aluguel, em parte, seria adimplido mediante a locação de imóvel comercial penhorado, ao qual deseja a executada estender a natureza de bem de família. Negativa de prestação jurisdicional afastada.

2. A regra no sistema jurídico brasileiro é a da garantia da solvabilidade das dívidas pelo patrimônio do devedor, norma matriz assentada no art. 591 do CPC.

3. Excepcionalmente, estabeleceu o legislador hipóteses de impenhorabilidade, regras que devem ser interpretadas restritivamente, sem que se desnature o instituto de que se cuida.

4. Caso dos autos que não se amolda à hipótese que dera azo à edição do enunciado 486/STJ, sendo comercial o imóvel cuja impenhorabilidade se deseja ver reconhecida.

5. Não se instituiu com a Lei 8.009/90 uma garantia de impenhorabilidade a qualquer bem que possa vir a trazer sustento ao indivíduo. O referido édito trata apenas e unicamente do imóvel residencial em que habite a família ou, ao menos, consoante o enunciado 486/STJ, do imóvel residencial do qual a família extraia renda para habitar ou subsistir.

6. *Recurso Especial a que se nega provimento.*” (REsp 1.367.538/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 12/03/2014)

Nessa esteira, também é despropositada a tentativa do devedor-agravante de aplicar à espécie, por analogia, as regras de impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Isso porque, as situações são flagrantemente distintas, não permitindo, por isso, a utilização da analogia como recurso de interpretação/hermenêutica.

Além disso, conforme sustenta o próprio recorrente, o imóvel penhorado não é o único de sua propriedade, razão pela qual não há se falar, nessas condições, na existência de bem de família.

Assim, neste ponto, o recurso não merece provimento.

Substituição do bem penhorado

Acerca da substituição do bem penhorado, o devedor-agravante sustenta que:

“(...) embora tenha o MM. juiz a quo indeferido o pedido pelo fato do exequente não ter concordado com a substituição da penhora e por haver registro de alienação fiduciária ao Banco HSBC (R.12/M.17.676 – f. 422), certo é que em sua defesa o executado já havia informado que o débito em questão já havia sido quitado (o que comprova agora com a competente carta de quitação ofertada pelo Banco credor – documento em anexo – que não fora averbado ainda pelo agravante exatamente por conta da ausência de recursos para tanto)”.

Neste ponto, a decisão agravada, ao rejeitar a substituição do bem penhorado, pontuou que:

“(...) conforme f. 419-424, este imóvel encontra-se alienado fiduciariamente em favor da instituição financeira HSBC (Brasil) Administradora de Consórcio Ltda. A propriedade do bem pertence àquela instituição, enquanto não quitado o contrato. Além disso, o exequente não concordou com a substituição da penhora” (f. 26).

Acerca da substituição do bem penhorado, dispõe o art. 847, do CPC/15, que o executado pode, no prazo de dez (10) dias contados da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

Segundo a alínea “a”, do § 1º, do dispositivo, o juiz só autorizará a substituição se o executado comprovar as respectivas matrículas e os registros por certidão do correspondente ofício, quanto aos bens imóveis.

Ainda, conforme dispõe o § 2º, do art. 847, requerida a substituição do bem penhorado, o executado deve indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e a certidão negativa ou positiva de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora.

E, por fim, os §§ 3º e 4º preveem, respectivamente, que o executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge, salvo se o regime for o de separação absoluta de bens, sendo que, em qualquer hipótese, o juiz intimará o exequente para manifestar-se sobre o requerimento de substituição do bem penhorado.

Na espécie, o devedor-agravante não observou esse regramento, pois não submeteu ao Juiz de primeiro grau a documentação da suposta baixa do gravame, que ora carrou com o presente recurso (f. 43-48), o que viola a vedação de supressão de instância.

Além disso, ao que tudo indica, conforme sua qualificação que consta da inicial, o devedor-agravante é casado, e, a depender de seu regime de casamento, deve também trazer aos autos anuência de sua cônjuge, a fim de que, efetivamente, o bem ofertado possa ser substituído.

Assim, neste ponto, o recurso também não deve ser provido.

Nova avaliação

O agravante sustenta, ainda, a necessidade de nova avaliação do bem penhorado, em razão da alegada discrepância do valor obtido pelo avaliador judicial com o valor de mercado do bem.

A decisão agravada, no particular, assim decidiu a questão:

“(...) No tocante à avaliação, o executado apresentou as seguintes avaliações: f. 394 elaborada por Luciane Geraldi Queiroz Gorga - CRECI/MS 4309, f. 401 - elaborada por Rosecley Dias M. Monteiro - CRECI/MS 2891, f. 408-409 - elaborada por Victória Helena Monteiro Carraro - CRECI/MS 8817), nas quais o bem foi avaliado em R\$ 730.000,00, R\$ 740.000,00, e R\$ 750.000,00, respectivamente. Contudo, a apresentação de laudos unilaterais, que não foram submetidos ao contraditório não vincula o Juízo.

Cabe observar que o Oficial de Justiça é avaliador nato nos atos judiciais (art. 870 do Código de Processo Civil), cabendo a ele a avaliação. Aliás, devo lembrar, que possui presunção de legitimidade de seus atos.

Não identifico no imóvel avaliado, nenhuma característica especial (como p. ex. arquitetura especial, fachada histórica, ou algo similar) que demandasse a nomeação de empresa, órgão especializado ou perícia técnica.

Devo lembrar ainda, que o artigo 873 do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses restritas onde se repetirá uma avaliação.

As hipóteses são:

I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;

II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; III - o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.

Porém, não vejo razões para determinar nova avaliação do imóvel. O avaliador judicial (f. 373) é capacitado para tanto (possui autorização legal) e informou ter realizado a avaliação com base no valor atual de mercado, levando-se em consideração a atual situação do mercado imobiliário treslagoense, bem como prévio levantamento de dados, junto a “sites” de imóveis à venda, e, ofertas em áreas similares, opções de compras e negociações realizadas e, ainda, descreveu detalhadamente todo o imóvel, avaliando-o integralmente em R\$ 420.000,00.

Deve-se dizer, ainda, que aquele ato realizado nos autos n. 0004456-18.2003.8.12.0021/02, cuja cópia não foi juntada nos autos, por certo difere da avaliação realizada neste feito.

Não se pode esquecer também o evidente interesse do executado de que o bem tenha o valor aumentado.

Devo ressaltar, por fim, que é fato que os Oficiais desta comarca possuem experiência na avaliação de bens e, salta aos olhos que o valor apontado pelo executado não condiz com a realidade.

Por isto, mantenho integralmente a avaliação judicial (f. 373).” (f. 26-28)

O Código de Processo Civil/2015 assim dispõe acerca da possibilidade de nova avaliação do bem penhorado:

“Art. 873. É admitida nova avaliação quando:

I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;

II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem;

III - o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.

Parágrafo único. Aplica-se o art. 480 à nova avaliação prevista no inciso III do caput deste artigo.”

Conforme o parágrafo único, do art. 873, que se refere à hipótese de “fundada dúvida” do Juiz, acerca do valor atribuído na “primeira avaliação” (inc. III, do art. 873, CPC/15), permite-se a aplicação do novel art. 480, CPC/15, que assim dispõe:

“Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.”

Como se vê, na hipótese de “fundada dúvida” quanto à “primeira avaliação”, é possível a realização de nova perícia, de ofício ou a requerimento da parte interessada, “quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida”, destinando-se a segunda perícia à: a) correção de eventual omissão, ou b) retificação de inexatidão dos resultados a que esta conduziu (CPC/15, art. 480, § 1º).

Na espécie, entretanto, não há margem alguma para “dúvida fundada”, ou mesmo para se cogitar de “erro na avaliação” feita pelo Avaliador Judicial, pois, consoante bem ressaltou a decisão agravada, o Avaliador do Juízo, ao concluir pelo valor de R\$ 420.000,00, levou em conta:

“(…) a atual situação do mercado imobiliário treslagoense, bem como prévio levantamento de dados, junto a “sites” de imóveis à venda, e, ofertas em áreas similares, opções de compras e negociações realizadas e, ainda, descreveu detalhadamente todo o imóvel” (f. 26).

Ao seu turno, a avaliação extrajudicial trazida aos autos pelo devedor-agravante, para alcançar o valor de R\$ 730.000,00, valeu-se de critérios genéricos, que não permitem inferir a razão pela qual se chegou a um valor tão discrepante.

Veja-se (f. 394, na origem):

Tomando-se por base as considerações descritas acima e tendo em vista, quanto ao terreno, sua localização centralizada e privilegiada, formato, dimensões, área construída e condições de aproveitamento, características da zona, padrão do logradouro, situação e serviços públicos, seu tipo, idade, distribuição das peças e fins de utilização, qualidade dos materiais empregados em seu acabamento, estado geral de conservação, avaliamos o imóvel quanto ao valor de comercialização em:

R\$ 730.000,00 (setecentos e quarenta mil reais).

Três Lagoas/MS, 23 de julho de 2018.

Assim, também neste ponto, não merece provimento o recurso.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Mair Benites Gimenez Filho 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. Amaury da Silva Kuklinski.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 24 de abril de 2019.

3ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0806861-71.2015.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – DIRECIONAMENTO DO CERTAME À EMPRESA VENCEDORA – ABERTURA DE LICITAÇÃO A PEDIDO DO PREFEITO MUNICIPAL – FAVORECIMENTO DE SECRETÁRIO MUNICIPAL E DE SEU FILHO POR MEIO DE EMPRESA DE PESSOA INTERPOSTA – COMPROVAÇÃO DAS CONDUTAS – FRAUDE À LICITAÇÃO – PREJUÍZO PRESUMIDO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – PARTICIPAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS INTEGRANTES DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO – AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO.

Hipótese em que se discute: *a)* se houve apenas irregularidades formais ou se estão caracterizados os atos de improbidade administrativa; *b)* se houve direcionamento da licitação; *c)* se é necessária a comprovação do prejuízo ao erário; *d)* se há provas de que os integrantes da comissão de licitação participaram do direcionamento.

Não conhecimento das razões de apelação apresentadas, de forma repetida, após a interposição do primeiro recurso interposto pelas partes devido à preclusão consumativa.

Na hipótese do ato de improbidade descrito no art. 11, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), basta a existência do chamado dolo genérico, não se exigindo a demonstração de dolo específico (v.g., REsp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 04/05/2011; REsp 1.229.495/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/06/2013).

Induvidoso, na espécie, a caracterização de ato de improbidade, pois o então Prefeito do Município de Selvíria determinou a abertura de procedimento licitatório direcionado para a compra de um ônibus com características específicas que, como observou-se pelas provas reunidas nos autos, resultou na compra pelo Município de Selvíria do ônibus pertencente ao ex-Secretário e seu filho, por meio de venda intermediada por empresa que venceu o procedimento licitatório comprovadamente fraudado.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que não haja demonstração de lesão concreta ao Erário, a fraude à licitação, por si só, já faz presumir a ocorrência de prejuízo, uma vez que não é oportunizado, à Administração Pública, selecionar a proposta mais vantajosa. Precedentes do STJ.

Quando se trata de responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

Em relação aos membros da Comissão de Licitação, não ficou caracterizada a presença do elemento subjetivo, pois não houve comprovação de dolo ou culpa por parte deles, não podendo eles serem condenados apenas porque participaram do procedimento licitatório, seja elaborando o edital ou recebendo e verificando a documentação das empresas convidadas.

Apelação conhecida e parcialmente provida.

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, em parte com o parecer, negar provimento ao recurso de José Dodo da Rocha, Jayme de Brito, Juliano Moraes Brito e Adelson Alberto dos Santos; quanto ao recurso de Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos, João Germano dos Reis Felício e Rogério Aparecido dos Santos dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de junho de 2019.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 07/02/2019

Trata-se de apelação interposta por José Dodo da Rocha e outros contra sentença proferida nos Autos nº 0806861-71.2015.8.12.0021 pelo Juiz da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas-MS.

Ação: ação civil de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual contra o então Prefeito de Selvíria-MS, José Dodo da Rocha, o ex-Secretário Municipal de Indústria, Comércio e Turismo de Selvíria-MS, Jayme de Brito; e seu filho, Juliano Moraes Brito; contra o então Presidente da Comissão de Licitação de Selvíria-MS, João Germano dos Reis Felício; e os membros da referida comissão, Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha e Bruno Cabeçoni dos Santos bem ainda, na qualidade de terceiro-beneficiário, contra Adelson Alberto dos Santos, ex-dono da empresa Central Veículos.

O MPE sustenta, em síntese, que foram apuradas por meio do Inquérito Civil nº 17/2011 irregularidades em procedimento licitatório, iniciado a pedido do então Prefeito de Selvíria José Dodo da Rocha, realizado no ano de 2008, envolvendo os réus, para a aquisição, pelo Município de Selvíria, de um ônibus usado de cor branca de propriedade do então Secretário Municipal de Indústria, Comércio e Turismo de Selvíria, Jaime de Brito, e de seu filho, Juliano Moraes Brito, para uso da Secretaria Municipal de Educação, direcionando o certame licitatório para que a empresa Central Veículos Ltda, pertencente à Adelson Alberto dos Santos (na qualidade de “laranja”), vencesse a licitação na modalidade convite.

Aduz que a fraude na licitação contou com a participação do servidor Rogério Aparecido dos Santos que elaborou o edital direcionado, bem como dos servidores participantes da Comissão de Licitação, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos e do Presidente da Comissão, João Germano dos Reis Felício, e ainda de Adelson Alberto dos Santos, que foi a pessoa que venceu a licitação e vendeu o ônibus ao Município.

Requeru, assim, a condenação dos réus José Dodo da Rocha, Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos, João Germano dos Reis Felício e Adelson Alberto dos Santos por lesão ao erário e violação aos princípios da Administração Pública pelo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inc. I, V e VIII e art. 11, *caput*, inciso I e (José Dodo da Rocha também no inciso II), da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, e a condenação de Jayme de Brito e Juliano Moraes Brito por enriquecimento ilícito e violação aos princípios da Administração Pública, por incurso nas condutas tipificadas no art. 9º, *caput*, e art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (f. 01-25).

Sentença: julgou procedente a ação, para condenar Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos, João Germano dos Reis Felício, José Dodo da Rocha e Adelson Alberto dos Santos pelos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10 e 11,

com penalidades previstas nos artigos 12, incisos II e III, ambos da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, e condenar Jayme de Brito e Juliano Moraes Brito, pelos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9 e 11, com penalidades previstas nos artigos 12, incisos I e III, ambos da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, e em consequência:

a) condenar todos os réus solidariamente a ressarcirem aos cofres do Município de Selvíria o valor de R\$ 48.000,00 relativo à aquisição do veículo de Placas JXA 3440, com correção monetária pelo INPC/IBGE e juros moratórios de 1% a.m desde a data em que o montante foi recebido pela Central Veículos Ltda, em 23.01.2008, até a data do efetivo pagamento.

b) condenar os réus Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos e João Germano dos Reis Felício ao pagamento, cada um, à título de multa civil, de 10% (dez por cento) do valor atualizado do dano; e José Dodo da Rocha, Adelson Alberto dos Santos, Jayme de Brito e Juliano Moraes Brito no pagamento, cada um, à título de multa civil, de 20% (vinte por cento) do valor atualizado do dano.

c) decretar a perda da função pública exercida pelos réus José Dodo da Rocha, ex-Prefeito Municipal, Adelson Alberto dos Santos, Jayme de Brito, ex-Secretário do Município, e Juliano Moraes Brito no Município de Selvíria;

d) suspender os direitos políticos dos réus José Dodo da Rocha, Adelson Alberto dos Santos, Jayme de Brito e Juliano Moraes Brito pelo prazo de 08 anos, período esse a ser contado a partir do trânsito em julgado desta decisão.

e) condenar o Réu Adelson Alberto dos Santos à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Custas pelos requeridos e sem honorários advocatícios sucumbenciais (f. 1513-1537).

Apelação: interposta pelos réus José Dodo da Rocha, Jayme de Brito, Juliano Moraes Brito, Adelson Alberto dos Santos, Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos e João Germano dos Reis Felício sustentando que: a) irregularidades formais não podem ser caracterizadas como ato de improbidade administrativa por faltar o elemento subjetivo; b) não houve direcionamento da licitação; c) não houve comprovação do prejuízo ao erário; d) mesmo que houvesse fraude, não há provas de que os integrantes da comissão de licitação participaram do direcionamento.

Requer o provimento do recurso para que os pedidos sejam julgados improcedentes (f. 1544-1552, 1561-1573, 1578-1590, 1594-1605, 1610-1621, 1626-1637, 1642-1653, 1658-1670, 1675-1690).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos dos recorrentes, pugnano pelo não provimento do recurso (f. 1709-1716).

Parecer do Ministério Público: da lavra da eminente Procuradora de Justiça Ariadne de Fátima Cantu da Silva, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 1728-1740).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) se houve apenas irregularidades formais ou se estão caracterizados os atos de improbidade administrativa; b) se houve direcionamento da licitação; c) se é necessária a comprovação do prejuízo ao erário; d) se há provas de que os integrantes da comissão de licitação participaram do direcionamento.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 27/03/2018 (f. 1538), tendo a respectiva intimação ocorrido em 03/04/2018 (f. 1542), enquanto que o presente recurso foi interposto em 23/04/2018 (f. 1544-1556 e 1594-1605).

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. 1557-1559).

Não conhecimento

Inicialmente, insta salientar que os apelantes apresentaram suas razões recursais às f. 1561-1573 (José Dodo da Rocha, Jaime de Brito, Juliano Moraes Brito e Adelson Alberto dos Santos) e f. 1594-1605 (Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos e João Germano dos Reis Felício), repetindo o mesmo recurso às f. 1610-1621, 1626-1637, 1642-1653, 1658-1670, 1675-1690, ou seja, a patrona dos apelantes anexou aos autos repetidas vezes o mesmo recurso de apelação para combater a mesma sentença, razão pela qual desconsidero esses recursos repetidos tendo em vista a preclusão consumativa.

Apelação de José Dodo da Rocha, Jaime de Brito, Juliano Moraes Brito e Adelson Alberto dos Santos

Os apelantes, em síntese, afirmam que a conduta dos agentes não caracterizou improbidade administrativa, bem como não houve direcionamento, dolo ou culpa e nem prejuízo ao erário, conforme restou comprovado na instrução processual.

O juiz *a quo* condenou os requeridos pelas seguintes razões:

“(…) Pois bem. Compulsando os autos, verifica-se que sem que existisse qualquer requisição do setor competente, ou seja, Secretaria de Transportes ou Secretaria de Educação do Município de Selvíria, tampouco sem que houvesse justificativa acerca da necessidade da aquisição de veículo, por ordem expressa do então Prefeito, José Dodo da Rocha, foi determinada a abertura de processo de licitação, na modalidade convite, objetivando a compra de um veículo (usado), ônibus, com no mínimo 41 lugares para passageiros, com poltrona de estofado, direção hidráulica, motor diesel com no mínimo 180 CV de potência, na cor branca, não inferior ao ano de 1990, para uso da Secretaria Municipal de Educação.

Assim, observa-se que por meio de ordem de serviço juntada à f. 47), foi determinado ao Departamento de Compras, pelo então Prefeito, José Dodo da Rocha, providências no sentido de adquirir “ônibus (usado), com no mínimo 41 lugares para passageiros, poltrona de estofado, direção hidráulica, motor diesel com no mínimo 180 cv, cor branca, não inferior a 1.990”, sendo o valor aproximado, conforme cotação de preços, de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais).

Diante da determinação do chefe do Poder Executivo, foi verificada a existência de dotação orçamentária, o que foi efetivado por Maria Regina Rocha, irmã do então prefeito José Dodo da Rocha, a qual confirmou a existência de disponibilidade do valor para aquisição do veículo (f. 49), sendo no dia seguinte autorizada a abertura de licitação (f. 50).

A elaboração do edital direcionado ficou sob a responsabilidade de Rogério Aparecido dos Santos, documento que também foi subscrito pelo então prefeito municipal. Segundo consta dos autos, Rogério, sem qualquer conhecimento técnico, limitou-se a fazer pesquisas pela internet para analisar as especificidades do veículo a ser comprado, sem que formalizasse qualquer orçamento/cotação prévio.

Desta feita, João Germano dos Reis Felício, presidente da comissão de licitação, certificou (f. 51) ter expedido os editais de licitação na modalidade convite, que se encontram acostados às f. 52-71.

Os convites foram enviados aos possíveis interessados, ao menos formalmente, às empresas Comercial de Automóveis Santa Fé Ltda (f. 115), K Cinco Caminhões e Ônibus Ltda (f. 112) e Central Veículos de Ilha Solteira (f. 117), de modo que em 20 de dezembro de 2007, reunida a comissão de licitação composta por Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos, Rogério Aparecido dos Santos e João Germano dos Reis Felício (f. 119/120), foi declarada vencedora a proposta da empresa Central Veículos Ilha Solteira Ltda-ME, representada e de propriedade de Adelson Alberto dos Santos, por exatos R\$ 48.000,00 (f. 120), estando o termo de adjudicação juntado à f. 121.

Tendo sido o certame homologado (f. 126), foi estabelecida a avença em 02 de janeiro de 2008. O contrato firmado (f. 119-133) entre o Prefeito José Dodo e Adelson, em nome da empresa Central Veículos, previu expressamente que o objeto licitado deveria ser entregue no prazo de 10 dias (dez) dias, contados a partir da data da assinatura (Cláusula 4ª f. 130), contudo, o ônibus foi entregue além do prazo estabelecido.

A entrega foi procedida sem que o ônibus fosse vistoriado, bem como sem que fosse analisada a documentação que estava em nome de terceiro, a empresa Attaera, e com alienação fiduciária em favor da Rodobens (situação que permaneceu por mais de 03 anos após a compra pela Prefeitura), sendo resolvida apenas após a instauração de inquérito civil.

A nota de empenho relativa à negociação encontra-se à f. 141, na qual consta arrolado o valor disponibilizado à empresa Central Veículos Ilha Solteira Ltda-ME, no montante de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais f. 120 e 128), mediante cheque (ordem de pagamento de f. 142) em 21 de janeiro de 2008 e certificado no documento de f. 195. A nota fiscal está alocada à f. 143, emitida pela Central Veículos.

Ocorre que, a despeito de a proposta ter sido apresentada por Adelson, da empresa Central Veículos, na verdade o veículo pertencia ao Secretário daquele Município, Jayme, e a seu filho Juliano, tanto é que Adelson Alberto dos Santos sequer possui qualquer documento referente a qualquer negociação que tenha feito com a empresa Attaera para aquisição do ônibus e posterior entrega ao Município de Selvíria.

Com efeito, quando da venda do ônibus, embora estivesse registrado em nome da empresa Attaera, o veículo pertencia de fato a Jayme e Juliano.

De todo esse apanhado, conforme ficou demonstrado no caderno processual, possível concluir o seguinte: O então Prefeito José Dodo da Rocha participou das etapas do certame, desde a ordem de serviço para a aquisição do ônibus, assinatura do edital, homologação, assinatura do contrato, pagamento e beneficiamento de Jayme de Brito e Juliano Moraes de Brito.

Rogério Aparecido dos Santos participou da fraude porque elaborou o edital de licitação direcionado, o que teve a concorrência dos membros da comissão de licitação, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos e João Germano dos Reis Felício, que mesmo diante dos reais indícios de direcionamento do certame e das irregularidades manifestas, nada fizeram para impedir a dilapidação do erário público e participaram do enriquecimento ilícito de Jayme de Brito e Juliano Moraes de Brito.

Adelson Alberto dos Santos foi a figura do “laranja”, que emprestou seu nome e o de sua empresa para que a negociação pudesse ser concretizada, enquanto Jayme de Brito e Juliano Moraes de Brito foram os reais beneficiários da conduta ilícita perpetrada pelos requeridos.”

O Magistrado condenou o então Prefeito do Município de Selvíria, José Dodo da Rocha, e Adelson Alberto dos Santos, na qualidade de terceiro-beneficiário, pelos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10 (prejuízo ao erário) e 11 (violação aos princípios), com penalidades previstas nos artigos 12, incisos II e III, ambos da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, e o ex-Secretário Municipal de indústria, Comércio e

Turismo, Jayme de Brito e seu filho, Juliano Moraes Brito, pelos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9 (enriquecimento ilícito) e 11 (violação aos princípios), com penalidades previstas nos artigos 12, incisos I e III, ambos da Lei nº 8.429, de 02/06/1992.

Conforme se apurou no Inquérito Civil nº 17/2011, o então Prefeito do Município de Selvíria, José Dodo da Rocha, determinou ao Departamento de Compras que providenciasse a abertura de procedimento licitatório na modalidade convite, pelo critério menor preço, “*visando selecionar empresa para a aquisição de um ônibus usado, com no mínimo 41 lugares para passageiros, com poltrona de estofado, direção hidráulica, motor diesel com no mínimo 180 cv de potência, na cor branca, não inferior à 1990, para uso da Secretaria Municipal de Educação*” em valor aproximado de R\$ 48.000,00 (f. 47).

Apurou-se que o servidor Rogério Aparecido dos Santos, membro da comissão de licitação, foi o responsável pela elaboração do edital, com o descritivo mínimo exigido do veículo, bem como a cotação do valor aproximado (f. 421).

A partir disso, três empresas receberam o convite para participar da licitação, quais sejam: Central Veículos Ltda, Kcinco Caminhões e ônibus Ltda e Comercial de Automóveis Santa Fé Ltda, sendo que as propostas deveriam ser entregues até as 9h30, do dia 17/12/2007, na Sala de Licitações e Contratos (f. 69-71).

De acordo com a ata de reunião, os membros da Comissão Permanente de Licitação receberam as propostas, e, após análise, declararam vencedora a empresa Central Veículos Ltda. por ter apresentado todos os documentos conforme exigência do edital e ter apresentado a proposta no valor de R\$ 48.000,00 (f. 120).

Durante o inquérito civil, apurou-se que Adelson Alberto dos Santos, proprietário da empresa Central Veículos Ltda., localizada na Cidade de Ilha Solteira-SP, venceu a licitação sem ter o ônibus com as características específicas exigidas, o qual, segundo sua versão, teria sido encontrado na empresa Attaera, com a qual teria feito “um combinado”, de forma verbal, para apresentar o ônibus à Prefeitura, e, posteriormente, se desse certo, pagar o valor que, segundo relata, não se recorda qual foi e nem a forma que utilizou para fazer o pagamento à empresa (f. 419).

Ora, a versão dos fatos apresentada pelo requerido-apelante não se sustenta, pois não é possível que ele tenha vencido o procedimento licitatório sem ter um ônibus com características tão específicas e que, além disso, não saiba quanto e como pagou pelo ônibus comprado da empresa Attaera.

Como asseverado pelo ilustre Promotor de Justiça em sua inicial, não é crível que, nos dias de hoje, o comerciante Adelson Alberto dos Santos não tivesse nenhuma comprovação desse negócio jurídico realizado com a empresa Attaera, ao menos uma transferência bancária, o que denota que foi utilizado apenas como o intermediário da venda do ônibus ao Município de Selvíria.

O então Secretário Municipal de Indústria Comércio e Turismo de Selvíria, Jaime de Brito, inicialmente, negou ser proprietário de qualquer ônibus durante depoimento no Inquérito Civil (f. 243), porém, ao prestar seu depoimento pessoal em Juízo, disse que o ônibus comprado pelo Município de Selvíria – que, coincidentemente, tinha as características solicitadas pelo Prefeito para a abertura da licitação – era do seu filho Juliano Moraes Brito.

Por sua vez, o seu filho explicou que o ônibus, ao ser vendido ao Município, já não era mais de sua propriedade, pois, por dificuldade de pagamento, teria devolvido para a empresa Attaera no início de 2008 (f. 1444-1445). Ocorre que a abertura da licitação pelo Município de Selvíria para a aquisição de um ônibus com as mesmas características ocorreu ainda em novembro de 2007 (f. 47-48), isto é, quando Juliano Moraes Brito ainda era proprietário do ônibus vendido à Prefeitura, demonstrando-se que a abertura do procedimento licitatório foi direcionado para a aquisição desse ônibus.

De fato, o documento do referido veículo sempre esteve registrado no nome da empresa Attaera SC Ltda, desde 2004 (f. 196), mesmo após Juliano Moraes Brito ter comprado o ônibus da empresa no ano de 2006, como afirmou em seu depoimento; ou seja, apesar de ter comprado o veículo, no documento, o mesmo ainda permanecia como sendo de propriedade da empresa.

Além disso, as testemunhas ouvidas, em Juízo e no inquérito, confirmaram que o ônibus vendido à Prefeitura também era de propriedade do então Secretário Municipal de Indústria Comércio e Turismo, Jaime de Brito, pai de Juliano Moraes Brito, como se extrai, por exemplo, do depoimento de Edgar Barbosa dos Santos, na época Vice-Prefeito de Selvíria, que afirmou que o ônibus adquirido pela Prefeitura da empresa Central Veículos era de propriedade do Jaime de Brito e, antes de ser vendido, ficava estacionado na frente da casa dele (f. 270 e 1444-1445).

A testemunha João dos Santos, mecânico, disse que já consertou esse ônibus vendido à Prefeitura que pertencia ao ex-Secretário Jaime de Brito e que sempre tratava com ele sobre qualquer conserto no ônibus (f. 1444-1445), o que denota que o proprietário do veículo era o então Secretário Municipal.

A testemunha Ademilson Gomes dos Santos, motorista, disse que trabalhava para o ex-Secretário Jaime de Brito, na firma que estava em nome de sua filha Rúbia, dirigindo o ônibus mencionado nos autos e que tomou conhecimento que ele o vendeu para a Prefeitura. Disse que não sabia no nome de quem estava o ônibus e que prestava serviços à empresa Attaera (f. 290). A testemunha ainda disse em Juízo, que achava que o ônibus era do ex-Secretário Jaime de Brito porque ele que dava as ordens e fazia os pagamentos (f. 1444-1445).

Portanto, como se observa, as testemunhas ouvidas apontam o então Secretário Municipal Jaime de Brito como o proprietário do ônibus que foi vendido à Prefeitura de Selvíria, não havendo dúvidas de que o veículo pertencia ao referido Secretário e a seu filho, e não à empresa Attaera ou a Adelson Alberto dos Santos, que apenas intermediou a venda.

Como bem salientou o Juiz *a quo*:

“(...) a prova é robusta no sentido de que o Requerido José Dodo da Rocha, então Prefeito do Município de Selvíria, determinou e homologou licitação cuja vencedora foi uma empresa de propriedade de um terceiro, usado na condição de “laranja”, mas sendo o veículo negociado de titularidade do agente público Jayme e de seu filho Juliano” (f. 1525).

Por último, como frisou o Magistrado:

“(...) restou devidamente delineado que Adelson Alberto dos Santos foi o “laranja” da operação, de modo que as incoerências de seus depoimentos comprovam que sequer soube explicitar circunstâncias mínimas do ocorrido, como forma de recebimento do valor e respectivas datas, destinação do montante, forma de negociação com a empresa Attaera, comprovante de negociação, como contrato, nota fiscal etc” (f. 1527).

Assim, não há se falar em falta de dolo ou de má-fé, pois, na hipótese do ato de improbidade descrito no art. 11, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), basta a existência do chamado dolo genérico, não se exigindo a demonstração de dolo específico (v.g., REsp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 04/05/2011; REsp 1.229.495/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/06/2013).

Por isso, indubitável que, na espécie, tenha havido a caracterização de ato de improbidade, pois o réu José Dodo da Rocha, então Prefeito do Município de Selvíria, determinou a abertura de procedimento licitatório direcionado para compra de um ônibus com características específicas que, como observou-se pelas provas coligidas nos autos, resultou na compra pelo Município de Selvíria, pelo valor de R\$ 48.000,00, do ônibus pertencente ao ex-Secretário Jaime de Brito, e seu filho Juliano Moraes Brito, por meio de venda intermediada pelo comerciante Adelson Alberto dos Santos, da empresa Central Veículos Ltda, que venceu o procedimento licitatório comprovadamente fraudado.

Ressalte-se que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a inobservância das regras de licitação, por impedir que a Administração Pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta (REsp 817.921/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 06/12/20412).

Portanto, deve ser mantida a condenação dos requeridos José Dodo da Rocha, ex-Prefeito do Município de Selvíria, e Jaime de Brito, Ex-Secretário de Indústria, Comércio e Turismo, Adelson Alberto dos Santos e Juliano Moraes de Brito, terceiros-beneficiários.

Apelação de Rogério Aparecido dos Santos, Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos e João Germano dos Reis Felício

Os apelantes afirmam que, mesmo que houvesse fraude, não há provas de que os integrantes da comissão de licitação participaram do direcionamento.

Com razão os apelantes.

No caso, não restou caracterizada a presença do elemento subjetivo, pois não houve comprovação de dolo ou culpa por meio de prova suficiente e segura para fundamentar uma condenação dos referidos recorrentes, os quais, à míngua de outros elementos, não podem ser condenados apenas porque participaram do procedimento licitatório, seja elaborando o edital, seja recebendo e verificando a documentação das empresas convidadas, muito embora seja inafastável a possibilidade de que, em uma pequena cidade do interior, não houvesse a possibilidade de conhecimento por parte dos ora recorrentes sobre a real situação que envolvia o caso. Entretanto, esse eventual conhecimento, que poderia embasar uma condenação dos ora recorrentes, não passa de mera possibilidade, a qual não restou comprovada nos autos.

Quando se trata de responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

O simples fato do edital elaborado ter exigido que o veículo fosse da cor branca não leva necessariamente à conclusão de que os membros da Comissão de Licitação soubessem que a licitação estaria direcionada para a aquisição do ônibus do então Secretário Municipal (embora, como já afirmado, os fatos que envolviam o referido veículo, em uma pequena cidade do interior, não pudesse passar despercebido), como entendeu o juiz *a quo*; ao contrário do ex-Prefeito Municipal José Dodo da Rocha que determinou a abertura de procedimento licitatório para a compra do ônibus, descrevendo exatamente as características do veículo do ex-secretário na ordem de serviço (f. 47).

Nesse sentido, menciono julgado deste Tribunal:

EMENTA – APELO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PRIMEIRO AGENTE QUE APENAS AUTORIZAVA O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E O SEGUNDO AGENTE QUE APENAS ABRIA OS ENVELOPES E JULGAVA AS PROPOSTAS – NÃO COMPROVAÇÃO DE CONDUTA IMPROBA – SENTENÇA MANTIDA. 1. João Marcos Pedro Rosa, na condição de Gerente de Finanças, autorizava a realização de procedimento licitatório para que fosse possível a contratação, sendo certo que a sua única participação nas licitações anuladas decorreu de sua assinatura nas autorizações solicitadas pelo Gerente de Núcleo de Licitações, conforme docs. juntados às f. 484 e 583. 2. Não há nos autos qualquer indicativo de que Ramão Derlan de Souza, integrante da Comissão Permanente de Licitação - responsável pelo julgamento das propostas que lhe eram apresentadas - detinha conhecimento acerca das fraudes no procedimento licitatório, mormente porque não consta nos autos nenhuma participação de Ramão, senão a abertura dos envelopes de habilitação e o julgamento das propostas, não havendo como imputar-lhe ato improbo e em desrespeito aos princípios da administração pública. 3. Recurso improvido, contra o parecer. APELO APRESENTADO PELO REQUERIDO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – EMPRESA E PROPRIETÁRIO BENEFICIÁRIOS DAS LICITAÇÕES ANULADAS – PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ARTIGO 11 DA LEI 8429/92 – PENALIDADE APLICADA – SENTENÇA MANTIDA. Restou provado nos autos

que a planilha de cotação de preços do procedimento licitatório foi fraudado e, utilizando-se das propostas forjadas, o apelante oferecia preços menores do que os apresentados pelos “concorrentes”, o que, conseqüentemente, direcionava o certame, consagrando sua empresa vencedora. Diante disso, deve ser mantida a condenação por terem suas condutas se subsumido ao tipo previsto no artigo 11 da Lei 8429/92, ou seja, por terem violado os princípios da Administração Pública. Vale ressaltar, ainda, que a eventual ausência de prejuízo ao erário não afasta a condenação por ato de improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos, conforme dispõe o artigo 11, da Lei nº 8.429/92. Recurso improvido, com o parecer. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – GERENTE DE LICITAÇÃO DIRECIONAMENTO DO CERTAME À EMPRESA VENCEDORA – COMPROVAÇÃO DAS CONDUTAS – RAZOABILIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Como se extrai do caderno processual, o apelante presidiu todos os procedimentos licitatórios anulados, de modo que, na condição de gerente de licitação, cabia a ele primar pela lisura dos procedimentos, e agir de acordo com os princípios que regem a administração. As fraudes nos procedimentos licitatórios eram praticadas sob o comando do recorrente, que realizava, inclusive, reuniões com os possíveis contratados para a prestação do serviço e acertava os preços que seriam oferecidos. Em razão das condutas praticadas, a penalidade imposta não fere a proporcionalidade, porquanto vejo que a aplicação fundou-se na razoabilidade e proporcionalidade da dosimetria das penas, pois a sentença efetivou a reprimenda ao agente ímprobo de forma suficiente à caracterização de seu cunho repressivo e preventivo, a teor do mencionado REsp 980.706/RS, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 03/02/2011. Recurso improvido, com o parecer. (Apelação nº 0202048-36.2009.8.12.0029, Naviraí, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. João Maria Lós, j: 15/10/2018, p: 17/10/2018).

Assim, impõe-se a reforma da sentença, para afastar a condenação dos servidores públicos membros da comissão de licitação.

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço o recurso interposto por José Dodo da Rocha, Jaime de Brito, Juliano Moraes Brito e Adelson Alberto dos Santos mas nego-lhe provimento.

E conheço o recurso interposto por Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos, João Germano dos Reis Felício e Rogério Aparecido dos Santos e dou-lhe provimento, para afastar a condenação imposta aos apelantes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso de José Dodo da Rocha, Jayme de Brito, Juliano Moraes Brito e Adelson Alberto dos Santos; quanto ao recurso de Onilda Maria de Carvalho, Maria Regina Rocha, Bruno Cabeçoni dos Santos, João Germano dos Reis Felício e Rogério Aparecido dos Santos deram provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 19 de junho de 2019.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1405912-22.2019.8.12.0000 - Nova Andradina

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUSPENSÃO DO PROCESSO – COMPROVAÇÃO DE PRÉVIA UTILIZAÇÃO DE PLATAFORMA DE CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO *SITE* CONSUMIDOR.GOV.BR PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO À GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA – ART. 5º, INC. XXXV, DA CF E ART. 3º DO CPC/15 – DECISÃO REFORMADA.

Hipótese em que se discute se carece de interesse de agir a parte autora que não utiliza, previamente, o *site* consumidor.gov.br para tentativa de conciliação extrajudicial

O Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16/03/2015 –, no capítulo das Normas Fundamentais do Processo Civil, previu, em seu art. 3º, que “*não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”, constando no §§ 2º e 3º desse artigo, que:

“(...) o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Mesmo havendo uma nova diretriz de maior autonomia na resolução dos conflitos, não se pode obrigar a parte autora à uma tentativa de conciliação pelos meios extrajudiciais, sob pena de extinção da ação por ausência de interesse de agir.

Isso porque, desta forma, o Poder Judiciário não estaria garantindo o acesso à Justiça e estimulando as partes à resolverem os seus conflitos de forma consensual, mas exercendo um poder para impedir o acesso à justiça estatal, tornando-se, assim, um empecilho ao jurisdicionado, e não um caminho para a solução do problema.

Na espécie, não é possível condicionar o interesse de agir da parte demandante e, por consequência, o acesso à justiça estatal à utilização prévia da conciliação extrajudicial, podendo esta, no entanto, ser uma opção à autora oferecida no início do processo.

Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de junho de 2019.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 17/05/2019

Trata-se de agravo de instrumento interposto por João Aparecido Silva contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0802337-04.2019.8.12.0017 pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina-MS.

Ação: ação de repetição de indébito e indenização por danos morais proposta pelo agravante contra Banco Itaú S/A, sustentando que tomou ciência de descontos efetuados em seu benefício previdenciário decorrentes de contratação de empréstimo consignado que não contratou.

Requeru: o cancelamento do contrato mencionado; a restituição em dobro dos valores indevidamente descontados; o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (f. 12-23).

Decisão agravada: suspendeu o processo, pelo prazo de 30 (trinta) dias, a fim de que a parte autora promova a exposição dos fatos narrados na petição inicial e o registro de seus pedidos em relação a parte ré por meio da ferramenta gratuita consumidor.gov, sob pena de extinção por ausência de interesse de agir, sendo que, em caso de insucesso na via administrativa, a parte autora deverá trazer aos autos todos os comprovantes oriundos do sítio eletrônico “consumidor.gov”, como forma de comprovar a tentativa de conciliação (f. 28-33).

Agravo de instrumento: interposto pelo autor-agravante João Aparecido Silva, sustentando: a necessidade de concessão do efeito suspensivo ao recurso; a inexistência de previsão legal de exigência de tentativa de conciliação em site da internet, sendo do poder judiciário a responsabilidade de dirimir os conflitos dos jurisdicionados; ser mais fácil, barato e ágil a utilização da audiência de conciliação prevista no CPC/15, e a concessão do benefício da justiça gratuita.

Requeru, assim, que seja concedido o efeito suspensivo ao presente recurso e, no mérito, que o agravo seja conhecido e provido, reformando a decisão agravada para dar o regular prosseguimento ao feito, em especial com o deferimento da tutela de urgência (f. 01-06).

Decisão do relator (em substituição legal): deferiu o requerimento para atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Determinou a inclusão em pauta do recurso para julgamento (f. 41-45).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso se carece de interesse de agir a parte autora que não utiliza, previamente, o *site* consumidor.gov.br para tentativa de conciliação extrajudicial;

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 09/05/2019 (f. 28-33), tendo a respectiva intimação ocorrido em 14/05/2019 (f. 34), enquanto que o presente recurso foi interposto em 16/05/2019 (f. 01-06).

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 (recorrente beneficiário da gratuidade judiciária – f. 45).

Mérito: utilização prévia de método extrajudicial de conciliação

De início, no tocante ao cabimento do presente agravo, a hipótese em apreço não consta no rol do art. 1.015, do CPC/15.

No entanto, tendo em vista que a não apreciação da matéria trazida levará à inevitável extinção do processo diante da não comprovação da utilização da via extrajudicial de conciliação, prejudicando, assim, a análise do pedido de tutela de urgência formulado pela parte autora na petição inicial para o cancelamento

imediatos dos descontos, cabe o conhecimento do agravo de instrumento conforme entendimento do STJ sobre o rol taxativo mitigado do art. 1.015 do CPC/15¹.

Portanto, conheço o recurso, nesta parte, diante da urgência apresentada que impede que a questão seja analisada apenas em eventual recurso de apelação.

O autor-agravante pede a reforma da decisão que determinou a suspensão do processo, por 30 dias, para que o autor utilizasse a ferramenta gratuita *consumidor.gov*² e demonstrasse a tentativa de conciliação prévia extrajudicial, sob pena de extinção da ação por ausência de interesse de agir.

Afirma o autor-agravante que:

“(...) o ato de exigir que o jurisdicionado busque a solução de forma extrajudicial antes de se admitir a lide no âmbito Judiciário colide frontalmente com o princípio da inafastabilidade da jurisdição” (f. 02) e que “não há que se falar em registro de reclamação em site da internet como condição para o prosseguimento de nenhum processo” (f. 03)

O Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16/03/2015 – , no capítulo das Normas Fundamentais do Processo Civil, previu, em seu art. 3º, que:

“(...) não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, constando no §§ 2º e 3º desse artigo, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Em uma interpretação histórica, buscando-se a vontade do legislador ao elaborar a lei, extrai-se da exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil o seguinte:

“(...) Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação³.”

Ada Pellegrini Grinover, em sua última obra publicada, formulou um novo conceito de jurisdição, compreendendo a justiça estatal, arbitral e a consensual. Ressaltou a processualista que:

“(...) a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – Const., art. 5º inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional⁴”.

Segundo a doutrinadora,

“(...) na atualidade, a jurisdição não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça⁵”

1 O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. (Recurso Especial nº 1.696.396 – MT, Rel Min. Nancy Andrigui, Dje 19/12/2018).

2 O *consumidor.gov.br* é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet. Monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e também por toda a sociedade, esta ferramenta possibilita a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada: atualmente, 80% das reclamações registradas no *consumidor.gov.br* são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias. Fonte: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>>

3 Fonte: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.Pdf>>. Acessado em 28/05/2019.

4 in **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 62

5 Idem, p. 20

Nesta esteira, mesmo havendo uma nova diretriz de maior autonomia na resolução dos conflitos, não se pode obrigar a parte autora à uma tentativa de conciliação pelos meios extrajudiciais, neste caso pela utilização do *site* consumidor.gov, sob pena de extinção da ação por ausência de interesse de agir.

Isso porque, desta forma, o Poder Judiciário não estaria garantindo o acesso à Justiça e estimulando as partes à resolverem os seus conflitos de forma consensual, mas exercendo um Poder para impedir o acesso à Justiça estatal, tornando-se, assim, um empecilho ao jurisdicionado, e não um caminho para a solução do problema.

Esclareça-se que não se está proibindo o magistrado de estimular a utilização de meios extrajudiciais disponíveis na internet, mas apenas ressaltando que não é possível condicionar o interesse de agir da parte demandante e, por consequência, o acesso à Justiça estatal à utilização prévia da conciliação extrajudicial, podendo esta, sim, ser uma opção à parte autora oferecida no início do processo.

Até porque esse novo meio de resolução dos conflitos, através de plataformas *on line*, sem depender da intervenção do Poder Judiciário através de um processo judicial custoso e demorado, é uma possibilidade, ainda pouco conhecida, mas que deverá estar cada vez mais presente na vida das pessoas que, dessa forma, terão mais autonomia e agilidade na solução de seus problemas, principalmente na seara das relações de consumo.

Nesse sentido,

(...) visando facilitar a conciliação e a mediação de acordos, sem que as partes ingressem com ações junto ao Poder Judiciário, recentemente, em 20/05/2019, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça e Segurança Pública firmaram termo de cooperação técnica para a integração das plataformas Consumidor.gov.br e Processo Judicial Eletrônico (PJe)⁶.

De acordo com notícia veiculada no site do CNJ,

“(...) a integração PJe e “consumidor.gov.br” prevê que, ao ingressar com uma ação via PJe, seja avaliado se há pedido de liminar. Se houver, a ação segue sua tramitação no PJe. Se não houve tentativa de negociação extrajudicial, a possibilidade é oferecida. Caso ocorra o acordo, o processo é encerrado. Não se obtendo conciliação, a ação segue para citação eletrônica do demandado⁷”.

Portanto, como se observa, a partir de agora, no *Pje*, a conciliação extrajudicial pela plataforma do *site* consumidor.gov.br será uma possibilidade oferecida à parte, sendo que ela poderá aderir ou não.

Assim, não há um óbice à tramitação regular do processo, caso a parte não se interesse em tentar a conciliação extrajudicial, bem como se houver a necessidade de apreciação de pedido liminar, como é o caso dos autos.

Ademais, o CPC/15, dentro do processo judicial, já estabeleceu a realização de uma audiência de conciliação ou de mediação (art. 334) no início do processo, que só não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição (art. 334, § 4º, I e II).

Assim, se uma das partes consentir, haverá uma tentativa de conciliação obrigatória, visto 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 da causa, revertida em favor da União ou do Estado (§ 8º do art. 334, do CPC/15).

Na espécie, a suspensão do processo para obrigar a parte autora à, previamente, tentar resolver sua demanda através da conciliação extrajudicial pelo *site* consumidor.gov.br, sob pena de extinção da ação por ausência de interesse de agir, fere o direito da autora de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF e art. 3º do CPC/15), uma vez que a tentativa de conciliação extrajudicial não deve ser uma obrigação, mas uma opção da parte demandante, como acima demonstrado na cooperação entre o CNJ e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

⁶ Fonte: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1558383812.3>. Acessado em 31/05/2019.

⁷ Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89000-pje-ganha-funcionalidades-que-favorecem-consumidor>. Acessado em 31/05/2019

Como já ressaltado na decisão de f. 126-131, em um primeiro momento, esse Colegiado, em julgamento de agravo de instrumento, decidiu que a decisão inicial que suspende o feito e determina a comprovação de interesse processual mediante a prévia tentativa de resolução extrajudicial do conflito está em consonância com o novo cenário social e o escopo do Novo Código de Processo Civil (Agravo de Instrumento nº 1411852-70.2016.8.12.0000, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, 15/03/2017).

No entanto, posteriormente, tendo ocorrido a extinção do feito sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, esse Colegiado, em julgamento de recurso de Apelação, decidiu reformar a sentença, entendendo pelo descabimento da obrigatoriedade de prévia tentativa de solução administrativa, pois ofende a garantia constitucional de acesso à Justiça (Apelação nº 0802999-70.2016.8.12.0017, Rel. designado Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, 4ª Câmara Cível, j. 19/09/2018).

Assim, no presente caso, descabe a obrigatoriedade de prévia tentativa de resolução extrajudicial do conflito, uma vez que constitui um óbice à apreciação do pedido liminar do autor e do regular processamento da demanda, o que, por outro lado, não constitui empecilho para que seja oferecido à parte autora a possibilidade de resolução do problema trazido na inicial no *site* consumidor.gov.br, porém sem extinguir a ação, caso não seja de seu interesse.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por João Aparecido Silva e dou-lhe provimento, para determinar o prosseguimento do feito, independentemente da comprovação da tentativa de conciliação no *site* consumidor.gov.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 19 de junho de 2019.

Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade nº 1413753-39.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL SOBRE INSTITUIÇÃO DE PROGRAMA BOLSA-ATLETA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA – INICIATIVA RESERVADA – CHEFE DO EXECUTIVO – LEIS SOBRE CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO – LEI QUE NÃO VERSA SOBRE ESSES TEMAS, TAMPOUCO SOBRE PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

A disciplina do processo legislativo municipal e estadual deve coincidir com os parâmetros traçados pela Constituição Federal. Desse modo, há iniciativa reservada do chefe do executivo para leis que disponham sobre criação ou extinção de órgãos da administração pública, nos termos do art. 67, § 1º, II, alínea d, da Constituição Estadual, interpretado consoante o art. 61, § 1º, II, alínea e, da Constituição Federal, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

Não padece de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, a Lei Municipal de Bela Vista (MS) que institui o chamado “Programa Bolsa Atleta”, pois a norma em questão não cria nem extingue órgãos da administração pública, tampouco versa sobre planejamento orçamentário.

Pedido julgado improcedente.

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 o recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 15 de maio de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Prefeito do Município de Bela Vista em face da Lei Municipal nº 1.587/2017, de autoria do legislativo que “*autoriza o Poder Executivo Municipal a instituir o Programa Bolsa Atleta Municipal e da outras Providências*”.

Sustenta que a lei municipal em questão padece de vício de inconstitucionalidade formal, porquanto o legislativo teria disciplinado matéria privativa do chefe do executivo municipal, desrespeitando o contido no art. 61, § 1º, II, alínea b, da Constituição Federal e o art. 67, § 1º, II, alínea d, da Constituição Estadual. Ademais, aduz que a concessão de bolsa-atleta implica sobrecarga de ônus financeiro, o que demandaria a observância da iniciativa legislativa reservada do chefe do poder executivo.

Em sessão colegiada realizada aos 23.09.2018, o Órgão Especial, por unanimidade e com o parecer ministerial, indeferiu a medida cautelar, por entender ausentes os requisitos autorizadores para tanto.

A Câmara Municipal manifestou-se às f. 103-104.

A Procuradoria de Justiça opina pela improcedência do pedido.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Prefeito do Município de Bela Vista em face da Lei Municipal nº 1.587/2017, de autoria do legislativo que “*autoriza o Poder Executivo Municipal a instituir o Programa Bolsa Atleta Municipal e dá outras providências*”.

Sustenta que a lei municipal em questão padece de vício de inconstitucionalidade formal, porquanto o legislativo teria disciplinado matéria privativa do chefe do executivo municipal, desrespeitando o contido no art. 61, § 1º, II, alínea b, da Constituição Federal e o art. 67, § 1º, II, alínea d, da Constituição Estadual. Ademais, aduz que a concessão de bolsa-atleta implica sobrecarga de ônus financeiro, o que demandaria a observância da iniciativa legislativa reservada do chefe do poder executivo.

Em sessão colegiada realizada aos 23.05.2018, o Órgão Especial, por unanimidade e com o parecer ministerial, indeferiu a medida cautelar, por entender ausentes os requisitos autorizadores para tanto.

A Câmara Municipal manifestou-se às f. 103-104.

A Procuradoria de Justiça opina pela improcedência do pedido.

A pretensão é improcedente.

A lei hostilizada assim dispõe:

“Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo Municipal, a instituir o Programa Bolsa Atleta Municipal com o objetivo de realizar projetos esportivos visando valorizar e beneficiar atletas amadores, representantes do Município de Bela Vista-MS, em competições regionais, estaduais, nacionais e internacionais.

Art. 2º Compete ao Programa Bolsa Atleta Municipal conceder aos atletas amadores incentivos em dinheiros que serão fixados de acordo com a necessidade dos atletas referente a educação, alimentação, saúde, inscrições desportivas, passagens para eventos esportivos, transporte urbano e aquisição de material esportivo, ou por competição, dependendo da natureza do projeto.

Art. 3º A bolsa atleta municipal será concedida pelo prazo máximo de 01 (um) ano, podendo perdurar durante toda a preparação e a realização das competições esportivas ou apenas para pagar uma determinada despesa em que o atleta amador irá participar.

Art. 4º São modalidades de bolsa atleta municipal:

a) Individual: concedida ao atleta amador integrante de quaisquer modalidade esportiva individual ou coletiva, organizada pela Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esportes e Lazer, que irá representá-la em competições regionais, estaduais, nacionais e Internacionais;

b) Coletiva: concedida a seleção do Município de Bela Vista-MS que irá representá-lo em competições regionais, estaduais, nacionais e internacionais;

c) Especial: concedida ao técnico, treinados e assistente esportivo, que treinam ou coordenam atividades de treinamento a atletas ou equipes em nível de competição;

d) Estudantil: concedida ao atleta estudante regularmente matriculado em instituição de ensino público ou privado;

Art. 5º - São requisitos para pleitear o Bolsa Atleta Municipal:

I - ter no mínimo 08 (oito) anos de idade;

II - estar vinculado a alguma entidade de prática desportiva ou cadastrado junto à Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer, exceto os atletas que pleitearem a bolsa atleta estudantil;

III - estar em plena atividade esportiva;

IV - não receber salário de entidade de prática desportiva;

V - o atleta estudante que pleitear a bolsa atleta estudante comprovar que está matriculado em instituição de ensino público ou privado, bem como ter bom rendimento escolar, não podendo ser reprovado no ano letivo anterior da concessão do incentivo, além de ter ótima conduta disciplinar, comprovada através de boletim ou relatório de escola;

VI - anuência dos responsáveis pelos menores que aderirem ao Programa;

VII - participar, obrigatoriamente, de entrevista com os coordenadores do Programa Bolsa Atleta;

VIII - comprometer-se a representar o Município de Bela Vista-MS, em sua modalidade e categoria, em competições oficiais e eventos promovidos por entidades privadas, sempre que convocado pela Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer;

IX - não estar cumprindo qualquer tipo de punição imposta pelos Tribunais de Justiça Desportiva, Ligas, Federações ou Confederações das modalidades correspondentes;

X - apresentar currículo de atividades esportivas com os resultados obtidos nos 03(três) últimos anos, juntamente com o programa e calendário esportivo anual;

XI - estar cadastrado na Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer na respectiva modalidade de sua atuação;

XII - ceder os direitos de imagem ao Município de Bela Vista-MS e usar obrigatoriamente em seu uniforme o brasão do Município;

XIII - apresentar um projeto esportivo na modalidade de sua atuação, juntando documentação que especifique as competições, participações em eventos esportivos ou campeonatos inclusos no calendário anual das federações ou entidades equivalentes.

Art. 6º A concessão de Bolsa Atleta Municipal não gera qualquer vínculo trabalhista entre os beneficiados e a administração pública municipal.

Art. 7º Incumbe à Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer que, no prazo de 10(dez) dias, decidirá quanto a sua aprovação, ou rejeição, emitindo certificado para esse fim.

Art. 8º Todos os projetos esportivos serão apresentados à Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer que, no prazo de 10(dez) dias, decidirá quanto a sua aprovação ou rejeição, emitindo certificado para esse fim.

Art. 9º Após a deliberação do projeto, que deverá ocorrer no prazo máximo de 30(trinta) dias este retornará à Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer para a operacionalização da bolsa atleta.

Art. 10. A Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer ficará incumbida de todo o trabalho de orientação, avaliação, acompanhamento, fiscalização e aprovação do projeto.

Art. 11. As despesas decorrentes da concessão da bolsa atleta municipal correrão por conta dos recursos orçamentários da Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer.

Art. 12. Ficará a Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer autorizada a conceder um número limitado de bolsas com relatório indicativo, onde deverá constar um calendário anual de participação, modalidade e candidato a bolsa.

Art. 13. O beneficiário do Programa Bolsa Atleta Municipal poderá acumulá-la com bolsa oriunda do Estado e da União, desde que aprovada pelo Conselho Municipal

Art. 14. Os recursos do Programa Bolsa Atleta Municipal somente poderão ser utilizados para cobrir gastos com educação, alimentação, saúde, inscrições desportivas, passagens para eventos esportivos, transporte urbano e aquisição de material esportivo

Art. 15. Caberá à Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer apresentar proposta de normas e regras para a concessão da Bolsa Atleta Municipal, anualmente, sendo que as aprovadas serão homologadas por ato do Prefeito Municipal.

Art. 16. Serão desligados do Programa os atletas que:

I - não apresentarem a documentação comprovando suas participações nas competições previstas no projeto;

II - quando convocados, não participarem das competições sem justificativa convincente;

III - se transferirem para outro município, estado ou país;

IV - utilizarem os recursos da bolsa para fins não especificados no art. 14 desta Lei;

V - forem dispensados de seleções representativas de Bela Vista-MS por indisciplina ou a seu pedido;

VI - deixar de cumprir qualquer das condições exigidas por esta Lei.

Art. 17. Ocorrendo o desligamento, o Conselho Municipal comunicará de imediato a Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer e convocará, observada a ordem classificatória, o próximo atleta constante da lista de espera, se for o caso, ou o atleta substituto, o qual será beneficiado pelo tempo que faltar para completar o período concedido ao substituído.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”

Conforme já assentado pelo e. Órgão Especial no acórdão que indeferiu o pedido de liminar, a lei em exame autoriza o Poder Executivo do Município de Bela Vista a instituir o Programa Bolsa Atleta Municipal com o objetivo de realizar projetos esportivos visando valorizar e beneficiar atletas amadores, representantes daquela urbe, em competições regionais, estaduais, nacionais e internacionais.

Referido normativo encontra-se em consonância com o artigo 217 da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de apoiar e incentivar as práticas esportivas formais e não-formais, como direito de cada um, e com o artigo 204 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, segundo o qual o Estado, utilizando a rede oficial de ensino e em colaboração com entidades desportivas, garantirá, através de lei, a promoção, o estímulo, a orientação e o apoio à prática e à difusão da educação física e do desporto, formal e não-formal.

Como é cediço, há iniciativa reservada do chefe do executivo para leis que disponham sobre criação ou extinção de órgãos da administração pública, nos termos do art. 67, § 1º, II, alínea d, da Constituição Estadual, interpretado consoante o art. 61, § 1º, II, alínea e, da Constituição Federal, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 32/2001. A disciplina do processo legislativo municipal e estadual deve ser orientada sob tais parâmetros.

No presente caso, não há vício de forma, pois a lei questionada não cria nem extingue órgãos da administração pública, nem tampouco versa a respeito de planejamento orçamentário. Em verdade, a lei em questão apenas autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa Bolsa Atleta Municipal com o objetivo de realizar projetos esportivos visando valorizar e beneficiar atletas amadores, o que vai ao encontro das normas constitucionais acima referidas.

Aliás, conforme bem observado pela d. Procuradoria de Justiça,

“(...) a imposição de obrigações e deveres aos órgãos municipais não pode ser confundida com as expressões ‘criação ou extinção’, pois as normas, por sua própria natureza, preveem condutas (deveres) a serem cumpridas pelas pessoas jurídicas de direito público e privado, daí não se podendo presumir que houve aumento ou diminuição de atribuições, tampouco criação ou extinção de órgãos. Em sendo assim, não se verifica inovação da ordem jurídica acerca da criação, extinção ou mesmo atribuição de órgãos públicos”.

Ademais, trata-se de norma orientadora de política pública, que não cria despesa nem onera o orçamento municipal. Em verdade, o fato da lei autorizar o Poder Executivo a instituir o Programa Bolsa Atleta Municipal por si só não implica aumento de despesa para o Executivo, pois a efetiva concessão do referido benefício dependerá de aprovação da Secretaria Municipal de Juventude, Cultura, Esporte e Lazer, subordinada ao Prefeito Municipal. Vale dizer, o aumento de despesa somente ocorrerá com o crivo do Poder Executivo Municipal.

Portanto, a norma não padece de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Bela Vista.

Decisão em conformidade com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram improcedente o recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maranhão, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 15 de maio de 2019.

Órgão Especial

Ação Rescisória nº 1401312-60.2016.8.12.0000 - Campo Grande

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – REJEITADA – MÉRITO – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVOS DE LEI NÃO EVIDENCIADA (485, V, CPC/73) – INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NOVOS APTOS A EMBASAR O PLEITO DESCONSTITUTIVO (485, VII, CPC/73) – IMPOSSIBILIDADE DE INVALIDAR CONFISSÃO DE TERCEIRO – DIREITO PERSONALÍSSIMO (485, VIII, CPC/73) – FATO NARRADO CUJO FUNDAMENTO JURÍDICO SE ADEQUA À PRETENSÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM PROVA FALSA (485, VI, CPC/73) – CONCLUSÃO ADOTADA NO ACÓRDÃO INQUINADO QUE NÃO SE BASEOU NA REPUTADA PROVA FALSA – PLEITO UTILIZADO COM NÍTIDO CARÁTER DE SUCEDÂNEO RECURSAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A RESCISÃO DO JULGADO – IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO INICIAL.

Face à necessária cognição exauriente quanto à alegada ausência de interesse processual, em razão da aplicação da teoria da asserção, a matéria deve ser julgada com análise de mérito. Rejeita-se, com isso, a preliminar. A ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC/1973, pressupõe a violação frontal e direta do conteúdo normativo de dispositivo legal, situação não verificada no caso, na medida em que a suposta nulidade foi veiculada pelo autor quando já estava encerrado o ofício jurisdicional deste Sodalício, porquanto sua competência ainda remanescente era adstrita ao saneamento de eventuais vícios que se amoldassem às hipóteses do rol taxativo do art. 535, do CPC/73. Não se prestam a embasar o pleito rescisório, com espeque na previsão encerrada no art. 485, VII, do CPC/73, provas produzidas após o trânsito em julgado da decisão rescindenda. O manejo da ação rescisória, em caso de invalidade de confissão, só pode ser exercido pelo próprio confitente e não por terceiro (art. 485, VIII, do CPC/73). Alegações de fato que evidenciam que a causa de pedir tem por fundamento a existência de prova falsa (art. 485, VI, do CPC/73). Possibilidade de análise da causa de pedir, tendo em vista que a indicação errônea de um por outro dos incisos do art. 485, do CPC/73, não vincula o órgão julgador. Arrimando-se o aresto rescindendo em outras provas, que não aquela reputada por falsa pelo autor, o pedido desconstitutivo não comprova provimento. A análise de matéria transitada em julgado e protegida pela coisa julgada somente tem cabimento quando a decisão estiver maculada por vício de extrema gravidade, não verificado no caso. Ação rescisória cujo pedido julga-se improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Relator. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Trata-se de ação rescisória proposta, em 12.02.2016, por Orlando Arthur Filho em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando seja rescindido o acórdão que deu parcial provimento aos Embargos

Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2002.010777-8/0001-01, com fulcro nos incisos V, VII e VIII, do art. 485 do CPC.

Narra ter proposto a Ação nº 0002510-47.1998.8.12.0001 em face do Estado de Mato Grosso do Sul, visando anular a sua demissão do cargo de delegado da polícia civil, ocorrida por força dos Decretos nºs 3.204 e 3.205, ambos publicados em fevereiro de 1993, após submissão ao processo administrativo disciplinar instaurado pela Corregedoria-Geral de Polícia, de número 025/92/CGP/SSP/MS.

Discorre constar da portaria de abertura do processo administrativo que o ora autor Orlando Arthur Filho supostamente agrediu Sebastião Fay Moraes, com a finalidade de obter confissão de assalto ocorrido em frente à Santa Casa de Campo Grande, bem como que o autor supostamente teria interferido em fatos delituosos ocorridos no Município de Maracaju e Sidrolândia, no interior do Estado, exigindo de Sebastião Fay um veículo passat e CZ\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil cruzeiros), da mesma forma que exigiu da pessoa de Vanderlei Nunes a importância de CZ\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros) prometendo, em troca, melhorar a situação de ambos em investigações criminais.

Salienta que a suposta ocorrência dos fatos teria se dado com a participação do Delegado Alexandre Amaral Evangelista, que também foi processado nas mesmas penalidades que o autor, porém, foi reintegrado ao cargo de delegado, após pedido de revisão da polícia, conforme Decreto “P”, de 29 de dezembro de 1998, conforme publicação no Diário oficial nº 4.927, de 30 de dezembro de 1998.

Sustenta que, além do processo administrativo, foi processado criminalmente, mas tal ação foi extinta em razão da prescrição.

Diz que após a tramitação da ação anulatória, especificamente em 2015, teve conhecimento, por meio de Nilda Lima, de que o advogado de Vanderlei Nunes, Dr. Eliezer Melo de Carvalho, à época dos fatos, quis prejudicá-lo, tendo dito em conversa com Sebastião Fay “*que iria arrumar pra cabeça do delegado, que iria denunciar Orlando com imputação falsa de que havia exigido dinheiro para não prender o cliente dele*”, bem como teria estimulado Sebastião Fay a prejudicar o autor com conjecturas.

Refere que o próprio advogado Eliezer Melo de Carvalho, após a ação anulatória, ratificou que:

“(...) repetirá em juízo se necessário e quantas vezes for preciso, visando esclarecer a verdade, que em momento algum, Orlando Arthur Filho, então delegado de polícia, teria lhe solicitado ou exigido vantagem indevida, ameaçando-o com arma de fogo ou qualquer outro meio idôneo, prometendo em troca aliviar a situação de cliente do declarante, em denúncia feita perante a Corregedoria da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul”.

Menciona que há diversos depoimentos colhidos no processo criminal, inclusive da esposa de Sebastião Fay de Moraes, todos no sentido de que o autor não teria agredido Sebastião Fay Moraes e tampouco exigido vantagens de Sebastião Fay e de Vanderlei Nunes para melhorar a situação de ambos nas investigações criminais, os quais não puderam ser utilizados na ação anulatória por terem sido produzidos posteriormente, mas que se prestam como prova na presente rescisória.

Argumenta ter tomado conhecimento, após o julgamento da apelação nos autos da ação anulatória, de que a autoridade, Delegado Waldir Carlos Ide, que instaurou o processo administrativo que culminou na sua demissão, não detinha competência para o ato, pois à época não era Corregedor da Polícia Civil, de modo que nulo o processo disciplinar.

Sustenta que o acórdão objeto da presente ação rescisória, ao não reconhecer a nulidade do processo administrativo por ter sido instaurada por autoridade incompetente, viola os arts. 166, 168 e 185, todos do CPC, bem como os arts. 134 e 149 da Lei Complementar nº 38/89.

Aponta que, por força dos incisos VII e VIII, ambos do art. 485 do CPC, a decisão judicial transitada em julgado pode ser rescindida quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, e quando houver fundamento para invalidar a confissão em que se baseou a sentença.

Ressalta ter sido condenado, tanto administrativamente, quanto judicialmente, com base exclusivamente em depoimentos inverossímeis de Sebastião Fay de Moraes e de Vanderlei Nantes, o que restou comprovado pelos depoimentos de Nilda, Sirlene e Eliezer, tanto que foi absolvido no âmbito criminal pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, de modo imperiosa a rescisão do acórdão diante do documento novo e do fundamento para invalidar a confissão lastreada na condenação do autor.

Requer:

“(...) a) o julgamento procedente do pedido da presente ação para que seja rescindido o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça que não reconheceu a nulidade do processo administrativo instaurado em face do autor, por agente incompetente;

Insta salientar que o reconhecimento da nulidade do processo administrativo, acarreta a nulidade da pena de demissão do autor dos quadros da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul e a sua imediata reintegração ao cargo de delegado da polícia civil.

b) ademais, que a ação seja julgada procedente porquanto há novos documentos que o autor não cometeu nenhum dos ilícitos e que são suficientes para afastar a confissão utilizada que julgou improcedente a ação anulatória.”

À f. 302 foi determinada a complementação das custas processuais, no prazo de dez dias, sob pena de cancelamento da distribuição, e à f. 2198 foi determinada a intimação do autor para, no prazo de dez dias, emendar a petição inicial e efetivar o depósito da importância de 5% do valor da causa, sob pena de indeferimento da inicial.

O autor emendou a inicial à f. 2200-2201, pugnando pela alteração do valor da causa para a quantia de R\$ 2.148,51, bem como pela juntada do comprovante do depósito da quantia de R\$ 107,42, em atenção ao disposto no art. 488, II, do CPC.

À f. 2205, foi determinada a intimação do autor para, no prazo de cinco dias úteis, complementar o pagamento das custas processuais em conformidade com o valor corrigido da causa, o que foi realizado à f. 2207-2208.

Em contestação, o Estado de Mato Grosso do Sul suscita preliminar de impossibilidade de utilização da ação rescisória como sucedâneo de recurso para rediscutir matéria amplamente analisada.

Diz que na ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC não se permite o reexame de fatos ou de provas.

Assevera que tendo o ato administrativo respeitado os princípios constitucionais e as normas legais atinentes à espécie, descabe ao Judiciário tecer qualquer juízo de valor acerca da relevância dos motivos determinantes da condenação do autor à pena disciplinar, sob pena de imiscuir-se na parcela de poder conferida à Administração para livremente apreciar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) e, conseqüentemente, incidir em malferência ao princípio da tripartição de poderes estampado no art. 2º da Lei Maior.

Esclarece que a parte autora tentou anular o processo administrativo com argumentos novos em sede de embargos de declaração, o que é vedado.

Argumenta inexistir documento novo, mas certidão que poderia ter sido juntada pela autora quando da propositura da ação em que proferida a decisão que pretende ver rescindida, e que não observou o contraditório.

Refere que a lei exige que a prova apurada como falsa tenha servido de fundamento para a decisão, de modo que, existindo outros meios de convicção, não será admitido o pleito rescisório.

Diz que os testemunhos trazidos pelo autor não foram o fundamento para a decisão dos embargos infringentes e que o termo “documento” constante do inciso VII do art. 485 do CPC dever ser compreendido em sentido amplo, e tem de ter sido decisivo para alterar o resultado, total ou parcial, favorável ao autor da rescisória.

Afirma que caso o tribunal entenda pela rescisão do acórdão, a nova decisão ainda deve julgar improcedente o pedido do autor.

Destaca que no acórdão foram refutados os argumentos do autor, vez que devidamente comprovado no processo disciplinar a prática de atos contrários à boa administração, violando o Estatuto dos Policiais Cíveis, assim como a inexistência de nexos de causalidade que enseja a indenização pretendida, seja em razão da reintegração, seja em razão de danos morais, eis que a abertura e conclusão do processo disciplinar foram escorreitos, não se embasando apenas na denúncia de Sebastião Fay, mas em fatos incontrovertidos constantes do processo administrativo disciplinar.

Aponta que o processo criminal foi extinto em razão da prescrição, não tendo havido julgamento de mérito, nem a declaração de insuficiência de provas ou negativa de autoria.

Conclui que as provas ulteriores à conclusão do processo administrativo disciplinar não derrubam as acusações feitas contra Orlando Arthur Filho, nem tem o condão de induzir à indenização por danos morais.

Requer seja julgado improcedente o pedido.

O autor impugnou a contestação à f. 2250-2257, refutando as alegações do demandado.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não-intervenção no feito (f. 2263-2266).

VOTO (20/03/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Cuida-se de ação rescisória ajuizada por Orlando Arthur Filho contra o Estado de Mato Grosso do Sul. Pretende o autor, com fundamento no art. 485, V, VII e VIII, do CPC/73, o desfazimento da coisa julgada que recai sobre acórdão proferido pela 1ª Seção Cível no bojo de embargos infringentes em embargos de declaração em apelação cível tirada nos autos da ação anulatória em que litigaram.

Para a adequada compressão e julgamento da pretensão deduzida nesta ação rescisória, necessário que se faça um breve introyto das circunstâncias que permeiam a referida ação anulatória.

Segundo a narrativa que se extrai dos autos, Orlando Arthur Filho e Alexandre Amaral Evangelista ajuizaram em 11.02.1998 a citada ação anulatória em face do Estado de Mato Grosso do Sul (nº 0002510-47.1998.8.12.0001), visando a declaração de nulidade dos atos administrativos de suas respectivas demissões e, conseqüentemente, determinada a reintegração aos cargos de delegado de polícia que ocupavam, condenando-se o requerido ao pagamento de todos os consectários legais inerentes, bem como de indenização por dano moral (f. 314-338). A pena de demissão a bem do serviço público, aplicada a ambos, deu-se por força dos Decretos nº 3.204 e 3.205, publicados no DOE de 12.02.1993, após terem sido submetidos a PAD - Processo Administrativo Disciplinar, instaurado pela Corregedoria-Geral de Polícia em 01.06.1992, de nº 025/92/CGP/SSP/MS 025/92 (f. 350-1130), deflagrado para apurar a prática de infrações funcionais, previstas na Lei Complementar nº 38/89 (Estatuto da Polícia Civil), cuja autoria lhes foi imputada.

As infrações, segundo as peças que instruíram os autos, teriam sido praticadas no decorrer da apuração de delitos de furto e receptação de gado, ocorridos em Maracaju e Sidrolândia, nas quais teria havido interferência do Delegado Orlando, que teria exigido valores dos respectivos investigados, Sebastião Fay Moraes e Vanderlei Nantes, prometendo-lhes, em troca, “aliviar a situação”, ao passo que o Delegado Alexandre, responsável pelas diligências, teria colaborado para que a concussão pudesse ser concretizada; sendo que, além disso, Orlando também teria agredido fisicamente Sebastião, com a finalidade de obter deste a confissão quanto à autoria de um assalto. Por estes mesmos fatos, Orlando e Alexandre foram denunciados em 30.03.1993 pelo Ministério Público Estadual, como incurso nos crimes de prevaricação, abuso de poder, falsidade ideológica, concussão, denúncia caluniosa e, ainda, quanto a Orlando, também pelo crime de lesão

corporal do qual foi vítima Sebastião Fay de Moraes, tendo a Ação Penal, de nº 0005358-46.1994.8.12.001, tramitado perante a 3ª Vara Criminal de Campo Grande.

Com base nos depoimentos colhidos durante o trâmite da ação penal, em 21.08.1998, Alexandre Amaral Evangelista formulou pedido administrativo junto à Polícia Civil de Revisão do PAD nº 025/92, requerendo fosse reconhecida sua inocência e revertida a penalidade aplicada, pleito este que foi deferido, tendo Alexandre sido reintegrado ao cargo de delegado de polícia em 30.12.1998, conforme Decreto “P”, publicado no DOE nº 4927 (f. 1357-1365).

Assim, a pretensão anulatória e de reintegração ao cargo de delegado de polícia prosseguiu tão somente quanto a Orlando Arthur Filho, tendo o pedido feito nesta sido julgado improcedente, através de sentença proferida em 20.03.2002 (f. 1410-1420). Face ao *decisum* foram interpostos respectivos recursos de apelação pelas partes (f. 1494-1506, 1508-1518 e 1528-1540), apreciados em julgamento não unânime pela 3ª Turma Cível do TJMS (f. 1624-1641), que foi objeto de embargos declaratórios opostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1647-1675), os quais foram rejeitados (f. 1681-1685). Ato seguinte o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs embargos infringentes ao aresto (f. 1693-1717), que foram parcialmente providos pela 1ª Seção Cível do TJMS, com a manutenção da improcedência do pleito anulatório de Orlando (f. 1736-1745). Contra referida decisão foram manejados declaratórios pelas partes (f. 1747-1749, f. 1750-1761 e 1763-1774), sendo que, por ocasião do julgamento realizado no dia 08.01.2009, foram rejeitados os recursos opostos por Alexandre e por Orlando, ao passo em que foram parcialmente providos os do Estado de MS (f. 1784-1789).

Irresignado, o Estado de Mato Grosso do Sul se insurgiu aos termos da decisão prolatada mediante a interposição de REsp (f. 1821-1842 e 1860-1861); por sua vez, Orlando opôs novos declaratórios ao TJMS (16.02.2009), suscitando a nulidade do PAD nº 025/92, porquanto instaurado por autoridade incompetente, o Delegado de Polícia Waldir Carlos Ide, que não exercia a função de Corregedor-Geral de Polícia no ano de 1992 e assim não detinha atribuição para praticar o ato. Prosseguiu afirmando que, por tratar-se de matéria de ordem pública, os julgadores teriam o dever de se pronunciar quanto a esse tema, ainda que não aventado anteriormente, requerendo, portanto, fosse sanada a omissão e acolhido seu pleito inicial (f. 1795-1798).

O REsp do Estado de Mato Grosso do Sul foi provido pelo STJ, determinando-se o rejuízo dos declaratórios opostos ao acórdão do recurso de apelação (f. 1995-1997); em cumprimento, este Sodalício procedeu à nova apreciação dos recursos, tendo deliberado, novamente, pela rejeição dos aclaratórios manejados por Alexandre e por Orlando e pelo parcial provimento aos do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 2027-2035), o que motivou a interposição de novo REsp por este último (f. 2038-2065). Outrossim, a pretensão veiculada nos declaratórios de Orlando foi rechaçada pelo TJMS, sob o fundamento de não se tratar de matéria de ordem pública passível de apreciação, pois tardiamente esboçada pela via inadequada (f. 1855-1857), decisão esta que foi objeto de REsp pelo embargante (f. 1862-1872).

Finalmente, em última deliberação, o STJ deu parcial provimento ao REsp do Estado de Mato Grosso do Sul e negou seguimento ao de Orlando (f. 2160-2173 e 2176-2180), tendo esta decisão transitado em julgado no dia 26.08.2014 (f. 2191).

Diante disto, em 12.02.2016, Orlando Arthur Filho ajuizou a presente ação rescisória, objetivando a desconstituição do acórdão prolatado por este Sodalício. Alega violação ao texto expresso dos arts. 166, I, 168 e 185 do Código Civil e dos arts. 134 e 149 da Lei Complementar nº 38/89 (Estatuto da Polícia Civil), na medida em que o PAD a que respondeu e que ensejou sua demissão do cargo de delegado da polícia civil foi instaurado por agente que não detinha competência funcional para praticar o ato, do que decorre a nulidade, *ab initio*, do processo disciplinar, matéria que, a despeito de ser de ordem pública, não foi examinada pelos julgadores da 1ª Seção Cível do TJMS, o que autorizaria a rescisão do aresto, na forma do art. 485, V, do CPC/73. Noutro vértice, sustenta que a pretensão também se fundamenta nas disposições contidas nos incisos VII e VIII, do art. 485, do CPC/73, na medida em que teve conhecimento após o trânsito em julgado da decisão rescindenda (por meio de Nilda Lima, Cirlene Soares e Almeida e Eliezer Melo de Carvalho), que os depoimentos prestados por Sebastião Fay de Moraes e Vanderlei Nantes teriam sido orquestrados para falsamente acusá-lo da prática das infrações funcionais e criminais que basearam sua condenação administrativa, consoante declarações firmadas

por estes. Ainda, instruiu a inicial com cópia dos termos dos depoimentos prestados durante a instrução do processo criminal a que respondeu, os quais, segundo afirma, corroboram a inveracidade dos fatos descritos na portaria de instauração do PAD e, conseqüentemente, revelam sua inocência. Destaca ainda que não pôde utilizá-los na ação anulatória, porquanto ainda não haviam sido colhidos na ação penal.

Por tais razões, aduz que deve ser desconstituída a coisa julgada material formada pelo aresto objurgado, porquanto violou literal disposições de lei, além do que os documentos novos que obteve são suficientes para invalidar a confissão que lastreou sua condenação e, em decorrência, modificar a conclusão que foi adotada na decisão rescindenda.

Pois bem.

Compulsando os autos, verifico que a decisão contestada transitou em julgado em 26/08/2014, motivo pelo qual, no que se refere às hipóteses de cabimento da ação desconstitutiva, seu julgamento regular-se-á pelo diploma processual vigente à época, qual seja o CPC/73⁸, pois a aplicação da legislação superveniente ao trânsito em julgado, o NCPD, implicaria ofensa direta à garantia constitucional inscrita no art. 5º XXXVI, da CF/88.

Dito isto, inicialmente consigno a tempestividade da demanda rescisória, cuja propositura (12.02.2016) deu-se antes do transcurso do biênio previsto no art. 495, do CPC/73, a contar do trânsito em julgado da decisão rescindenda (f. 16.08.2014).

Preliminar de ausência de interesse processual - não cabimento da ação rescisória

Em contestação, o Estado de Mato Grosso do Sul se contrapôs à pretensão autoral, suscitando preliminar de não conhecimento da ação, tendo em vista que utilizada como sucedâneo de recurso, na medida em que a insurgência volta-se contra a interpretação que foi dada à lei que, a despeito de apontada como violada, era controvertida nos Tribunais (f. 2216-2245). Mais ainda, sustenta que não se admite reexame de provas na hipótese do art. 485, V, do CPC/73, consoante orientação sumulada pelo STF, através do verbete nº 343:

“(...) Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.”

A arguição não merece prosperar.

Consoante dicção contida no inciso V, do art. 485, do CPC/73, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei. No entanto, a ação rescisória constitui remédio extremo que não pode ser confundido com mero recurso. A toda evidência, da análise preliminar das razões veiculadas na inicial, verifica-se que a pretensão autoral foi deduzida de forma autônoma à decisão rescindenda e não como substituta de eventual recurso ante o inconformismo à esta.

Consoante já asseverado, o autor alega que a decisão rescindenda viola texto expresso dos arts. 166, I, 168 e 185 do Código Civil e dos arts. 134 e 149 da Lei Complementar nº 38/89 (Estatuto da Polícia Civil). Porém, apesar de o requerido sustentar que a violação literal não estaria configurada no caso, pois o acórdão teria adotado uma de suas possíveis interpretações, não sobreveio na contestação qualquer fundamento específico que embase tais alegações, ao contrário, foram veiculados argumentos genéricos e sem qualquer correlação com a lide.

Para além disso, tendo em mente que “o que importa verificar é que a ação rescisória somente se revela cabível se houver sido afirmada uma das hipóteses de rescindibilidade típicas previstas em lei”⁹, sendo que, no caso em apreço, a (in)existência deste fundamento de rescindibilidade exige a cognição exauriente dos fatos e dos fundamentos jurídicos da pretensão autoral, sobressai indene que a prefacial confunde-se com o próprio mérito do pedido e, portanto, face à aplicação da teoria da asserção¹⁰, deve com ele ser analisado.

8 Questão de Ordem na Ação Rescisória nº 5.931/SP. Segunda Seção do STJ, em: 08/11/2017.

9 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. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 472.

10 STJ, REsp nº 1561498/RJ, Relator: Ministro Moura Ribeiro, 3ª Turma. Julgado em: 01.03.2016.

Igualmente, vale registrar que além da violação do texto expresso de lei também foram invocados, como fundamento para a rescisão do acórdão, a existência de documentos novos e fundamentos para invalidar a confissão em que se baseou a decisão administrativa condenatória (art. 485, VII e VIII, do CPC/73), de modo que, nem mesmo o acolhimento da preliminar conduziria, por si só, ao não conhecimento da presente ação.

Face ao exposto, rejeito a preliminar.

Mérito

Quanto à alegada violação de literal disposição de lei (art. 485, V, CPC/73)

O autor pretende a rescisão do julgado, que reputa inquinado por violação à literal disposição de lei, buscando ao fim seja declarada a nulidade do PAD que culminou com a imposição de pena de demissão a bem do serviço público, determinando, assim, sua reintegração ao cargo de delegado de polícia civil.

Consta da narrativa veiculada pelo autor desta ação rescisória que:

“(...) No curso da ação anulatória, precisamente após prolatado acórdão de apelação pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, tornou-se público que o Delegado Waldir Carlos Ide não poderia ter instaurado o PAD que desencadeou com a sua exclusão, pois a época dos fatos não era Corregedor da Polícia Civil. Como bem se vê, o processo disciplinar é nulo ab initio justamente porque instaurado por quem não poderia fazê-lo. [...] Pois bem. O acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entendeu que a nulidade do processo administrativo apresentado em sede de embargos declaratórios, não se mostra matéria de ordem pública. Sucede que isso não é verdade.” (f. 7-9). destaquei

Prosseguindo, tece os seguintes argumentos em que se fundam essa conclusão: que o Delegado Waldir Carlos Ide não detinha competência funcional para instaurar o PAD nº 025/92 (a que foi submetido e resultou em sua demissão), na medida em que o agente não exerceu a função de Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado de MS no ano de 1992, ao passo que a lei confere a este a atribuição para praticar o referido ato administrativo, a teor dos arts. 134 e 149 da Lei Complementar nº 38/89 (Estatuto da Polícia Civil), *in verbis*:

“(...) Art. 134. O processo administrativo será realizado por comissão integrada por 3 (três) delegados de polícia estáveis, de classe nunca inferior à do acusado, designados pelo Corregedor-Geral de Polícia, o qual indicará o presidente.”

Art. 149. O processo relatado será encaminhado ao Corregedor-Geral de Polícia que, no prazo de 10 (dez) dias, emitirá parecer e encaminhará ao secretário de Segurança Pública, o qual, em prazo de igual duração, contado da data do recebimento dos respectivos autos, decidirá.” destaquei

Em consequência, afirma que o processo disciplinar instaurado seria nulo, face ao vício de incompetência funcional suscitado, matéria de ordem pública expressamente disciplinada nos artigos 166, I, 168 e 185, do Código Civil:

“(...) Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;”

“Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.”

“Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.” destaquei

Nesse desiderato, defende que foram violadas as disposições legais citadas, na medida em que o Tribunal de Justiça rejeitou seus declaratórios, sem exame da nulidade suscitada, calcando a escusa na impossibilidade de sobre ela deliberar, sob o indevido argumento de não se tratar de matéria de ordem pública e ter sido esboçada tardiamente.

Em que pese o inconformismo, entendo que não existe violação aos dispositivos mencionados. Explico.

Em conformidade com entendimento sedimentado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, entende-se por matérias de ordem pública aquelas em que o interesse público é seu elemento central, de modo que, face a essa característica, são inderrogáveis e inafastáveis pelas partes, em razão do interesse indisponível prevalente que nelas se expressa.

Colha-se a respeito, a lição doutrinária:

“(...) Seja qual for o ramo do direito que pretenda examinar o tema da ordem pública, é inegável que todas as manifestações sobre o assunto o associam ao interesse público. (...) A doutrina procura distinguir o interesse público primário – como aquele representativo da coletividade - do interesse público secundário, associando-o aos interesses da própria Administração. Tal distinção se justifica e encontra ampla aplicação em relação a todos os ramos do direito (...). A ordem pública se infere de normas imperativas que sejam ao mesmo tempo representativas de interesses da coletividade e que transcendam à esfera dos interesses privados ou de pequenos grupos, para atingir a sociedade como um todo. As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais, culturais, econômicos e até religiosos, que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar¹¹.” destaquei

Todavia, importa destacar que a questão da ordem pública deve ser verificada sob diferentes enfoques, pois sua aplicação aos distintos ramos do direito se dá em conformidade com as regras e princípios fundamentais que regem cada disciplina jurídica. Nesse contexto, as nulidades processuais são regidas por regras próprias que as diferem das nulidades de direito material, de modo que:

“Diferentes são as nulidades de direito material, as quais, quando absolutas, são concretizações de interesse público superior e que não coincide com o das partes, de modo que podem ser declaradas independentemente dos requisitos para o reconhecimento das nulidades processuais.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 405; VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.156). destaquei

Essas diretrizes, contudo, devem ser compatibilizadas e interpretadas de forma coesa com o ordenamento jurídico como um todo, especialmente ao preconizado na lei adjetiva, que no caso em concreto impõe a conformação ao exposto nos arts. 556 c/c 463 e 535, do CPC/73, onde se estabelece que:

“(...) Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator; ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. (Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.)”

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.” destaquei

Das disposições específicas da lei processual extrai-se que a regra do conhecimento de ofício das nulidades encontra limitações temporais, as quais, uma vez ultimadas, impedem o conhecimento até mesmo das matérias de ordem pública.

Estabelecidas essas premissas, retomando o curso do raciocínio para o caso *sub judice*, ao se ter em vista que a reputada nulidade foi suscitada extemporaneamente pelo autor, após a conclusão do julgamento dos declaratórios opostos ao acórdão dos embargos infringentes em embargos de declaração na apelação cível da ação anulatória, dessume-se que era patente a inviabilidade do conhecimento da matéria.

¹¹ Ricardo de Carvalho Aprigliano in **Ordem pública e processo** - o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil, Coleção Atlas de Processo Civil, Coordenação de Carlos Alberto Carmona, 2011, p. 66 e 67.

É que, não obstante a engenhosa construção arrazoada, é cediço que as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração são específicas, caracterizando-se este, nas palavras de Fredie Didier, como recurso de fundamentação vinculada ao saneamento de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não se prestando, contudo, ao reexame da causa, como assim pretendia o autor¹².

Com efeito, de forma lapidar, Cândido Rangel Dinamarco discorre acerca do tema:

“Existem gravíssimas razões de ordem pública que devem necessariamente influir sobre a vida do processo, determinando-lhe até mesmo a extinção em alguns casos, as quais não ficam neutralizadas pelo puro e simples passamento do momento adequado ou pela falta de arguição pelo réu. Por isso, o § 3º do art. 267 estabelece que em qualquer tempo e grau de jurisdição será feita a verificação desses pressupostos de ordem pública, sem preclusões. Ainda quando a defesa do réu não haja feito alegação alguma a respeito e mesmo que na fase própria nenhuma providência seja tomada pelo juiz, sempre permanece o dever judicial de realizar a fiscalização e determinar as consequências adequadas. O juiz de primeiro grau de jurisdição tem o poder-dever de fazê-lo enquanto não tiver publicado a sentença; não depois disso, porque sua competência estará exaurida (art. 267, § 3º, c/c art. 463); os tribunais, até quando realizada a sessão de julgamento e proclamado o resultado (art. 556). É tão forte a disposição contida no § 3º do art. 267, que o juiz não fica impedido de determinar as providências cabíveis ainda quando expressamente haja se pronunciado pelo prosseguimento (p. ex., saneando-o e repelindo a preliminar levantada pelo réu): essa matéria é insuscetível a preclusões, justamente porque inerente à ordem pública e o Estado nega-se desse modo absolutamente a outorgar a tutela jurisdicional sem a implementação de tais pressupostos (óbices legítimos ao exercício da jurisdição). [...] Os fundamentos de defesa que compete ao juiz conhecer de ofício (art. 303, inc. II) são de natureza processual ou material. No campo de defesas processuais é dever do juiz conhecer espontaneamente de toda a amplíssima matéria relativa aos pressupostos processuais, às condições da ação e, em geral, à regularidade do procedimento e dos atos processuais (Art. 267, § 3º).” (Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 145-146). destaquei

Dessarte, conclui-se que a orientação adotada no aresto rescindendo não implicou em violação aos dispositivos legais em que se funda a pretensão autoral, na medida em que a suposta nulidade foi veiculada pelo autor quando já estava encerrado o ofício jurisdicional deste Sodalício, porquanto sua competência ainda remanescente era adstrita ao saneamento de eventuais vícios que se amoldassem às hipóteses do rol taxativo do art. 535, do CPC/73.

Nesse desiderato, ao se ter em vista a impossibilidade de alteração do julgado que já havia sido proferido, posto que era vedada a inovação do decidido em decorrência da análise de qualquer matéria estranha às argúveis em se de embargos declaratórios, resta inequívoco que este fundamento, por si só, bastaria para infirmar a mácula esboçada, sendo despidiendos os argumentos perfilhados a esse respeito.

Não bastasse isso, há outros elementos que corroboram essa conclusão, dadas às peculiaridades do caso em apreço, conforme adiante detalhado.

De início, convém destacar que é norma cogente e inerente ao processo civil a previsão da vinculação do juiz aos limites da demanda, diretriz que convencionou-se denominar como princípio da congruência, o qual vem expresso no art. 128, do CPC/73:

“(...) O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

A petição inicial é, portanto, um projeto da sentença que se pretende obter¹³; ou seja, o conteúdo da lide é objetivamente delimitado na inicial, devendo o autor especificar os fatos (causa de pedir remota) e os fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) que justificam a sua pretensão (art. 282, III, do CPC/73), já que:

12 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 5ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2008, p.179.

13 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. Vol. 3, p. 155.

“(...) Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.” destaquei

Nessa esteira, infere-se que, proposta a ação e citado o réu, passa a ser defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do adversário, sendo-lhe, todavia, proibida a alteração após o despacho saneador, face à vedação normativa citada, que se denomina como princípio da estabilização objetiva.

Destes preceitos normativos emerge a denominada regra da adstrição, tendo em vista que o objeto da lide, devidamente delimitado na inicial, vincula o juízo, na medida em que restringe a cognição do provimento jurisdicional aos fatos e fundamentos de direito descritos na peça vestibular, consoante normativa expressa no art. 460, do CPC/73, *in verbis*:

“(...) É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Nesta ordem de ideias,

“(...) A demanda, portanto, autoriza o agir da Jurisdição e serve de referência para todos os sujeitos processuais, a respeito do objeto trazido a debate no processo, por meio do contraditório. Não apenas serve para provocar a Jurisdição, mas também para delimitar sua atuação e para delimitar o próprio objeto do contraditório (objeto cognitivo e objeto litigioso do processo).”¹⁴

Justamente por existir essa referibilidade (regra da congruência da decisão judicial) é que deve haver estrita correlação entre a sentença e a causa de pedir, sendo esclarecedora a lição doutrinária acerca do tema:

“(...) Decidir nos limites da demanda proposta (...) significa não ir além ou fora deles, nem ficar aquém. Se o magistrado vai além desses limites, a sua decisão é ultra petita; se fica fora deles, é extra petita; se fica aquém, é citra petita.”¹⁵

Nesse passo, se a sentença ultrapassa os limites dos fundamentos de fato postos em debate, o julgamento proferido extrapola o pedido e caracteriza julgamento *ultra petita*, implicando em ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), o que atrai sua nulidade por violação do princípio da congruência. Excepcionalmente, há situações em que se admite ir além do pedido, a exemplo de quando se verifica a ocorrência de fatos supervenientes, nos termos da dicção contida no art. 462, do CPC/73:

“(...) Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

No entanto, dada a necessária interpretação sistemática da legislação adjetiva de regência, não se admite que os fatos supervenientes verificados, de ofício ou a requerimento, possam alterar os fundamentos de fato narrados como causa de pedir da demanda, a apreciação jurisdicional fica adstrita aos fatos simples ou constitutivos que não alterem a *causa pedenti*, mas apenas a confirmem. A respeito do tema, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de orientar que não se admite o exame de fato constitutivo superveniente que implique em alteração da causa de pedir. Confira:

“RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO – INOCORRÊNCIA – DATA-BASE DE APURAÇÃO DOS HAVERES DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE – REEXAME DE FATOS E PROVAS – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETELATÓRIOS – MULTA AFASTADA. [...] 6. Inviável o conhecimento de fato novo que importe modificação

14 MACHADO, Marcelo Pacheco. **A correlação no processo civil**: relações entre demanda e tutela jurisdicional. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 198.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. Vol.III. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 274.

da causa de pedir e do pedido após a estabilização da demanda. Precedentes. [...] 8. Recurso especial principal e adesivo conhecidos e parcialmente providos.” (STJ, REsp 1705966/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, Julgado em: 19.06.2018). destaquei

Feitos estes esclarecimentos e retornando a análise do caso concreto, denota-se que um dos fundamentos invocados quando suscitada a reputada matéria de ordem pública foi o art. 462, do CPC/73, que alude a fato superveniente à propositura da demanda (f. 1795-1798).

A par disso, observa-se que a petição dos aclaratórios é datada de 16.02.2009, mas referia-se a fato ocorrido no ano de 1992, ou seja, pretérito ao ajuizamento da ação anulatória, iniciada em 11.02.1998 (f. 314-338).

Observa-se, ainda, que a denominada matéria de ordem pública, aventada unicamente na via recursal, foi erigida como um novo fundamento à pretensão anulatória, modificando-lhe a causa de pedir e, assim, indevidamente, implicando na alteração dos limites objetivos da lide. Todos esses elementos denotam a absoluta impropriedade do requerimento deduzido na instância recursal, como, aliás, já se pronunciou o STJ por ocasião da análise de matéria similar a ora em debate. Veja:

“TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – ART. 535, II, DO CPC/1973 – OMISSÃO NÃO CONFIGURADA – IMUNIDADE – REQUISITOS DOS ARTS. 9 E 14 DO CTN – DILAÇÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO – MATÉRIA ARGUÍDA APENAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL – INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO – INOVAÇÃO RECURSAL – ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR – TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO – ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA – PRINCÍPIO DA ADSTRICÇÃO OU CONGRUÊNCIA – EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA LIDE – FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A CONTROVÉRSIA CONSTANTE DA INICIAL [...] 3. O acórdão a quo acolheu Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, opostos pela parte autora invocando imunidade tributária não arguida na petição inicial, tampouco discutida na primeira instância ou mesmo ventilada no julgamento do recurso de apelação, mas somente suscitada nos aclaratórios deduzidos em segundo grau de jurisdição. [...] 4. Entendeu o Tribunal que a “questão atinente à Imunidade Tributária das escolas, como é o caso da Embargadas, consta expressamente do art. 150, VI, “c”, da CRFB/1988, tratando-se de matéria de ordem pública, sendo cognoscível até mesmo de ofício em qualquer grau de jurisdição” (f. 637, e-STJ). 5. A jurisprudência do STJ tem admitido que a imunidade tributária pode ser suscitada em Exceção de Pré-executividade, como se fosse matéria de ordem pública cognoscível de ofício, apenas quando comprovada de plano, sem necessidade de verificação do direito da parte mediante dilação probatória. Precedentes: AgRg no Ag 1.281.773/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/3/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.339.353/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/11/2012. [...] 9. O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria da substanciação, segundo a qual o autor, na petição inicial, deve especificar os fatos e os fundamentos jurídicos que justificam a sua pretensão. Proposta a ação, e citado o réu, passa a ser defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do adversário, sendo-lhe proibida a alteração após a prolação do despacho saneador, mesmo com a anuência do réu (art. 264, caput e parágrafo único, do CPC/1973). Trata-se do princípio da estabilização objetiva da demanda, previsto no art. 264 do CPC/1973. 10. O sistema processual brasileiro abraçou ainda a regra da correlação entre o pedido inicial e a prestação jurisdicional. Deve o juiz, ao proferir sua decisão, julgar o pedido nos limites do proposto pela parte, sendo-lhe defeso proferir decisão “a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 460 do CPC/1973). 11. O conteúdo da lide, limitado na inicial e vinculante do juiz, restringe a cognição do provimento jurisdicional aos fatos e fundamentos de direito descritos na peça vestibular. 12. No caso sub examine, o pedido e a causa de pedir deduzidos na inicial não guardam relação com a imunidade acolhida pelo Tribunal. Não há pretensão deduzida nesse sentido na peça vestibular, muito menos funda-se a ação na circunstância de a autora estar jungida a regime especial de tributação.” (STJ, REsp nº 1.682.216/AM, Relator: Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Julgado em: 19.09.2017). destaquei

Prosseguindo, destaco que a despeito de o autor ter suscitado nesta ação rescisória que descobriu, já na fase recursal da ação anulatória, que o citado PAD seria nulo, porquanto instaurado por sujeito incompetente (f. 06), nenhuma justificativa a esse respeito foi deduzida na petição dos declaratórios em que suscitou, inicialmente, a suposta nulidade. Ao contrário, na época o autor limitou-se a sustentar que teria o Órgão Julgador o dever de se manifestar quanto a matéria de ordem pública que estava sendo suscitada, apesar de não ter sido alegada em momento algum, sendo necessário sanar o reputado vício de omissão, veja-se:

“(...) Ora, como já dissemos, o tribunal tem o dever funcional e de ofício de pronunciar-se sobre as matérias de ordem pública, mesmo que não tenham sido alegadas em nenhum momento. Não é mera faculdade, e sim dever funcional. Se é dever, e o tribunal não se manifesta, é omisso. [...] Pois bem, ocorre que o embargante obteve junto a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, documentos, os quais se anexa a presente, de que o Delegado de Polícia Waldir Carlos Ide, não tinha atribuição para determinar a instauração do processo administrativo disciplinar, o qual ensejou a demissão do ora embargante, decorrendo daí a sua manifesta nulidade, uma vez que o instaurado por autoridade manifestamente incompetente.” (f. 1796-1797).

Apesar da incontroversa inovação recursal perpetrada, absolutamente nenhuma prova foi produzida para demonstrar a ocorrência de motivo de força maior que justificasse eventual impedimento em suscitar a matéria no momento oportuno, a despeito da regra expressa contida no art. 517, do CPC/73:

“Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

Também não se pode afirmar que os documentos acostados aos autos naquela oportunidade eram novos¹⁶, já que se tratava de certidões expedidas pelo RH da SEJUS/MS (f. 1800, 1801), cópias das fichas funcionais dos servidores da Polícia Civil Estadual (f. 1802-1811 e 1812-1818) e um ofício expedido pelo SSP/MS ao PGE, datado de 24.04.1997 (f. 1819), todos atestando unicamente um fato que era existente ao tempo do julgamento investivado.

Ultrapassadas todas essas questões, a conclusão à que conduzem não é outra senão a da improcedência do pleito rescisório, quanto à alegação de violação a texto expresso de lei.

Sem embargo, quanto à impossibilidade de reexame de fatos ou de provas do processo que originou a decisão rescindenda, por força da retórica e a título exclusivo de *obiter dictum*, dada a pertinência dos argumentos adiante expendidos para completar o raciocínio, saliento que a insurgência autoral também não se sustentaria sob o viés material da questão sob exame.

Isto porque, da simples análise do acervo probatório constante dos autos, verifica-se que não foi o Delegado Waldir Carlos Ide quem instaurou o PAD a que foi submetido o autor. Explico.

No caso em testilha, por determinação do secretário de Segurança Pública, em 20.04.1992, foi instaurada uma sindicância no âmbito da corregedoria-geral da polícia civil, destinada a averiguar a existência de indícios quanto à prática das infrações funcionais que foram imputadas ao autor Orlando, de lesão corporal e extorsão, em denúncia formulada por Sebastião Fay de Moraes (f. 355-356 e 364). Encerrada a investigação preliminar e exarado o relatório final com apontamento dos elementos colhidos (f. 612-622), diante da gravidade das irregularidades funcionais constatadas, o secretário de Estado de Segurança Pública determinou que fosse instaurado PAD contra Orlando e Alexandre Amaral Evangelista, para apuração da responsabilidade destes, além de decretar-lhes a suspensão cautelar do exercício das funções desempenhadas (f. 626-627). Inclusive, é de se destacar que, dentre o feixe de atribuições funcionais conferidas pela lei ao secretário de Segurança Pública, consta expressamente a competência para determinar a instauração de PAD, conforme disposto expressamente no art. 133 da Lei Complementar nº 38/89 (Estatuto da Polícia Civil). Confira¹⁷:

¹⁶ “Não há caracterização de documento novo se a peça apresentada é certidão administrativa que certifica situação existente ao tempo da prolação do acórdão rescindendo, não significando que a não alegação, em seu devido tempo, possa configurar o conceito de documento novo.” 1º TACiv-SP, 5º Gr.Câms. Extraordinárias, AR 903157-4, rel. Massami Uyeda, j. 5.12.2000, v.u., Bol AASP 2247/498-Ement.). Citado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 10ª ed., Ed RT, p. 785.

¹⁷ Fonte: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/66ecc3cfb53d53ff04256b140049444b/f6119e532c28e24b04256efb0055e6f9?OpenDocument&Highlight=2,38>

“(...) Art. 133. São competentes para determinar a instauração de processo administrativo, o Governador e o Secretário de Segurança Pública, podendo ser proposto pelo Diretor-Geral da Polícia Civil ou pelo Corregedor-Geral de Polícia.” destaquei

Ato seguinte, em cumprimento aos termos da determinação do SSP/MS, a Comissão Processante instaurou o PAD nº 025/92/CGP/SSP/MS (f. 350-352), mediante a expedição da Portaria encartada nas f. 350-352, em observância às prescrições inseridas no art. 136 da LC nº 38/89:

“Art. 136. Elaborada a Portaria vestibular em que serão esclarecidos os motivos do procedimento e os dispositivos legais tidos como violados, autuados a mesma as demais peças pré-existentes, designará o presidente dia e hora, para audiência inicial, e determinará a citação do acusado e a notificação do denunciante, se houver, e das testemunhas.” destaquei

Desta feita, tendo em mente que *“A deflagração do processo se dá com a instauração (...) normalmente formalizada por portaria (...) devendo o ato de instauração conter todos os elementos relativos à infração funcional, como o servidor acusado, a época em que ocorreu e tudo que possa permitir o direito de ampla defesa¹⁸”*; constata-se a higidez do ato administrativo praticado pela comissão processante, vez que dotado dos elementos inerentes a imprimir-lhe validade.

Vê-se, pois, que, diferentemente da assertiva autoral, é incontroverso que o ato de instauração do PAD não foi praticado por agente incompetente. Frisa-se que, inclusive, essa constatação foi um dos fundamentos invocados na decisão denegatória de seguimento ao REsp interposto pelo autor na época (f. 2160-2176), de lavra do Eminentíssimo Ministro Herman Benjamin. Confira-se:

“1. Recurso Especial de Orlando Arthur Filho e outro

Tenho por corretos os fundamentos desenvolvidos no parecer do Ministério Público Federal, os quais adoto também como razões de decidir, litteris (f. 2090-2091, e-STJ): “Em suas razões recursais, o recorrente sustenta violação ao art. 168, parágrafo único, c/c art. 535, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, alegando que o tribunal local deveria ter analisado prova apresentada em aclaratórios, que demonstraria a incompetência do delegado de polícia civil que instaurou processo administrativo contra o recorrente. No entanto, da simples leitura da petição dos embargos declaratórios opostos, é possível concluir que não houve a devida fundamentação jurídica acerca da incompetência do delegado que supostamente teria instaurado o processo administrativo disciplinar em face do recorrente, conforme depreende-se dos seguintes trechos (e-STJ f. 1705/1706): “Pois bem, ocorre que o embargante obteve junto a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, documentos, os quais se anexa a presente, de que o Delegado de Polícia Waldir Carlos Ide, não tinha atribuição para determinar a instauração do processo administrativo disciplinar, o qual ensejou a demissão do ora embargante, decorrente daí a sua manifesta nulidade, uma vez que instaurado por autoridade manifestamente incompetente. (...) A documentação anexada a presente demonstra que o Delegado Dr. Waldir Carlos Ide, no ano de 1992, não exerce em nenhum momento o cargo de titular da Corregedoria Geral da Polícia, ou seja cargo de competência para instaurar o processo administrativo, o qual ensejou a demissão do ora embargante.” [...] Como visto, não há fundamentação legal acerca da competência ou não do delegado para instaurar o processo administrativo. Ademais, cumpre destacar que às e-STJ f. 322/323 resta demonstrado que a instauração do processo administrativo disciplinar sequer foi feita pelo referido Delegado de Polícia, conforme alegou o embargante, ora recorrente, mas sim pelo próprio Secretário de Estado de Segurança Pública. Portanto, o Tribunal de origem deve analisar a demanda de acordo com os pontos que julga ser pertinentes para o deslinde do feito.” destaquei

Oportunamente, sublinho ser inaplicável ao caso em apreço as normas constantes da Lei Federal nº 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, notadamente o disposto no art. 15, I, que assim preconiza:

“(...) Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;” destaquei

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1046.

É que o processo administrativo disciplinar se regula por bases normativas distintas, previstas nos estatutos funcionais das diversas pessoas federativas, sendo certo que o diploma supracitado só se aplica aos servidores federais. Portanto, em que pese a comissão processante ter sido constituída pelo Delegado Waldir Carlos Ide (f. 353), não foi por meio deste ato que restou instaurado o PAD a que foi submetido o autor, pois, conforme delineado, a previsão contida na Lei Federal não se aplica ao caso, sequer por analogia, porquanto há regramento distinto e específico na legislação estadual de regência.

Nesse passo, resta evidenciado que não prospera o argumento articulado pelo autor, já que inexistente o reputado vício de incompetência funcional da autoridade que instaurou o processo disciplinar.

Ante tudo quanto exposto, não tendo sido demonstrada a ocorrência do vício suscitado, tendo a parte valido-se desta ação autônoma unicamente com o escopo de alterar o julgado, o que, sobremaneira, autorizaria sua rescisão, rejeito a pretensão escorada na causa de pedir do art. 485, V, do CPC/73.

Quanto aos alegados documentos novos capazes de modificar a conclusão adotada na decisão rescindenda (art. 485, VII, CPC/73):

A segunda causa de pedir em que se baseia a pretensão rescisória tem por fundamento a afirmação de estar caracterizada a hipótese descrita no inciso VII, do art. 485, do CPC/73, diante dos documentos novos apontados como aptos a modificar a conclusão a que se chegou na decisão rescindenda, tendo por base as alegações que foram assim expendidas:

“(...) 7. Com efeito, após o autor possuir as provas que comprovaram sua inocência e tendo a Administração as desconsideradas, ajuizou a referida ação anulatória objetivando, por via oblíqua, a sua reintegração ao cargo de delegado que ocupava. [...] 9. No entanto, diante de tamanha injustiça cometida em face do autor, o pedido foi julgado improcedente pelo magistrado a quo (f. 1029-1049). 10. Sucede que o autor Orlando Arthur Filho, teve conhecimento, após a tramitação do processo, especificamente em 2015, de que o advogado de Vanderlei Nunes, Eliezer Melo de Carvalho, à época dos fatos, quis prejudicar o autor, [...]” [...] 14. Ademais, há diversos outros depoimentos, que foram colhidos no processo criminal, de juízes, advogados das partes, delegados e policiais que trabalharam com o auto, todos no mesmo sentido [...] 15. Tais depoimentos não puderam ser utilizados na ação anulatória, porquanto não tinham sido colhidos na ação penal, embora esta fosse contemporânea aquela demanda. [...] 32. Pois bem. Depreende-se dos autos que o autor foi condenado administrativamente e judicialmente com base exclusivamente em depoimentos inverossímeis de Sebastião Fay de Moraes e de Vanderlei Nantes de que Orlando Arthur Filho tivesse utilizado de seu cargo para auferir vantagens em cima dos Depoentes. 33. No entanto, após a tramitação da ação anulatória, o autor teve conhecimento por meio de Nilda, Cirlene e Eliezer – que foi o mentor das estórias contadas por Sebastião e Vanderlei – que os depoimentos prestados não eram verdadeiros. [...] 35. De outro giro, tais evidências só ratificam o que já havia sido demonstrado na ação anulatória e que foi desconsiderado pelo Tribunal, qual seja: no processo criminal ajuizado contra Orlando Arthur Filho, decorrente dos fatos inverídicos, não houve qualquer decreto condenatório, mas sim a sua absolvição pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. 36. Por esta razão, tem-se que o acórdão do Tribunal de Justiça deve ser rescindido, diante do documento novo e do fundamento para invalidar a confissão lastreada na condenação do autor.” (f. 1-13). destaqueei

Prosseguindo, o autor carregou aos autos os reputados novos documentos que evidenciaríamos que não cometeu nenhum dos ilícitos em que se sustenta sua condenação administrativa, os quais, segundo alega, seriam suficientes ao julgamento de procedência da pretensão objeto da ação anulatória, quais sejam:

a) depoimentos diversos colhidos durante a instrução do Processo Criminal que o autor respondeu pelos mesmos fatos (nº 0005358-46.1994.8.12.0001) (f. 39-91);

b) escritura pública de declaração outorgada por Cirlene Soares de Almeida, lavrada na data de 13.11.2015 (f. 92-93);

c) escritura pública de declaração outorgada por Eliezer Melo Carvalho, lavrada na data de 25.09.2015 (f. 94-95);

d) escritura pública de retratação outorgada por Sebastião Fay Moraes, lavrada na data de 06.01.2006 (f. 97-98) e

e) escritura pública de declaração outorgada por Nilda Lima dos Santos, lavrada na data de 13.11.2015 (f. 99-100).

O cerne da questão, portanto, passa pela necessidade de saber se os aludidos documentos novos seriam suficientes para modificar a conclusão a que se chegou no julgado ora rescindendo, a teor do disposto no inciso VII, do art. 485, do CPC/73.

Aprofundando a interpretação da hipótese descrita no inciso VII, do art. 485, do CPC/73, tem-se que o manejo da ação rescisória por este fundamento revela-se cabível quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso.

Portanto, ao aludir ao momento ocorrido como sendo depois da sentença, em verdade, a disposição legal refere-se ao instante verificado após a última oportunidade em que era permitido à parte valer-se do documento na ação originária¹⁹.

Veja, o predicado “documento novo” não alude àquele formado posteriormente a sentença. “Novo” não diz respeito à data em si do documento, mas à circunstância de, já constituído, ter sido ignorado, por ele o autor da rescisória, na época, não ter ciência quanto à sua existência ou em face da impossibilidade de fazer uso, daí porque se diz novo. Refere-se a um documento novo para a causa, mas pré-existente à ela.

Em outras palavras, ao se reputar que o momento da descoberta do documento novo deve ser “depois da sentença”, significa que deve ser após a preclusão probatória. Consequentemente, se ainda era possível à parte juntar o documento no processo originário, e não o fez, não caberá a ação rescisória. Esta somente será cabível, se o documento foi obtido em momento a partir do qual não se permitia mais juntá-los aos autos do processo originário²⁰.

Dito isto, convém rememorar detalhes fáticos essenciais ao deslinde desta causa:

1 - A sentença de improcedência da pretensão veiculada na ação anulatória foi prolatada em 20.03.2002 (f. 166-176);

2 - Face ao decisum, em 14.08.2002, o autor interpôs recurso de apelação (f.1520-1524);

3 - Os apelos manejados na ação anulatória foram julgados pela 3ª Turma Cível do TJMS em 08.05.2006 (f. 1624-1641);

4 - Os embargos infringentes, em embargos de declaração opostos face ao decisum da apelação cível tirada nos autos da ação anulatória, foram julgados pela 1ª Seção Cível do TJMS em 02.06.2008 (f. 1736-1745);

5 - O trânsito em julgado do acórdão que ora busca-se rescindir deu-se em 26.08.2014 (f. 2191).

Pois bem, feito este intróito, passa-se ao exame dos documentos novos que fundam a causa de pedir autoral.

Quanto às declarações outorgadas por Cirlene, Eliezer e Nilda nas escrituras públicas que fundam a causa de pedir

Nos termos da narrativa já exposta, tais escrituras, outorgadas por Cirlene Soares de Almeida, Eliezer Melo Carvalho e Nilda Lima dos Santos, foram lavradas em 29.05.2015 e 13.11.2015, ou seja, somente após o trânsito em julgado do aresto rescindendo, daí porque não servem a embasar o pleito autoral.

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de Processo Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. 5, p. 450.

20 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p.386.

Sobre essa conclusão, inexistente qualquer controvérsia, jurídica ou doutrinária, sendo pacífico o entendimento no sentido da inviabilidade do manejo da ação autônoma de impugnação fundada em documento não existente no momento em que proferido o *decisum* rescindendo.

Vejamos:

“AÇÃO RESCISÓRIA – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – DEMISSÃO – INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO APTO A EMBASAR A AÇÃO – NULIDADE PARCIAL DO PAD – VÍCIOS SANÁVEIS – REABERTURA DA INSTRUÇÃO – POSSIBILIDADE – USO DE PROVA EMPRESTADA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEGALIDADE – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. [...] II - O principal fundamento da ação rescisória é a existência de documento novo, surgido após a prolação do acórdão rescindendo, qual seja, acórdão do TRF da 4ª Região, que confirmou a sua absolvição na esfera criminal da imputação da prática de crimes que motivaram o entendimento do acórdão rescindendo pela proporcionalidade da penalidade aplicada na esfera administrativa. III - De acordo com a jurisprudência do STJ, todavia, “o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional”, (AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/14). Ainda nesse sentido: REsp 1662983/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 16/06/2017; REsp 1645864/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 20/4/2017; e AgRg no AREsp 414.975/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 24/2/2017. [...] VII - A violação de literal disposição de lei autorizativa ao ajuizamento da ação rescisória somente ocorre em face de ofensa flagrante ao direito, haja vista não ser sucedâneo recursal para se discutir a injustiça da decisão em abertura de nova via recursal, ao reexame de matéria fático-probatória ou, menos ainda, de matéria em harmonia com a jurisprudência pacífica no Tribunal. VIII - Agravo interno improvido.” (STJ, AgInt na AR 4959 / RS, Relator: Ministro Francisco Falcão, 1ª Seção, Julgado em: 12.09.2018). destaquei

Assim, inviável a análise do conteúdo de tais declarações, porquanto inservíveis ao fim a que se destinavam.

Quanto à retratação outorgada por Sebastião na escritura pública que funda a causa de pedir:

No que se refere à escritura pública de retratação outorgada por Sebastião Fay Moraes, como já foi dito, foi lavrada na data de 06.01.2006. Porém, conquanto trata-se de instrumento pré-existente à data em que foram julgados os apelos pela 3ª Turma Cível do TJMS (08.05.2006), seu conteúdo, unicamente, reitera:

a) O teor da declaração datada do dia 21.01.1993 (f. 344);

b) O teor da retratação apresentada ao juízo da 3ª Vara Criminal de Campo Grande/MS, em que se processou a Ação Penal movida em desfavor do autor (nº 0005358-46.1994.8.12.0001), datada do dia 30.08.1997 (f. 347-348) e

c) O teor do requerimento formulado ao secretário de Segurança Pública do Estado de MS, datado do dia 18.11.1993 (f. 1134-1137).

Nada obstante, o conteúdo da declaração de retratação feita por Sebastião Fay Moraes, além de ter sido expressamente veiculado na petição inicial da Ação Anulatória e servido como fundamento da causa de pedir próxima - fatos (f. 317, 318 e 320), foi objeto de específica deliberação:

1 - Pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, prolator da sentença (f. 173);

2 - Pelos desembargadores da 3ª Turma Cível do TJMS, prolores do acórdão das apelações cíveis (f. 1635, 1636 e 1640);

3 – Pelos desembargadores da 1ª Seção Cível do TJMS, prolores do acórdão dos embargos infringentes em embargos de declaração em apelação cível (f. 1741 e 1743).

Vale repetir que “a ação rescisória, nesse caso, não serve para obter-se o reexame da prova ou a correção de eventual injustiça. Sua admissibilidade está condicionada ao desconhecimento ou à falta de acesso de documento indispensável para a solução da causa²¹”. Consequentemente, também as declarações constantes do referido instrumento revelam-se imprestáveis a fundamentar a causa de pedir veiculada pelo autor, daí que despiendo seu exame, face à inaptidão de influir no julgamento da pretensão.

Quanto aos termos de depoimentos colhidos na instrução do processo criminal que fundam a causa de pedir:

Já no que se refere à cópia dos termos dos depoimentos diversos (f. 39-91), colhidos durante a instrução do processo criminal a que o autor respondeu pelos mesmos fatos que culminaram em sua demissão do cargo de delegado, Autos nº 0005358-46.1994.8.12.0001, cumpre tecer os seguintes esclarecimentos:

1 – Não possuem data do dia em que foram prestados, a despeito de ser ônus da parte autora da ação rescisória comprovar o momento em que obteve o(s) documento(s) novo(s)²²;

2 – Apesar de o autor ter alegado na petição inicial que não pôde utilizá-los na ação anulatória, “porquanto não tinham sido colhidos na ação penal, embora esta fosse contemporânea aquela demanda”, não comprovou este fato, sendo certo que:

a) O outro réu da ação criminal a que o autor respondeu, Alexandre Amaral Evangelista, utilizou os mesmos depoimentos para, em 21.08.1998, formular o pedido administrativo junto à Polícia Civil de Revisão do PAD nº 025/92 (f. 1357-1365).

b) A sentença de improcedência da pretensão anulatória foi proferida em primeiro grau de jurisdição em 20.03.2002 (f. 166-176); portanto, posteriormente à data em que haviam sido colhidos tais depoimentos.

Consoante delineado, se depois da estabilização objetiva da lide sobrevier algum fato novo, capaz de influir no julgamento da lide, cabe ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento, no momento de proferir a sentença (art. 462, CPC/73). Por conseguinte, não havia qualquer impedimento ao uso de tais termos de depoimentos na ação anulatória, tendo em vista que não alterariam a causa de pedir remota (fatos) que fora expandida, no sentido de defender estar provada a inocência do autor quanto às acusações que sobre si recaíam (f. 317 e 318).

Em decorrência disto, não tendo o autor comprovado o motivo pelo qual tais depoimentos não foram utilizados na época, não é possível, pela via rescisória, desconstituir o julgado, pois, *prima facie*, deixou operar a preclusão do direito de requerer o uso destes na ação anulatória, daí que não se prestam ao alcance da pretensão deduzida na ação rescisória, em decorrência do efeito preclusivo da coisa julgada, *in verbis*:

“Art. 183, CPC/73. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

§ 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.”

(...)

21 SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.747.

22 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p.385.

“Art. 474, CPC/73: Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

E de outro modo não poderia ser, já que a ação rescisória é instrumento excepcional e não se presta ao rejuízo da causa quando o destino do processo não teve influência de elementos que, a despeito da disponibilidade, não foram utilizados contemporaneamente por exclusiva inércia da parte, na medida em que *Dormientibus non succurrit jus* (O direito não socorre aos que dormem).

Caso assim não o fosse, violar-se-ia a garantia constitucional da segurança jurídica, que decorre da expressa consagração da inviolabilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88), como, aliás, manifesta-se o entendimento jurisprudencial acerca da matéria:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – PRAZO PRESCRICIONAL – COBRANÇA – TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA – VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO DE LEI – AUSÊNCIA – DOCUMENTO NOVO INCAPAZ DE MODIFICAR O JULGADO – ERRO DE FATO – INEXISTÊNCIA. [...] 3. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento segundo o qual o documento novo que autoriza o ajuízo da ação rescisória é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso por razões estranhas à sua vontade, sendo capaz de assegurar, por si só, a procedência do pedido deduzido na demanda. 4. No caso, não houve a demonstração de que o apontado documento novo somente veio a ser conhecido pela parte autora ou a ela tornou-se disponível após a prolação do acórdão pela Corte de origem. Destaque-se que a ação rescisória não se presta para corrigir eventual desídia da parte autora em comprovar o alegado direito suscitado no feito originário, não se prestando para conferir uma nova oportunidade às partes de instruírem adequadamente a lide. [...] 6. Ação rescisória julgada improcedente.” (STJ, AR nº 4408, Relator: Ministro Og Fernandes, Revisor: Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, Julgado em: 12.12.2018). Consequentemente, ante à ausência de comprovação de que os termos de depoimento se enquadrariam como documentos novos, sobressai a inabilidade destes a embasar a ação desconstitutiva.

Dessarte, conclui-se que inexistente documento novo capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável ao autor, assim, por corolário o pedido também é improcedente por esse motivo.

Quanto ao fundamento apto a invalidar a confissão em que se baseou a decisão rescindenda (art. 485, VIII, CPC/73):

Finalmente, a última causa de pedir em que se baseia o pleito inicial consiste na hipótese encartada no inciso VIII, do art. 485, do CPC/73, já que, segundo o autor, diante dos documentos novos, estaria caracterizado o fundamento para invalidar a confissão que lastreou sua condenação administrativa e, consequentemente, a improcedência da pretensão veiculada na ação anulatória.

Da moldura fática estabelecida na peça inaugural extrai-se que:

“32. Pois bem. Depreende-se dos autos que o autor foi condenado administrativamente e judicialmente com base exclusivamente em depoimentos inverossímeis de Sebastião Fay de Moraes e de Vanderlei Nantes de que Orlando Arthur Filho tivesse utilizado de seu cargo para auferir vantagens em cima dos Depoentes. 33. No entanto, após a tramitação da ação anulatória, o autor teve conhecimento por meio de Nilda, Cirlene e Eliezer – que foi o mentor das histórias contadas por Sebastião e Vanderlei – que os depoimentos prestados não eram verdadeiros. [...] 36. Por esta razão, tem-se que o acórdão do Tribunal de Justiça deve ser rescindido, diante do documento novo e do fundamento para invalidar a confissão lastreada na condenação do autor.” (f. 10) destaquei

A toda evidência, tais fatos não caracterizam fundamento para invalidar a “confissão” em que se baseou a decisão rescindenda. Em primeiro lugar, esclareça-se que “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

(art. 348, CPC/73), ou seja, alude ao “ato pelo qual o acusado reconhece sua culpabilidade e declara ser verdadeiro o fato delituoso a ele imputado.”²³

Prosseguindo, ao se ter em mente que o autor jamais confessou a autoria dos ilícitos que lhe foram atribuídos (muito pelo contrário, sempre defendeu-se quanto a eles, na esfera administrativa e judicial), evidencia-se que, em verdade, pretende desconstituir o julgado por haver, segundo entende, prova da falsidade das “denúncias” feitas a si por Sebastião Fay de Moraes e Vanderlei Nantes. Ocorre que o pleito rescisório somente é cabível se houver fundamento para invalidar confissão e não acusação, sendo que, aliás, trata-se de direito exercitável unicamente por aquele que praticou o ato confessório, ou seja, é personalíssimo, consoante elucidativo ensinamento doutrinário acerca do tema²⁴:

“(…) O direito de iniciar a ação rescisória ou anulatória, em caso de vício de consentimento, só pode ser exercido pelo próprio confitente, permitindo a lei a habilitação de seus herdeiros após o ajuizamento da ação.” destaquei

No entanto, ainda que o apontamento do autor em sua peça exordial seja o art. 485, VIII, do CPC/73, resta dedutível que, em verdade, dos fatos narrados na inicial, a causa de pedir tem por fundamento a existência de prova falsa, nos termos do art. 485, VI, do CPC/73. Confira:

“(…) Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...] VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória;”

De toda sorte, considerando que a indicação errônea de um por outro dos incisos do art. 485, do CPC/73, não vincula o órgão julgador, que pode e deve examinar o pedido à luz do dispositivo adequado, desde que a narrativa do fato conste da inicial²⁵, passa-se a apreciação do pleito.

Pois bem, extrai-se do comando normativo em apreço que a ação rescisória que tenha como causa de pedir o inciso VI pressupõe que a conclusão adotada no julgado rescindendo tenha se baseado na referida prova reputada falsa. Por corolário,

*“(…) se a decisão rescindenda funda-se em outra prova, além daquela que se reputa falsa, não há o direito à rescisão, pois, afinal, a decisão pode manter-se com base em outro lastro probatório.”*²⁶

E é justamente este o caso dos autos, porquanto infere-se do aresto inquinado que o conteúdo da declaração de retratação feita por Sebastião Fay de Moraes, em absoluto, serviu para infirmar a conclusão adotada.

A este respeito, consta do aresto dos embargos de divergência que (f. 1736-1745):

“Não fosse isso, em que pese a estranha retratação por parte do denunciante, feita de próprio punho, as demais provas carreadas aos autos não permitem concluir pela inocência do apelante, a ponto de ensejar sua reintegração ao cargo. Note-se que os depoimentos apresentados por Marcos Marcelo Trad e Sebastião Fay Moraes (f. 384/386 e 389/393 – 2º vol) foram contundentes no sentido de que o denunciante, quando se encontrava recolhido nas dependências do 1º Distrito Policial, sob o comando do Delegado Orlando, foi agredido fisicamente, [...] Cumpre, ainda ressaltar, que as lesões causadas ao denunciado pelas agressões estão devidamente comprovadas pelo laudo de exame de corpo de delito (f. 46 – 1º vol), de modo que, ainda que não fosse o apelante o autor da agressão, este permitia que a violência fosse praticada contra o denunciante, violando o artigo 104, inciso XLII da Lei Complementar nº 038/89, o que por si só já autoriza a imposição da pena de demissão.” (f. 1741) destaquei

23 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 916.

24 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10ª ed, 2008. São Paulo: RT. p. 623.

25 DIDIER JR., Fredie; CUNHA. Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p.362.

26 DIDIER JR., Fredie; CUNHA. Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p.381.

Não bastasse tudo isso, tem-se que a despeito de o autor afirmar que sua condenação administrativa e o consequente julgamento de improcedência da pretensão objeto da ação anulatória tenham como fundamento, exclusivamente, as imputações que lhe foram feitas por Sebastião Fay de Moraes e por Vanderlei Nantes, este último, delas não se retratou, sendo certo que as declarações prestadas por Cirlene, Nilda e Eliezer não tem o condão de infirmá-las, o que, aliás, está previsto expressamente no Código Civil:

“(...) Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.” destaquei

Consequentemente, ao se ter em vista que a conclusão adotada no acórdão rescindendo teve por base outras provas, cuja autenticidade não foi sequer questionada, não há fundamento para prover o presente pleito desconstitutivo.

À luz de tudo quanto exposto, entendo que não restou evidenciada nos autos hipótese que autorize a rescisão do acórdão atacado, daí inarredável a improcedência do pleito inicial.

Ante o exposto, por reputar inexistentes as hipóteses desconstitutivas em que se fundam a pretensão autoral, julgo improcedentes os pedidos deduzidos na presente ação rescisória. Por corolário, condeno o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, os quais, considerando o baixo valor da causa (R\$ 2.148.51 - f. 2200-2201), a teor do disposto nos §§ 8º e 2º do art. 85 do NCPC, tendo em vista o grau de zelo do a natureza e a importância da causa, por apreciação equitativa arbitro em R\$ 5.000,00.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após o relator rejeitar a preliminar e julgar improcedente a ação. Os demais aguardam. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

VOTO (EM 03/04/2019)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º vogal)

Ante a complexidade das questões postas em exame na presente ação rescisória, pedi vistas dos autos para analisar mais detidamente o cerne meritório.

Consta dos autos que Orlando Arthur Filho propôs a presente ação rescisória em face do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a rescisão do acórdão proferido nos embargos infringentes (f. 228-236) e seus complementos (f. 249-254 e 259-261) com amparo no artigo 485, V, do Código de Processo civil de 1973, vigente à época da propositura, sob o argumento de malferiu o disposto nos artigos 166, 168 e 185 do Código de Processo de 1973 e artigos 134 e 149 da Lei Complementar nº 38/1989 (Estatuto da Polícia Civil), na medida em que o delegado que instituiu a comissão processante não era o Corregedor-Geral de Polícia, de acordo com as certidões do Departamento Pessoal do Secretaria de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, o que macula o processo administrativo, visto que instaurado por sujeito incompetente.

Também embasa a pretensão no artigo 485, VII e VIII, do Código de Processo Civil de 1973, aduzindo que após a tramitação da ação anulatória, cujo acórdão se pretende rescindir, teve conhecimento de depoimentos que foram colhidos processo criminal instaurado contra si em que se apurou a falta de veracidade dos fatos que lhe foram imputados.

Assim, requer a procedência do pedido para rescindir o acórdão prolatado, reconhecendo a nulidade do processo administrativo instaurado contra si por agente incompetente e, por consequência, a nulidade da pena de demissão aplicada. Por outro vértice, sustenta os novos documentos juntados que apontam que não cometeu nenhum ilícito.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em contestação (f. 2216-2245), arguiu preliminar de utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal e, no mérito, afirma que nada há que autorize a rescisão do julgado.

Impugnada a contestação (f. 2250-2257), o feito foi remetido ao Ministério Público que deixou de exarar parecer por entender inexistente o interesse do *Parquet* (f. 2263-2266).

Na origem, o autor havia proposto ação anulatória em face do Estado, processada sob n 0002510-47.1998.8.12.0001, visando anular a sua demissão do cargo de delegado de polícia civil, ocorrida por força dos Decretos nºs 3.204 e 3.205, de fevereiro de 1993, após submissão a Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela Corregedoria-Geral de Polícia, sob nº 025/92/CGP/SSP-MS.

A ação foi proposta contra a demissão sofrida porque o autor teria agredido Sebastião Fay Moraes, com a finalidade de obter confissão de assalto ocorrido em frente à Santa Casa de Campo Grande.

Além disso, teria o autor, ainda, interferido em fatos delituosos ocorridos nos Municípios de Maracaju e Sidrolândia, no interior do Estado, exigindo de Sebastião Fay um veículo passat e Cz\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil cruzeiros), sob a promessa de, em troca, aliviar a situação de ambos em investigações criminais.

Segundo a própria inicial da ação anulatória, a *suposta* ocorrência dos fatos infracionais teria se dado com a participação do Delegado Alexandre Amaral Evangelista, que foi processado nas mesmas penalidades do autor, porém foi reintegrado ao cargo de delegado após pedido de revisão da polícia, conforme Decreto “P”, de 29 de dezembro de 1998, DOE de 30.12.1998.

Sofreu, pelos mesmos fatos, ação penal, cuja punibilidade foi extinta em razão da prescrição.

Segundo o autor, fatos e provas coletadas que comprovariam sua inocência não foram consideradas pelas autoridades administrativas como, por exemplo, a retratação de Sebastião Fay de Moraes, conforme declaração anexada aos autos, cujo exame grafotécnico realizado comprova sua autenticidade.

A pretensão anulatória foi julgada improcedente, seguindo-se os recursos ulteriores que mantiveram esse veredicto.

Após acurado exame dos autos, não tenho dúvidas em acompanhar o eminente relator.

Da violação à literal disposição legal

Como é cediço, o suporte fundamental de todo o ordenamento jurídico se assenta, sem sombra de dúvida, no instituto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, nos quais, em face de seus propósitos ideológicos, encontra-se a ideia de oferecer segurança jurídica e paz social a todos os jurisdicionados, eis que põe fim, no plano jurídico, ao conflito de interesses submetido à apreciação do Estado.

Todavia, o legislador, atento à possibilidade da existência de contaminantes indesejáveis, por cautela e exceção, criou a possibilidade de se perseguir a anulação da decisão que, embora transitada em julgado, tenha sido inoculada por determinado vício (art. 485/CPC de 1973 e art. 966/NCPC).

Forte neste propósito, foi criada a ação rescisória que, longe de ser recurso, é ação autônoma de impugnação, verdadeira ação de invalidação da decisão passada em julgado, desde que fundado em um dos permissivos descritos na lei processual civil.

Impõe-se, nessa extensão, o atendimento não só às exigências pertinentes às ações judiciais em geral, mas, principalmente, aos seus pressupostos específicos de admissibilidade, quais sejam, existência de decisão de mérito transitada em julgado e a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade elencados no artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973, aplicável na espécie.

A inicial da ação anulatória do ato administrativo postulou a revisão da pena imputada sob o argumento de que “*ocorreram fatos e foram coletadas algumas provas da inocência dos acusados, que não foram consideradas pelas autoridades administrativas*” (f. 317)

Após a sentença de primeiro grau (f. 166-176) e o recurso de apelação (f. 206-222), foram interpostos os embargos infringentes, cujo acórdão é objeto de rescisão (Autos nº 2002.010777-8/0001-01 ou 002510-77.1998.8.12.0001/50001, proferido pela Primeira Seção Cível, em que a ementa restou assim exarada (f. 228-236):

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DELEGADOS DE POLÍCIA – REINTEGRAÇÃO DE UM DELES AO CARGO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – PREJUÍZOS NO PERÍODO EM QUE FORA IMPEDIDO DE EXERCER SUA ATIVIDADE FUNCIONAL – DECISÃO QUE OBSTOU A REINTEGRAÇÃO DE OUTRO SERVIDOR – MANTIDA – SUBSTITUIÇÃO DO IGPM PELO INPC – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Resta evidenciado o dano moral a um os delegados de polícia que foi reintegrado ao cargo após se mostrar injusta a punição que havia sido imposta pela Administração Pública.

Deve ser mantida a decisão que obstou a reintegração do cargo de servidor que permitia ou incentivava a prática de tortura descrita nos autos.

Em verbas devidas pelo Estado deve ser aplicado o INPC com índice de correção monetária.

E a parte dispositiva correspondente (f. 235):

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento para substituir o IGPM e para obstar a reintegração de Orlando Arthur Filho aos quadros dos servidores públicos do Estado. Reconhecendo, entretanto, os danos de ordem moral impostos à Alexandre Amaral Evangelista, quantificados em importância correspondente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Os complementos nos embargos de declaração assentaram (f. 254 e 260, respectivamente):

Em face do exposto, rejeito os embargos declaratórios opostos por Alexandre Amaral Evangelista e Orlando Arthur Filho e acolho parcialmente os embargos manejados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, apenas e tão-somente para determinar que incida sobre o quantum indenizatório a correção monetária pelo IGPM/FGV a partir da data do ajuizamento da ação.

Em face do exposto, rejeito os embargos declaratórios.

In casu, ao que se vê da exposição contida na inicial, a ação foi embasada nos incisos V, VII e VIII do artigo 485, ou seja, com espeque em aventada violação a literal disposição de lei, documento novo e fundamento para invalidar a confissão, sendo vedado, ao julgador ampliar a causa de pedir deduzida, razão pela qual a rescisão perquirida deve ser examinada tão somente sob o enfoque da violação a literal disposição de lei e da divergência com julgado em sede de repetitivo; por outras palavras, se a decisão de mérito transitada em julgado não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente, bem como se deixou de aplicar ou aplicou erroneamente precedente vinculativo.

Restringido o âmbito de apreciação da presente demanda, impende esclarecer que:

“(...) para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com prazo de interposição de dois anos” (REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004 e AgRg na AR 4.325/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 11/11/2009, DJe 25/11/2009).

Aventa o autor nesse particular que o processo administrativo disciplinar malferiu os artigos 166, 168 e 185 do Código Civil de 1916, e artigos 134 e 149 da Lei Complementar nº 38/1989 (Estatuto da Polícia Civil), na medida em que o delegado que instituiu a comissão processante não era o Corregedor-Geral de Polícia, de acordo com as certidões do Departamento Pessoal do Secretária de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, o que macula o processo administrativo, visto que instaurado por sujeito incompetente.

Como se vê, não houve nenhuma averiguação acerca da competência ou não do Corregedor-Geral da Polícia para instauração do processo administrativo. Nenhuma linha sequer foi deduzida nesse sentido. Trata-se de matéria absolutamente nova carreada apenas na presente ação rescisória, vedada de ser apreciada.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – INÉPCIA DA INICIAL – INEXISTÊNCIA – PRESCRIÇÃO – INTERRUÇÃO DO PRAZO E NULIDADE DA CITAÇÃO – INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA E FEIÇÃO RECURSAL – CONSTATAÇÃO – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI E ERRO DE FATO – INOCORRÊNCIA.

1. A ausência de requerimento, na inicial da ação rescisória, para intimação do Ministério Público atuar no feito não torna inepta a exordial, dada a ausência de prejuízo à parte demandada. Preliminar rejeitada.

2. Embora não se exija o atendimento ao requisito do prequestionamento em sede de ação rescisória, porquanto se trata de ação originária, é inviável o pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC/1973, “quando a questão aduzida na ação rescisória não foi tratada em nenhum momento em tal processo” (AgRg na AR 4.741/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013).

3. A jurisprudência do STJ veda a propositura de ação rescisória mediante inovação argumentativa que não foi feita in oportune tempore, pois não se cuida de via recursal com prazo de dois anos (AgRg no AREsp 414.975/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 24/02/2017).

(...)

7. O pedido rescisório funda-se em violação do disposto nos arts. 617 do CPC/1973 e 202, I, do CC, e em erro de fato proveniente da falta de apreciação, pelo sentenciante, de tema alusivo à demora do Judiciário em julgar o processo de execução (que tramitou de maio de 1989 a 1994), sob o argumento de que o autor não incorreu em inércia para a consumação do prazo prescricional e de que “a falta ou a suposta nulidade da forma como foi efetuada a citação” não lhe pode prejudicar, pois para aquele vício ele (autor) não concorreu.

8. Inviável analisar a alegação de violação dos artigos mencionados, como também o tema relativo à participação do aparelho judiciário na decretação da prescrição, porquanto não apreciados no julgado que se busca rescindir.

9. A eventual superação de tais óbices não permite vislumbrar a existência de flagrante ilegalidade a justificar a rescisão do julgado em comento, porquanto o demandante deixou de se insurgir, pela via recursal devida, contra a extinção da ação executiva inicialmente proposta, notadamente contra a nulidade citatória ali pronunciada.

10. O ajuizamento de demanda rescisória com a pretensão de rediscutir o mérito da causa (no caso, de que o prazo prescricional transcorreu sem hipótese válida de interrupção) constitui desiderato estranho a tal via processual, que não pode se transmutar em sucedâneo recursal, tampouco autoriza a desconstituição da coisa julgada.

11. Pedido improcedente. (STJ, AR 5.388/AC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 25/03/2019) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – MILITAR DO EXÉRCITO – ART. 485, V, DO CPC – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – REVISÃO DO ATO

LICENCIAMENTO DO SERVIÇO MILITAR E CONCESSÃO DE REFORMA EX OFFÍCIO – DECISÃO RESCINDENDA QUE RECONHECE A PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO – APONTADA VIOLAÇÃO À LITERALIDADE DOS ARTS. 198, I, C/C 3º, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DO ART. 169, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, DOS ARTS. 21 E 103, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.213/1991 C/C ART. 219 DA LEI 8.112/1990, DO ART. 3º DO DECRETO 20.910/1932, DAS SÚMULAS 85/STJ E 443/STF, DOS ARTS. 21 E 103 DA LEI 8.213/1991 C/C ART. 219 DA LEI 8.112/1990 E DOS ARTS. 108, III, 109 E 110, §§ 1º E 2º, ALÍNEA “B”, DA LEI 6.880/1980 – ALEGADA INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM RAZÃO DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – JULGADO RESCINDENDO QUE NÃO APRECIA DITA QUESTÃO – ALEGAÇÃO QUE PODERIA TER SIDO SUSCITADA DURANTE O TRÂMITE DO PROCESSO ORIGINÁRIO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 474 DO CPC – USO DA AÇÃO DESCONSTITUTIVA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. A violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, na forma do art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Deste modo a verificação da violação a dispositivo literal de lei requer exame minucioso do julgador, a fim de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante, conferindo-lhe o acórdão rescindendo interpretação teratológica e em sentido diametralmente oposto ao conteúdo da norma, sendo vedado, para tanto, qualquer tipo de inovação argumentativa deixada de ser feita in oportune tempore, pois essa não se cuida de via recursal com prazo de dois anos.

(...)

4. Ação rescisória julgada improcedente, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC. (STJ, AR 4.591/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 14/11/2017) (g.n.)

Ainda que assim não fosse, é certo que o simples fato de a Portaria que instaurou o processo administrativo disciplinar em que se apurou os atos apenados pelo autor não invalida por si só todo o transcurso processual, na medida em que nenhum prejuízo de defesa é alegado.

Ao contrário, após a apresentação do relatório pela comissão processante (f. 1066-1125, o Secretário de Estado de Segurança acolheu o relatório e o parecer do Corregedor-Geral de Polícia (f. 1130), sugerindo a pena de demissão, tanto por isso o feito foi encaminhado para o Governador e, assim, a pena aplicada (f. 1132).

Ora, não se revela crível que o próprio Secretário Estadual não soubesse quem seria o Corregedor-Geral ou, pior, o Governador de Estado incumbido de nomeá-lo.

Prevalece de qualquer forma o entendimento assente na Corte Superior de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA – AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – COMISSÃO DISCIPLINAR AD HOC – ANULAÇÃO PARCIAL – PROVA – RATIFICAÇÃO – COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS – INSTRUÇÃO – REABERTURA – PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – VIOLAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – PRAXE ADMINISTRATIVA – VERIFICAÇÃO – DILAÇÃO PROBATÓRIA – NECESSIDADE – INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL ELEITA – SEGURANÇA DENEGADA.

1. Cumprindo acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do RMS 32.199/DF, prossegue-se no julgamento da presente impetração para definir se viola o princípio do juiz natural a anulação parcial de processo administrativo disciplinar, anteriormente conduzido por comissão ad hoc, com reabertura da fase de instrução, levada a efeito por comissão permanente de disciplina, que ratificou as provas produzidas pela comissão processante anterior.

2. *Vício de competência que admite, em regra, convalidação pela autoridade competente e que não acarretou, na espécie, lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros (art. 55 da Lei nº 9.784/99).*

3. *Observância do princípio do aproveitamento dos atos processuais que também tem assento tanto na seara do direito processual civil quanto no processual penal, ao se permitir a utilização dos atos instrutórios produzidos, ainda que realizados por autoridade absolutamente incompetente, bem como dos decisórios não relacionados diretamente ao mérito do processo, mediante ratificação pela autoridade competente. Precedentes.*

4. *Demais disso, foi realizado novo termo de indiciamento, com notificação dos impetrantes acerca da reabertura da instrução probatória, oportunidade em que puderam apresentar eventual questionamento que porventura tivessem sobre o material probatório anteriormente produzido, podendo, se assim entendessem conveniente, ter requerido a sua reprodução, inclusive no que se refere às diligências indeferidas pela antiga comissão.*

5. *Não viola o princípio da impessoalidade despacho do Corregedor-Geral de Polícia Federal que discordou do relatório final elaborado pela primeira comissão disciplinar, diante da constatação motivada de que a instrução probatória realizada se mostrou insatisfatória na elucidação dos graves fatos apurados, determinando, ato contínuo, a realização de novas diligências instrutórias por nova comissão processante designada.*

6. *Ademais, as alegações de perseguição para fins de aplicação de penalidade disciplinar e de que as condutas do primeiro impetrante estariam de acordo com a praxe administrativa de dispensa de licitação, demandariam dilação probatória, expediente incompatível com a via mandamental eleita. Precedentes.*

7. *Segurança denegada.* (STJ, MS 14.181/DF, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 25/05/2016, DJe 31/05/2016) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – AUDITOR TÉCNICO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – PROCESSO DISCIPLINAR – PENA DE DEMISSÃO APLICADA POR AUTORIDADE COMPETENTE – PREVALÊNCIA EM FACE DE SANÇÃO MAIS BRANDA IMPOSTA POR AUTORIDADE INCOMPETENTE E DE MENOR ESTATURA HIERÁRQUICA – EXEGESE DA LEI ESTADUAL Nº 4.483/2001.

1. *A tramitação equivocada do processo administrativo impugnado possibilitou que, sem qualquer necessidade legal, o Governador DO Estado de Sergipe, após decidir pela demissão do servidor, encaminhasse o caso para indevida apreciação do Conselho de Correição Fazendária (CONCORF), cuja instância recursal administrativa, embora hierarquicamente inferior, acabou deliberando pela aplicação de sanção mais branda ao impetrante (suspensão), determinando, porém, a devolução do caso ao Governador que, de forma coerente e exaustivamente fundamentada, tornou a aplicar a pena de demissão ao impetrante, dando, com isso, correta aplicação ao art. 8º, § 1º, inc. V, letra 'c', da Lei Estadual nº 4.483/2001, com redação dada pela Lei nº 5.888/2006.*

2. *A aplicação de penalidade disciplinar por autoridade incompetente não macula a validade da sanção depois imposta ao servidor pela autoridade verdadeiramente competente.*

3. *Agravo regimental provido para manter íntegro o acórdão que denegou a segurança.* (STJ, AgRg no RMS 41.397/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 24/09/2015) (g.n.)

Do documento novo

Quanto ao fundamento elencado no inciso VII do artigo 485, ou seja, com espeque em aventado documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável tem-se que esse documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz

de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão¹.

Busca-se uma decisão mais justa. De qualquer modo, a hipótese é de sentença incorreta quanto ao julgamento ali veiculado. Há uma incompatibilidade entre tal juízo e aspectos da realidade retratados no documento novo. Sob essa perspectiva, enquadra-se normalmente na noção de sentença injusta².

O documento novo apto a aparelhar a ação rescisória, fundada no artigo 485, VII, do Código de Processo Civil de 1973, deve ser preexistente ao julgado rescindendo, cuja existência era ignorada pelo autor ou do qual não pôde fazer uso *opportuno tempore*, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento jurisdicional favorável.

A propósito, a orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – OMISSÃO INEXISTENTE – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM AMPARADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS DOS AUTOS.

ENUNCIADO 7 DO STJ I. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal a quo decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia submetida à sua apreciação.

2. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram.

Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 1.486.330/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 24/2/2015; AgRg no AREsp 694.344/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/6/2015; EDcl no AgRg nos EAREsp 436.467/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 27/5/2015.

3. O entendimento adotado está de acordo com o do STJ, para quem “o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional” (AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/14).

4. Inviável a rescisão por erro de fato se o alegado fato foi objeto de pronunciamento judicial (AgInt no AREsp 349945/RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino Terceira Turma, DJe 22/11/2016).

5. Impossível o reexame dos fatos e das provas dos autos ante o óbice do Enunciado 7 do STJ. Nesse sentido: “o recurso especial não é sede própria para rever questão referente à existência de erro de fato capaz de ensejar a ação rescisória na hipótese em que seja necessário reexaminar fatos e provas. Aplicação da Súmula nº 7/STJ” (AgRg no REsp 1.519.770/BA, Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 8/4/2016).

6. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1662983/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017) (g.n.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – SUPOSTA EXISTÊNCIA DE

¹ NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade *in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 11. ed. 2010, Editora Revista dos Tribunais, p. 817.

² TALIMINI, Eduardo *in* Coisa julgada e sua revisão – coisa julgada e constituição, o regime infraconstitucional da coisa julgada, a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada e as sentenças inexistentes, 2005, Editora Revista dos Tribunais, p. 190.

CONEXÃO E DE OFENSA À COISA JULGADA – SÚMULA 7/STJ – AÇÃO RESCISÓRIA – ART. 485, VII, DO CPC – DOCUMENTO NOVO – INEXISTÊNCIA.

1. O Tribunal de origem, com base em ampla cognição fático-probatória, afastou expressamente a ocorrência da coisa julgada em razão da ausência de identidade entre a ação ordinária de cobrança, objeto da rescisória em questão, e o mandado de segurança indicado como paradigma. Rever tal conclusão demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. **O documento novo que enseja a propositura de ação rescisória, nos termos do art. 485, inc. IX, do Código de Processo Civil, é aquele já existente à época do julgado rescindendo e ignorado pela parte interessada ou de impossível obtenção quando da prolação da decisão rescindenda.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 754.108/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 30/04/2013) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO RESCISÓRIA – ART. 485, INCISOS V E VII, DO CPC – TABELA DE PROCEDIMENTOS DO SUS – REEMBOLSO – PLANO REAL – FATOR DE CONVERSÃO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF – DOCUMENTO NOVO – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO – NÃO CARACTERIZADA.

1. A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo.

2. A pretensão dos autores de rediscutir matéria preclusa, mediante a revisão da decisão trânsita, sob o argumento de que o acórdão rescindendo, violou disposições literais de lei, é transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais.

3. É cediço na Corte que “para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com prazo de interposição de dois anos” (REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004).

4. Ademais, a teor da Súmula nº 343/STF, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

5. **O documento novo apto a aparelhar a ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do CPC, deve ser preexistente ao julgado rescindendo, cuja existência era ignorada pelo autor ou do qual não pôde fazer uso oportune tempore, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento jurisdicional favorável. Precedentes do STJ:** REsp 906.740/MT, 1ª Turma, DJ de 11.10.2007; AR 3.444/PB, 3ª Seção, DJ de 27.08.2007 e AR 2.481/PR, 1ª Seção, DJ 06.08.2007.

6. A hipótese sub examine não revela ofensa ao art. 485, VII, do CPC, por isso que, consoante assentado pelo Tribunal a quo: “com relação à alegação de que a Portaria nº 1323/99 deveria ser reconhecida como documento novo, também não merece prosperar. A ação originária foi proposta em 2001, dois anos após a publicação da referida Portaria. Dessa forma, a União Federal poderia ter arguido este documento em sua contestação, ou, ainda, na apelação, o que não o fez. Ademais, não é admissível considerar um texto legal, devidamente publicado no Diário Oficial da União, como documento novo (...)” (f. 227 verso)

7. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 983.372/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 26/05/2010) (g.n.)

Feito esse destaque, infere-se que as declarações acostadas às f. 92-93, 94-95 e 99-100 são todas posteriores ao acórdão rescindendo, datado de 02.06.2008, enquanto as aventadas declaração foram formalizadas em setembro e novembro de 2015, ou seja, não são preexistentes.

Em relação aquele de f. 97-98 efetivamente anterior, visto que firmado em 06.01.2006 pelo então preso Sebastião Fay Moraes não se revela suficiente para afastar a imputação da pena aplicada em sede administrativa, visto que a decisão esteve calcada em diversos outros depoimentos testemunhais amplamente consignados no relatório do processo administrativo disciplinar de f. 1066-1125.

Além disso, é certo que referida declaração foi expressamente carreada na inicial da ação anulatória (f. 317), pretendendo, o autor, em verdade, reapreciação da prova.

Ora, a ação rescisória não se presta para a correção de injustiça da sentença nem para reexame de prova. É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses taxativamente enumeradas na lei.

Corroborando o raciocínio sopesado acima:

AÇÃO RESCISÓRIA – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – DEMISSÃO – INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO APTO A EMBASAR A AÇÃO – NULIDADE PARCIAL DO PAD – VÍCIOS SANÁVEIS – REABERTURA DA INSTRUÇÃO – POSSIBILIDADE – USO DE PROVA EMPRESTADA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEGALIDADE – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

I - Trata-se de ação rescisória objetivando a desconstituição de acórdão da Terceira Seção do STJ, proferido no julgamento do recurso especial interposto nos autos do Mandado de Segurança nº 10.128/DF, impetrado pelo autor contra ato do Ministro de Estado da Justiça que o demitira do cargo de Delegado da Polícia Federal em decorrência da prática de transgressão disciplinar tipificada no artigo 43, LII, da Lei nº 4.878/1965, “indicar ou insinuar nome de advogado para assistir pessoa que se encontre respondendo a processo ou inquérito policial”.

II - O principal fundamento da ação rescisória é a existência de documento novo, surgido após a prolação do acórdão rescindendo, qual seja, acórdão do TRF da 4ª Região, que confirmou a sua absolvição na esfera criminal da imputação da prática de crimes que motivaram o entendimento do acórdão rescindendo pela proporcionalidade da penalidade aplicada na esfera administrativa.

III - De acordo com a jurisprudência do STJ, todavia, “o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional”, (AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/14). Ainda nesse sentido: REsp 1662983/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 16/06/2017; REsp 1645864/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 20/4/2017; e AgRg no AREsp 414.975/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 24/2/2017.

IV - A ação rescisória não se presta a operar como sucedâneo recursal a ensejar dilação probatória referente a questão já antes vedada em de mandado de segurança, a se perquirir quanto à proporcionalidade da pena aplicada que, da mesma forma, não implica em violação à literal disposição de lei.

(...)

VII - A violação de literal disposição de lei autorizativa ao ajuizamento da ação rescisória somente ocorre em face de ofensa flagrante ao direito, haja vista não ser sucedâneo recursal para se discutir a injustiça da decisão em abertura de nova via recursal, ao reexame de matéria fático-probatória ou, menos ainda, de matéria em harmonia com a jurisprudência pacífica no Tribunal.

VIII - Agravo interno improvido. (STJ, AgInt na AR 4.959/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, DJe 20/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI NÃO CONFIGURADA – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO – LEI MUNICIPAL – EMENDA ESTADUAL QUE RETIROU O BENEFÍCIO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL ESTADUAL – SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. A jurisprudência do STJ é de que a ação rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a ofensa à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade. 3. In casu, a análise da pretensão recursal, no sentido de verificar a ocorrência de violação de lei a fim de determinar a procedência do pedido deduzido na Ação Rescisória, modificando o entendimento exposto pelo Tribunal a quo, exige revisão de matéria fático-probatória, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Ademais, a recorrente deixou de indicar, de forma inequívoca, os incisos do artigo 485 do CPC de 1973 supostamente violados pelo v. acórdão impugnado, o que caracteriza deficiência na fundamentação recursal, conforme a Súmula 284 do STF, in verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

5. Agravo Interno não provido. (STJ, AgInt no REsp 1681176/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 23/11/2018) (g.n.)

Como se vê, a clara redação do dispositivo adotado cumulada com a interpretação conferida pela Corte Superior de Justiça, é de fácil inteligência, não havendo margem de ampliação para a utilização da presente ação desconstitutiva da coisa julgada como mero sucedâneo recursal ou para reapreciar as provas constantes nos autos.

Ante o exposto, acompanho o eminente relator para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (11º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade rejeitaram a preliminar arguida e, no mérito, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800371-73.2018.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE DE FILHO EM LOCAL PÚBLICO – CULPA *IN VIGILANDO* DOS APELADOS CONFIGURADA – REFORMA DA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Pelo que se vislumbra do conjunto probatório dos autos, o fator determinante para a ocorrência do sinistro, que resultou no falecimento do menor, foi efetivamente a desatenção dos pais. Com efeito, apesar de estarem no local com as crianças, permitiram que elas brincassem com as traves móveis de gol, apesar de terem conhecimento do perigo (ou pelo menos deveriam ter) que aquele objeto (traves) poderia trazer às crianças.

É inconteste que a situação trágica pela qual passaram os autores lhes causam dor e causará até o fim de suas vidas. Contudo, tal circunstância não ilide o fato de que a causa preponderante do evento foi a culpa *in vigilando* consistente na desatenção dos pais para com seus filhos menores que estão sob seu poder e em sua companhia. É a falha no dever de vigília.

Daí que a reforma da sentença de parcial procedência é medida que se impõe, para o fim de afastar qualquer responsabilização e/ou condenação do município apelante.

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, prover ambos os recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Município de Figueirão-MS interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de parcial procedência proferida nos autos da ação de indenização promovida por Francisco Barbosa e Maria Abadia Justina de Oliveira. Alega culpa exclusiva da vítima, cumulada com a culpa *in vigilando* dos apelados, o que exclui o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do apelante e o dano causado; que como a trave que lesionou a vítima não faz parte da obra pública, há que ser excluída a responsabilidade por fato de terceiro; que o dano ocorrido – morte da vítima, tratava-se de resultado imprevisível pela Administração Pública. No mais, pleiteia a redução dos danos morais fixados em R\$ 100.000,00, e que em relação aos danos materiais, a pensão deve ter início a partir de quando a vítima completasse 14 anos de idade. Prequestionou a matéria. Pugnou pelo provimento do recurso.

O Juízo de Direito da 1ª Vara de Camapuã-MS submeteu a sentença à remessa necessária.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Município de Figueirão-MS, objetivando a reforma da sentença procedência proferida nos autos da ação de indenização promovida por Francisco Barbosa e Maria Abadia Justina de Oliveira, a qual condenou o apelante à indenização de R\$ 100.000,00 a título de danos morais, bem como impôs-lhe o pagamento de pensão no valor de 2/3 do salário mínimo, incidindo correção monetária desde o efetivo prejuízo e juros moratórios desde o evento danoso morte de filho menor (12/08/2017), sendo que tal valor deverá ser pago aos autores até a data em que a vítima completaria 25 anos, quando então será percebido na fração de 1/3 até a data em que o menor viesse a completar 65 anos.

Passo a análise em conjunto de ambos os recursos.

Inicialmente, defende o apelante a culpa exclusiva da vítima, bem como a culpa *in vigilando* dos apelados, o que excluiria o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do recorrente e o dano causado. Ressalta que a vítima tinha 08 (oito) anos, sendo imprescindível o acompanhamento e cuidado dos genitores ou de responsável a eles equiparados, em todas as atividades a serem exercidas pela criança; que a partir do momento em que os genitores visualizassem o mau uso das instalações da praça pela vítima, como por exemplo, o “filho pendurar-se nas traves do gol”, a atitude imediata seria corrigir a criança, a fim de cessar o mau uso e não causar qualquer dano; que essa conduta não foi tomada pelos genitores; que ao descuidarem-se do dever de cuidado e proteção, permitiram a conduta de mau uso das aparelhagens pelo menor, ato que ocasionou o tombamento da trave sobre a vítima.

Pois bem, da detida análise de todo o caderno processual, em especial atenção ao depoimento das testemunhas, já que o fato em si não se trata de matéria exclusivamente de direito, entendo que é o caso de dar provimento ao apelo do município. Explico.

Se extrai dos autos que existia um espaço público destinado ao lazer da comunidade, mais especificamente para a prática de jogos de futebol. Muito embora o atual Prefeito tenha afirmado em seu depoimento que não teria construído o espaço, é fato que tinha conhecimento da existência do local.

Outro fato incontroverso era a existência de duas traves fixas, bem como duas traves (menores) móveis, geralmente utilizadas em quadras de futebol de salão, entretanto não restou comprovado quem teria levado tais traves para aquele campo. Também é notório que a prefeitura realizava a limpeza do local, pois, conforme o depoimento do Prefeito, era comum a comunidade jogar lixo no espaço, e também roçava o mato, no intuito de manter a higiene e segurança do espaço.

Feitas essas colocações, entendo não ser possível imputar à prefeitura a culpa pelo acidente que vitimou o filho dos autores.

É que, conforme se verifica da petição inicial, os pais/autores afirmaram que:

“(...) naquela tarde sentaram-se à beira do campinho de futebol e os filhos foram brincar de bola, salientando-se que só as 02(duas) crianças brincavam naquela oportunidade.”

Mais adiante aduziram que:

“(...) a Municipalidade responsável pela construção, manutenção e conservação do local poderia facilmente ter evitado o problema, primeiro, porque dias atrás, pelo que se ficou sabendo após a morte do menor Francisco, a trave já havia caído na cabeça de uma outra criança, no caso, filho do Secretário de Obras do Município (Denivan Barbosa), segundo, porque o sinistro era previsível, de modo que os gols (traves) não eram fixados no chão, e poderiam cair a qualquer momento, seja, porque uma criança poderia empurrá-los sobre outra, ou seja, porque alguém poderia simplesmente trombar nos gols, e estes virem a cair sobre alguém.” destaquei.

Como visto, os pais do menor falecido tinham conhecimento do risco de seus filhos brincarem no local, mas ainda assim o permitiram. Pior, como eles mesmos disseram, só tinha os dois filhos brincando no momento do acidente e eles estavam por perto. É certo que as traves são pesadas e não caem sozinhas, portanto é de se prever que as crianças estavam arrastando ou, ainda, subindo nas traves, sem que seus pais nada fizessem para impedir, negligenciando sua responsabilidade de vigilância.

Para Sérgio Cavalieri Filho:

“(...) essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 239) destaquei.

Assim, ao verem seus filhos brincando no local, provavelmente mexendo nas traves, já que essas ficam imóveis e não caem sem uma ação externa, assumiram o risco de ocorrer um acidente (o que infelizmente ocorreu).

O fato da prefeitura realizar a limpeza do local não a torna responsável pelo acidente, já que é sua obrigação manter espaços públicos limpos para a comunidade. Também seria impossível exigir que a municipalidade, ainda mais por se tratar de município pequeno, mantivesse seguranças ou guardas a disposição 24h para cuidar das crianças que brincassem no local.

Os autores afirmam que em determinado momento o gol simplesmente tombou sobre a cabeça de seu filho, porém não dizem como e porque esta trave teria caído sobre a criança. Como já dito, é fato que esta não cai sem uma força externa que a mova. Por isso a negligência dos pais.

É inconteste que a situação trágica pela qual passaram os autores lhes causam dor e causará até o fim de suas vidas. Contudo, tal circunstância não ilide o fato de que a causa preponderante do evento foi a culpa *in vigilando* consistente na desatenção dos pais para com seus filhos menores que estão sob seu poder e em sua companhia. É a falha no dever de vigília.

Os genitores, portanto, são responsáveis pelo cuidado, para que as crianças não entrem em situação de risco, já que estas não possuem ainda o discernimento necessário para prever o perigo e os danos que suas ações possam causar.

Carlos Roberto Gonçalves diz que:

*“(...) os filhos, para os pais, são fonte de alegrias e esperanças e são, também, fonte de preocupações. Quem se dispõe a ter filhos não pode ignorar os encargos de tal resolução. Assim, pois, em troca da razoável esperança de alegrias e amparo futuro, é normal contra o risco de frustrações, desenganos, decepções e desilusões. **Portanto, menos que ao dever de vigilância, impossível de ser observado durante as 24 horas de cada dia, estão os pais jungidos ao risco do que pode acontecer aos filhos pequenos, ao risco daquilo que estes, na sua inocência ou inconsciência, possam praticar em prejuízo alheio. A realidade indica que é muito mais racional e menos complicado entender que a responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores se funda no risco.**”* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 133-134) destaquei.

Portanto, o fator determinante para a ocorrência do sinistro, que resultou no falecimento do menor, foi efetivamente a desatenção dos pais com as crianças quando estavam brincando no local, pois tinham conhecimento do risco que aquele objeto (traves) trazia as crianças, ainda assim assumiram o risco de deixá-las manusear o objeto.

Dito isso, conheço do reexame necessário e da apelação cível interposta pelo Município de Figueirão e dou-lhes provimento para afastar a responsabilidade do ente municipal em relação ao acidente ocorrido com o filho dos autores e, conseqüentemente, afastar a condenação imposta. Com a alteração da sentença, condeno os

autores ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), mantendo, entretanto, suspensa sua execução tendo em vista os autores serem beneficiários da gratuidade judicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram ambos os recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1414594-97.2018.8.12.0000 - Bataguassu

Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE – REJEITADA - LIMINAR DE IMISSÃO NA POSSE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – VALOR VENAL DO IMÓVEL NÃO CORRIGIDO – FRANCA DESPROPORCIONALIDADE ENTRE O VALOR OFERECIDO/DEPOSITADO E O VALOR DA MERCADO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIMINAR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O prazo recursal não foi deflagrado na data em que realizado o ato de citação e intimação dos agravantes, mas tão somente quando da juntada do correspondente mandado aos autos, a teor do que dispõe o art. 231, II, do NCPC, daí a tempestividade do recurso interposto no prazo de 15 dias úteis contados dessa data.

A liminar de imissão de posse em desapropriação depende da verificação dos requisitos exigidos pelo art. 15, do Decreto-lei nº 3.365/41, que exige, além da declaração de urgência, o depósito “do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;” (§ 1º, “c”). O requisito não é atendido se não houve a específica atualização do valor do imóvel a ser desapropriado. A inobservância dessas regras e a franca desproporcionalidade entre o valor ofertado/depositado e o valor de avaliação informado pelos agravantes implica em violação direta ao direito de propriedade, constitucionalmente garantido (art. 5º, inciso XXII), bem assim a garantia de que a desapropriação somente se dará mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, CF). Ausentes os requisitos, deve ser indeferido o pedido de tutela de liminar. 3. 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 unanimidade, afastar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que negava provimento.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Aparecida Kubik Taveira Mano, Vinicius Gomes Taveira Mano em face da decisão proferida às f. 43/47 dos Autos nº 0801952-63.2018.8.12.0026, da Ação de Desapropriação que lhe move o Município de Bataguassu, a qual concedeu liminar de imissão na posse das áreas em testilha.

Insurgem-se contra a decisão porquanto afirmam que o importe de R\$ 26.543,60 (vinte e seis mil quinhentos e quarenta e três reais) depositado a título de indenização não corresponde ao real valor do imóvel, estando muito aquém da quantia que se estima em R\$ 231.719,47 (duzentos e trinte e um mil setecentos

e dezenove reais) para a área em questão. Desta forma, pugnam pela revogação da liminar concedida, até o depósito da corresponde indenização no montante real, ou pela suspensão da decisão, a fim de que seja realizada avaliação prévia da área a ser desapropriada.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo (f. 138-141).

Contra-minuta às f. 146-164 pelo não conhecimento do recurso, diante da sua intempestividade, ou pelo não provimento, restabelecendo-se a decisão anteriormente exarada.

Às f. 175-179 manifestou-se a parte agravante demonstrando a tempestividade do recurso e reiterando o pedido de provimento. Juntada às f. 228-231 cópia de decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão que recebeu o recurso em seu efeito suspensivo, até ulterior decisão.

VOTO (EM 09/04/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Aparecida Kubik Taveira Mano, Vinicius Gomes Taveira Mano em face da decisão proferida às f. 43/47 dos Autos nº 0801952-63.2018.8.12.0026, da ação de desapropriação que lhe move o Município de Bataguassu, a qual concedeu liminar de imissão na posse das áreas em testilha.

Preliminar – intempestividade

Sustenta o agravado, em contra-minuta, a intempestividade do recurso, uma vez que alega ter findado o prazo para interposição do agravo na data de 17/12/2018, sendo que fora protocolado em 18/12/2018, sendo portanto intempestivo.

A preliminar deve ser afastada.

Isto porque verifica-se que o mandado de citação/intimação fora juntado aos autos na data de 27/11/2018 (f. 75-77). Assim, considerando o feriado na data de 11/12/2018, o prazo de 15 dias finda-se em 19/12/2018. Por conseguinte, protocolado o recurso na data de 18/12/2018, verifica-se que dentro do prazo para interposição.

Com isso, o recurso encontra-se tempestivo.

Logo, rejeito a preliminar de intempestividade arguida.

Mérito

Insurgem-se os agravantes contra a decisão que concedeu a liminar de imissão na posse, porquanto afirmam que o importe de R\$ 26.543,60 (vinte e seis mil quinhentos e quarenta e três reais) depositado pelo município não corresponde ao real valor do imóvel, estando muito aquém da quantia que se estima em R\$ 231.719,47 (duzentos e trinta e um mil setecentos e dezenove reais) para a área em questão.

Desta forma, pugnam pela revogação da liminar concedida, até o depósito da corresponde indenização no montante real, ou pela suspensão da decisão, a fim de que seja realizada avaliação prévia da área a ser desapropriada.

Ainda que inicialmente tenha sido concedido efeito suspensivo a decisão agravada, no mérito do recurso, ao analisar detidamente os documentos, conclui-se que não assiste razão ao pleito dos recorrentes.

Em relação à desapropriação, determina a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXIV, que:

“(…)

Art. 5º - (…)

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Nesse contexto, Hely Lopes Meirelles¹ anota que “a desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos”.

Neste caso, o Município agravado propôs ação de desapropriação com pedido de imissão liminar na posse, considerando a utilidade pública do local, ante a necessidade de instalar um sistema de captação e escoamento de águas pluviais.

Portanto, cabe no presente momento apenas analisar os requisitos necessários previstos na legislação específica.

Insta trazer à baila o que dispõe o artigo 15 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, o qual autoriza a imissão provisória do expropriante na posse do bem desde que observados os requisitos estabelecidos:

“Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens;

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito:

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.

§ 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias.

§ 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória”.

Veja-se que o município apresentou nos autos principais todos os documentos e informações, comprovando a necessidade e urgência da imissão na posse, ou seja, que é necessária a instalação de um sistema de captação e escoamento de águas pluviais, diante dos problemas enfrentados pelo município com as águas das chuvas, já dispondo de recursos financeiros reservados para este fim.

Além da comprovada necessidade da desapropriação para obra pública, o agravado também fez o depósito exigido pela norma, no valor de R\$ 26.543,60, observando que tal valor corresponde a 9,2377ha, avaliado conforme Comunicado VTN (valor da terra nua) publicado em agosto de 2017, considerando o valor de cada hectare de R\$ 2.873,40, portanto nos termos do art. 15, § 1º, c do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Destaca-se inclusive que este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de repetitivos, de que o depósito para imissão liminar na posse não pode ser feito com base em avaliação unilateral do expropriante, mas com base em valores atualizados do cadastro do imóvel, requisito este apresentado pelo agravado em f. 29 dos autos principais.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 38 ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 664.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL – REPETITIVO – ART. 543-C DO CPC – DESAPROPRIAÇÃO – IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE – DEPÓSITO JUDICIAL – VALOR FIXADO PELO MUNICÍPIO OU VALOR CADASTRAL DO IMÓVEL (IMPOSTO TERRITORIAL URBANO OU RURAL) OU VALOR FIXADO EM PERÍCIA JUDICIAL.

- Diante do que dispõe o art. 15, § 1º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, o depósito judicial do valor simplesmente apurado pelo corpo técnico do ente público, sendo inferior ao valor arbitrado por perito judicial e ao valor cadastral do imóvel, não viabiliza a imissão provisória na posse.

- O valor cadastral do imóvel, vinculado ao imposto territorial rural ou urbano, somente pode ser adotado para satisfazer o requisito do depósito judicial se tiver “sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior” (art. 15, § 1º, alínea “c”, do Decreto-Lei nº 3.365/1941).

- Ausente a efetiva atualização ou a demonstração de que o valor cadastral do imóvel foi atualizado no ano fiscal imediatamente anterior à imissão provisória na posse, “o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel” (art. 15, § 1º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 3.365/1941).

- Revela-se necessário, no caso em debate, para efeito de viabilizar a imissão provisória na posse, que a municipalidade deposite o valor já obtido na perícia judicial provisória, na qual se buscou alcançar o valor mais atual do imóvel objeto da apropriação. Recurso especial improvido. (REsp 1185583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 27/06/2012, DJe 23/08/2012)

Assim, correta a decisão de primeiro grau, considerando que foram observadas as disposições legais para a concessão da liminar de imissão provisória na posse do bem pelo município, bem ainda demonstrada a sua necessidade, eis que a obra a ser realizada é de utilidade pública, sendo que o seu retardamento poderá ensejar em grave lesão à ordem pública.

No que tange à discussão acerca da expressiva diferença dos valores, consigna-se que o valor depositado pelo município, de R\$ 26.543,60 (vinte e seis mil quinhentos e quarenta e três reais) está, inicialmente de acordo com valores da terra da região, e poderá inclusive ser reconhecido insuficiente no decorrer do feito, após realização de avaliação do bem, e devidamente complementado em favor dos agravantes, o que não impede, por hora, a imissão na posse do bem, devendo prevalecer o interesse público.

A jurisprudência caminha no mesmo sentido, vejamos:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA – IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE – URGÊNCIA – AVALIAÇÃO PROVISÓRIA – DESNECESSIDADE – ART. 15, § 1º, DO DECRETO-LEI 3.365/1941 – RECURSO NÃO PROVIDO. A imissão provisória na posse do imóvel objeto de desapropriação, caracterizada pela urgência, prescinde de avaliação prévia ou de pagamento integral. (Agravo Regimental nº 1406360-34.2015.8.12.0000/50000 - Rio Brillhante - Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran - 1ª Câmara Cível - 6 de outubro de 2015 – TJMS)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO [...] AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE QUANTIA DEPOSITADA EM CONFORMIDADE COM VALOR VENAL DO BEM ART. 15 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41 RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] O STF tem se posicionado no sentido de entender que o depósito prévio não importa pagamento definitivo e justo (ao qual se refere o art. 5º, XXIV, da CF). Nesse ínterim, a Corte Suprema afastou a exigência do pagamento prévio e integral da indenização para se deferir a imissão provisória

na posse, a qual pressupõe a urgência do ato administrativo” (TJ/MS. Agravo Regimental em Agravo nº 2009.012231-0/0001-00. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento 22.6.2009)

Dessarte, observado o depósito judicial, com base em valor atualizado do bem, nos termos determinados pelo Decreto e pela jurisprudência do Tribunal Superior, e, ainda demonstrada a urgente necessidade de imissão na posse do bem pelo município, conclui-se que houve preenchimento dos requisitos inerentes a tal medida provisória, ressaltando que o real valor a ser pago a título de indenização aos agravantes será apurando no deslinde da demanda.

Dispositivo

Isto posto e demais que consta dos autos, conheço do agravo de instrumento interposto por Maria Aparecida Kubik Taveira Mano e Vinicius Gomes Taveira Mano, porém nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 23/04/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO(23/04/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal).

Pedi vistas para melhor analisar a matéria debatida nos autos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Aparecida Kubik Taveira Mano e Vinicius Gomes Taveira Mano em face da decisão interlocutória de f. 43-47, proferida nos autos da Ação de Desapropriação por utilidade pública de nº 0801952-63.2018.8.12.0026, por meio da qual foi concedida liminar de imissão na posse em favor do Município de Bataguassu na área a ser expropriada, correspondente a 7,33 ha da Fazenda Santa Maria, matriculada sob o nº 7.182, no CRI de Bataguassu.

Os recorrentes insurgem-se face ao *quantum* depositado pelo agravado, de R\$ 26.543,60, afirmando não corresponder ao real valor do imóvel, o qual estimam em R\$ 231.719,47, do que se evidenciaria que o montante ofertado não satisfaz o requisito da justa indenização previa e em dinheiro, devida em contrapartida ao pleito expropriatório. Para tanto, trouxeram aos autos laudo técnico de corretor de imóveis, cuja avaliação realizada adotou como um dos parâmetros o valor da compra e venda do Sítio Veterinário, propriedade confrontante à área a ser desapropriada, em cuja negociação realizada em 28.09.2016, com o preço do hectare equivalente a R\$ 29.384,75.

O eminente relator negou provimento ao recurso.

Pois bem. Não tenho dúvidas em acompanhar Sua Excelência no ponto em que rejeitou a preliminar de intempestividade arguida nas contrarrazões, porquanto o prazo recursal não foi deflagrado na data em que realizado o ato de citação e intimação dos agravantes, mas tão somente quando da juntada do correspondente mandado aos autos, a teor do que dispõe o art. 231, II, do NCPC.

Contudo, *data venia*, não partilho do entendimento sufragado pelo ilustre relator quanto ao mérito, pois a pretensão recursal deve ser acolhida. Isto porque a liminar de imissão de posse em questão foi concedida com espeque na disposição legal contida no artigo 15, § 1º, “c”, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que assim dispõe:

“(…) Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens;

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito:

[...] c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;”

Do exposto infere-se que a lei estabeleceu dois pressupostos que permitem ao expropriante a imissão provisória na posse, quais sejam, a urgência e o depósito do valor determinado na lei. No que se refere ao requisito da urgência, basta que o Poder Público a tenha declarado e tenha respeitado o prazo de 120 dias a partir da alegação, nos termos do disposto no art. 15, § 2º c/c § 3º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, o que efetivamente ocorreu.

Outrossim, no que se refere ao depósito prévio, entendo que o critério fixado pela lei não restou implementado. Com efeito, nos termos da decisão vergastada, acolheu-se a alegação de que o depósito judicial do valor apurado pela municipalidade, alcançado mediante atualização do valor da terra nua (VTN) em agosto de 2017, atenderia ao requisito da atualização do valor cadastral do imóvel no ano fiscal imediatamente anterior ao do pleito expropriatório.

Todavia, melhor analisando os autos verifiquei que, como afirmado pelo próprio agravado em sua petição inicial, não houve a específica atualização do valor do imóvel a ser desapropriado, veja:

*“O Município de Bataguassu, atendendo ao disposto na Instrução Normativa nº 1.640 de 11 de maio de 2016, regula a lei acima, firmou com a Receita Federal do Brasil (RFB) convênio que lhe permite ficar com 100% (cem por cento) do produto da arrecadação do ITR, desde que, dentre outros, se comprometa a estabelecer, de acordo com os critérios e prazo fixados pela RFB, os valores de terra nua por hectare em seu território. (convênio em anexo). Portanto, **no ano de 2017, em cumprimento ao estabelecido anteriormente, o Município de Bataguassu, por intermédio da Secretaria Municipal de Fazenda, comunicou ao Fisco Federal e tornou público por meio de publicação no Diário Oficial do Município (doc. anexo), as informações referentes ao VTN, isto é, ao Valor da Terra Nua das propriedades rurais existentes em seu território. [...] No documento publicado pelo município sobre a informação à Receita Federal torna público que o valor do hectare de terras rurais no ano de 2017 com características de silvicultura ou pastagem natural é de R\$ 2.873,40 (dois mil oitocentos e setenta e três reais e quarenta centavos).**” f. 04 e 05 dos autos de origem. destaquei*

É possível concluir, assim, que não houve a atualização do valor cadastral do imóvel a ser expropriado, tanto que o VTN (valor da terra nua) divulgado não leva em conta nenhuma particularidade das propriedades existentes no município, mas tão somente trata de questões genéricas. Assim, tendo em mente que o valor cadastral do imóvel não foi atualizado à luz das particularidades da propriedade a ser expropriada, notadamente a localização da área (junto à MS-395, o rio Pardo e à ZPE - Zona de Processamento de Exportação - f. 82 dos autos de origem), de modo que entendo que não há como persistir o entendimento sufragado.

Mais ainda, ao se ter em vista a franca desproporcionalidade entre o valor ofertado/depositado e o valor de avaliação informado pelos agravantes e *“a despeito de a imissão na posse não representar ainda a transferência de domínio do bem sujeito à desapropriação, é inegável que, mesmo sendo provisória, seus efeitos são severos para com o proprietário. Na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir a propriedade, ou seja, sob a visão de ordem prática, o que há realmente é a perda da propriedade”*, entendo que a manutenção da decisão agravada implicaria em violação direta ao direito de propriedade, constitucionalmente garantido (art. 5º, inciso XXII), bem assim a garantia de que a desapropriação somente se dará mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, CF).

Ora, por mais que de um lado esteja o interesse público, representado pelo ente expropriante, nada justifica que, a título de beneficiar a coletividade, seja impelido expressivo e notório prejuízo ao indivíduo que é proprietário de imóvel a ser desapropriado, na medida em que não há substrato jurídico apto a embasar a assunção, ainda que temporária, destes prejuízos, como, aliás, colhe-se do mais abalizado entendimento doutrinário a este respeito:

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 899.

“(…) Em razão da contumaz inadimplência de alguns entes públicos, que deixaram de pagar os créditos inscritos em precatórios decorrentes de ações de desapropriação, foi avolumando-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que seria necessária, para se deferir a imissão provisória, uma avaliação prévia, em que se deveria estabelecer qual seria o valor do bem. Houve, por assim dizer, uma reação do Judiciário à iterativa inadimplência de créditos decorrentes de desapropriações em imóveis urbanos.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 740).

À luz destas considerações, entendo que a imissão provisória na posse depende do depósito prévio do valor fixado em avaliação prévia e provisória, ao se ter em vista que a liminar de imissão de posse possui natureza antecipatória satisfativa. Em outras palavras, apesar de não se tratar de transferência definitiva da posse, seus efeitos são antecipados, perdendo o expropriado, desde então, o exercício de quaisquer dos direitos inerentes à propriedade imobiliária.

Por derradeiro, chama a atenção o documento de f. 181 (certidão negativa de débitos imobiliário rural) informando que o valor venal do imóvel onde inseria a área objeto de expropriação é de R\$ 1.938.172,00. Considerando que referido imóvel tem área total de 129,21148ha, chegaríamos ao valor aproximado de R\$ 15.000,00 o hectare, muito superior ao valor adotado pelo Juízo da causa (R\$ 3.621,22 o hectare).

Posto isso, *data venia* àqueles que pensam de modo diverso, conheço e dou provimento ao presente recurso para o fim de anular a decisão e determinar ao Juízo a realização de avaliação provisória do imóvel antes de examinar os requisitos necessários à concessão da medida liminar de imissão na posse do imóvel objeto de expropriação, com complementação do depósito necessário, se for o caso.

É como voto

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal).

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que negava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0817394-23.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROFISSIONAL LIBERAL DENTISTA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR – HONORÁRIOS PERICIAIS DEVIDOS PELO ESTADO EM DECORRÊNCIA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA DA PARTE LITIGANTE – *QUANTUM* MANTIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E – EXPEDIÇÃO DE RPV AO FINAL DA DEMANDA.

Nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, aquele que por omissão ou ação voluntária, ainda que exclusivamente de ordem moral, cometer ato ilícito que cause dano a outrem, deve repará-lo. Conforme o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Não há nos autos provas incontestáveis de que a fratura do dente de número 15, quase um ano após o fim do tratamento dentário, decorreu de falha na prestação do serviço por parte da ré. Portanto, inexistente dever de indenizar.

Não há razão para reduzir os honorários quando há equivalência entre a quantia fixada e os trabalhos realizados, notadamente quando o perito cumpre sua função com zelo e elabora laudo de forma minuciosa.

Conforme a decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário Repetitivo 870.947/SE, deve ser aplicado o IPCA-E à correção monetária, uma vez que este é o que melhor reflete a inflação acumulada no período.

O Estado deverá custear a perícia ao final da demanda, mediante expedição de requisição de pequeno valor, nos termos do art. 100, § 3º, da Constituição Federal.

Recurso interposto por Ozanis Maidana da Silva não provido.

Recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul 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 do Estado de Mato Grosso do Sul e negar provimento ao apelo de Ozanis Maidana da Silva, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recursos de apelação (f. 271-279 e 283-288) contra sentença de improcedência do pedido (f. 261-265), proferida nos autos de processo de demanda de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Ozanis Maidana da Silva em desfavor de Luciane Massaroto Gonçalves. Por se tratar de réu beneficiário da justiça gratuita, o Estado de Mato Grosso do Sul foi condenado ao pagamento dos honorários periciais, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Ozanis Maidana da Silva requer a reforma da sentença para que seja reconhecida a falha de serviço dentário realizado pela parte ré, com a consequente condenação em danos morais e materiais.

O Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento no artigo 95, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil e Resolução nº 232 do Conselho Nacional de Justiça, diz que os valores dos honorários periciais devem variar entre R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais) e R\$ 1.850,00 (um mil, oitocentos e cinquenta reais). Afirma inexistir complexidade na perícia realizada, motivo pelo qual não concorda com os honorários fixados. Requer a aplicação do índice de correção monetária pelo IPCA-E, por se tratar de condenação judicial imposta à Fazenda Pública. Por fim, alega a necessidade de propositura de demanda de execução ou cumprimento de sentença pelo perito para o recebimento dos honorários.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recursos de apelação (f. 271-279 e 283-288) contra sentença de improcedência do pedido (f. 261-265), proferida nos autos de processo de demanda de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Ozanis Maidana da Silva em desfavor de Luciane Massaroto Gonçalves. Por se tratar de réu beneficiário da justiça gratuita, o Estado de Mato Grosso do Sul foi condenado ao pagamento dos honorários periciais, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Fundamentação

Do recurso de apelação interposto por Ozanis Maidana da Silva

Conforme fatos narrados na petição inicial, a autora/apelante realizou tratamento odontológico com a ré, objetivando a colocação de prótese dentária entre outros serviços. Por considerar que houve falha na prestação do serviço, pretende receber compensação pelos danos morais e materiais que alega ter experimentado.

Nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, aquele que por omissão ou ação voluntária, ainda que exclusivamente de ordem moral, cometer ato ilícito que cause dano a outrem, deve repará-lo. Neste sentido, ao tratar da apuração da responsabilidade civil dos profissionais liberais. O art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor é claro ao dispor:

(...) Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

In casu, é fato incontroverso que a autora contratou a ré para a realização de serviço de implante dentário (f. 16-17) com a assinatura de contrato e efetiva execução do serviço, contudo, não há nos autos provas incontestáveis de que a fratura do dente de número 15, quase um ano após o fim do tratamento dentário, decorreu de falha na prestação do serviço por parte da ré.

Cuida-se de ônus probatório da autora/apelante, por se tratar de fato constitutivo do seu direito provar a existência do dano e do nexo de causalidade com o acidente, motivo pelo qual o pedido foi acertadamente julgado improcedente.

O laudo pericial de f. 230-237, realizado por perito dotado de conhecimento técnico especializado, constatou a existência de prótese removível, a qual não estava colada a outro dente na época da perícia. Apontou, ainda, que eventual existência de prótese possui o condão de interferir de forma negativa nos dentes vizinhos, mas que no momento do exame não se podia afirmar que a fratura e outros danos haviam decorrido da prótese, uma vez que poderiam ser causados igualmente por fatores intrínsecos como força de mordida, presença de hábitos parafuncionais, dieta, higiene e saúde bucal.

O laudo pericial atestou que não constam nos autos relatos de problemas com o tratamento odontológico realizado previamente pela ré, também, não pode afirmar que houve má prestação do serviço ou manutenção inadequada do tratamento realizado, em razão do grande lapso temporal entre os eventos relatados e a perícia, bem como, especialmente, pela sobreposição de outros tratamentos na região objeto da demanda. Assim, não é possível avaliar se o acidente ocorreu por falha no tratamento protético ou por fragilidade intrínseca do remanescente dental.

Por não ter a autora se desincumbido do ônus probatório, mantenho a sentença de improcedência do pedido.

Do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

O Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento no artigo 95, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil e Resolução nº 232 do Conselho Nacional de Justiça, diz que o valor dos honorários periciais deve variar entre R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais) e R\$ 1.850,00 (um mil, oitocentos e cinquenta reais). Afirma inexistir complexidade na perícia realizada, motivo pelo qual não concorda com os honorários fixados.

A perícia teve por objeto constatar se houve ou não falha na prestação de serviço odontológico realizado pela ré, consistente em colocação de implantes dentários e, em caso positivo, estabelecer a extensão dos danos, fato que exige experiência e conhecimento técnico aprofundado do perito, além de zelo e apresentação do laudo dos danos de forma minuciosa, razão pela qual deve ser remunerado de forma digna e compatível com seu trabalho.

Frisa-se que a referência usada pelo Estado de Mato Grosso do Sul para reduzir o valor dos honorários é um parâmetro de fixação, porém, o magistrado não se vincula obrigatoriamente a seus valores. Assim, por se tratar de perícia complexa, bem como por inexistir elemento concreto apto a demonstrar a abusividade do valor cobrado, é de rigor manter os honorários periciais arbitrados em primeiro grau.

Quanto ao índice de correção monetária aplicado à condenação judicial imposta à fazenda pública, razão assiste ao apelante, pois conforme a decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário Repetitivo 870.947/SE, deve ser aplicado o IPCA-E à correção monetária, uma vez que este é o que melhor reflete a inflação acumulada no período.

Por fim, quanto ao procedimento adequado para que o perito receba os honorários que lhe são devidos, o art. 95 traz as seguintes disposições:

“(...) Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. (...) § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça. § 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a

execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º. (...)”

Ainda, conforme determina o artigo 100, § 3º, da Constituição Federal:

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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. (...) § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

Desta forma, o Estado deverá efetuar depósito antecipado dos valores periciais e, caso vencida a parte beneficiária da justiça gratuita ao final da demanda, será expedida a respectiva requisição de pequeno valor. Nestes termos é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – AFASTADA – ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELO ESTADO – PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – IMPOSSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO – REGRA CONSTITUCIONAL EXPEDIÇÃO DE RPV AO FINAL DA DEMANDA – ORDEM CONCEDIDA. 1. A via constitucional exige prova pré-constituída, não autorizando dilação probatória. Ausente provas de que o impetrante tenha concordado com os termos do ato judicial atacado, possui ele interesse processual na impetração do mandamus. 2. Se a parte litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita, está isenta dos honorários do expert, incumbindo ao Estado a responsabilidade pelo pagamento das despesas com perícia, caso vencido na demanda. No entanto, o Estado deverá custear a perícia apenas ao final da demanda, mediante expedição de requisição de pequeno valor; nos termos do art. 100, § 3º, da Constituição Federal. (TJMS. Mandado de Segurança nº 1410336-44.2018.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 25/02/2019, p: 27/02/2019)

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento apenas para alterar o índice de correção monetária a ser aplicado para o pagamento dos honorários periciais para o IPCA-E. Quanto ao recurso interposto por Ozanis Maidana da Silva, conheço-o, porém nego-lhe provimento. Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários para 15% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, conforme art. 98, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e negaram provimento ao apelo de Ozanis Maidana da Silva, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

3ª Seção Cível

**Mandado de Segurança Cível nº 1402433-21.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Vilson Bertelli**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – VEDAÇÃO DA ENTRADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM EVENTOS DE NATUREZA *OPEN BAR* MESMO QUE ACOMPANHADOS DOS PAIS OU RESPONSÁVEL – EXCESSO DO ATO IMPUGNADO – ARTIGO 149, I, “B” E “C”, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

A proibição da entrada de crianças e adolescentes em eventos de natureza “*open bar*”, mesmo que acompanhados dos pais ou responsável, excede a regra prevista no artigo 149, I, “b” e “c” do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de junho de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

AG Produções e Eventos Ltda. ME impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Corumbá/MS. A autoridade coatora vedou, por meio do artigo 5º da Portaria nº 001/2019 (Portaria de Carnaval), “*o ingresso de crianças e adolescentes em eventos de natureza ‘open bar’, bem como a comercialização a estes de abadás ou qualquer tipo de ingresso que confira acesso a bebidas alcoólicas/entorpecentes*”.

A impetrante alega ser proprietária e responsável pela realização dos blocos carnavalescos “Afoga o Ganso” e “Biriguis” na cidade de Corumbá/MS. Frisa que o magistrado extrapolou os limites previstos no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destaca a observância das regras previstas no ECA, sobretudo a obrigação de não fornecer bebidas alcoólicas a menores, os quais serão identificados no evento. Destaca o cumprimento dos demais artigos da referida portaria. Sublinha a adoção das cautelas legais para a realização do evento.

Concessão da liminar às f. 98-101.

Informações prestadas pela autoridade coatora às f. 106-108 e parecer da representante da Procuradoria-Geral de Justiça, pela concessão da segurança, às f. 117-124.

VOTO

O Sr. Des. Wilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de mandado de segurança impetrado por AG Produções e Eventos Ltda. ME contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Corumbá/MS. A autoridade coatora vedou, por meio do artigo 5º da Portaria nº 001/2019 (Portaria de Carnaval), “o ingresso de crianças e adolescentes em eventos de natureza ‘open bar’, bem como a comercialização a estes de abadás ou qualquer tipo de ingresso que confira acesso a bebidas alcoólicas/entorpecentes”.

Fundamentação

A impetrante alega ser proprietária e responsável pela realização dos blocos carnavalescos “Afoga o Ganso” e “Biriguis”, na cidade de Corumbá/MS. Frisa que o magistrado extrapolou os limites previstos no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destaca a observância das regras previstas no ECA, sobretudo a obrigação de não fornecer bebidas alcoólicas a menores, os quais, ressalta, foram identificados no evento. Destaca o cumprimento dos demais artigos da referida portaria. Sublinha a adoção das cautelas legais para a realização do evento.

Da leitura da Portaria nº 001/2019, expedida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Corumbá/MS, observa-se a proibição de forma genérica da entrada de menores de 18 anos em eventos de natureza *open bar*:

“(...) Art. 5º É vedado o ingresso de crianças e adolescentes em eventos de natureza open bar; bem como a comercialização a estes de abadás ou qualquer tipo de ingresso que confira acesso a bebidas alcoólicas/entorpecentes.”

Conforme regra prevista no artigo 149, I, b e c, do ECA, compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: bailes ou promoções dançantes; boate ou congêneres.

Ou seja, atribui-se à autoridade judiciária a competência para disciplinar, mediante edição de portaria, a entrada e permanência de crianças ou adolescentes, apenas quando estiverem desacompanhados de seus pais ou responsáveis. Logo, o art. 5º da Portaria 001/2019 (Portaria de Carnaval) excedeu o limite legal ao vedar a entrada e permanência de menores em eventos *open bar*, acompanhados dos pais ou responsáveis. Em caso semelhante:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO LIMINAR – PARTICIPAÇÃO DE MENOR EM SHOW – PORTARIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE QUE PROÍBE PARTICIPAÇÃO – MENOR ACOMPANHADA PELOS PAIS – PODER FAMILIAR – LIMINAR DEFERIDA – SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJMS. Mandado de Segurança n. 1404739-94.2018.8.12.0000, Foro Unificado, 2ª Seção Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 13/08/2018, p: 15/08/2018)

Desse modo, ante a violação a direito líquido e certo da impetrante, concedo a segurança e torno definitiva a liminar.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança e torno definitiva a liminar que determinou a suspensão parcial dos efeitos do disposto no artigo 5º da Portaria nº 001/2019 (Portaria de Carnaval), para autorizar a entrada de adolescentes nos eventos carnavalescos, desde que acompanhados dos pais ou responsáveis ou mediante autorização destes, bem como permitir a comercialização dos ingressos respectivos, conforme parecer ministerial.

Sem honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 17 de junho de 2019.

2ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 0800835-95.2017.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – EXTINÇÃO DO PROCESSO ANTE A REMESSA ÀS VIAS ORDINÁRIAS DA DISCUSSÃO SOBRE BENS E UNIÃO ESTÁVEL – POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO – SENTENÇA ANULADA – SUSPENSÃO DO PROCESSO DEPENDERÁ DE ULTERIOR DELIBERAÇÃO.

É possível a continuidade do inventário, a despeito da existência de remessa da discussão sobre os bens e união estável para via ordinária, quando existentes outros herdeiros aptos à inventariança, bem como a informação de débitos do falecido com a Fazenda Pública, além da possibilidade de haver inventário negativo. Sentença anulada.

A suspensão do processo dependerá de ulterior deliberação, quando evidenciada a presença da hipótese disposta no art. 313, V, do Código de Processo Civil.

Recurso provido em parte.

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, 18 de junho de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

R. A. dos S. interpõe recurso de apelação às f. 169-177, contra sentença de extinção do processo sem resolver o mérito, com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Sustenta a existência de bens a inventariar (demonstrada pelo contrato de locação firmado em nome do falecido), bem como da legitimidade da apelante para ajuizar o inventário, porque seria companheira do falecido (conforme consta no atestado de óbito e na previdência social). Pretende a nulidade da sentença para que seja determinada a suspensão nos termos do art. 313, V, do CPC, até deslinde dos conflitos sobre os bens a serem inventariados, bem como a intimação para colação dos bens em nome do herdeiro E., sob pena de sonegação e o reconhecimento de que o contrato de locação é documento hábil para comprovar a existência de bens para ingresso com o inventário.

Contrarrazões às f. 184-188.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

R. A. dos S. interpõe recurso de apelação às f. 169-177, contra sentença de extinção do processo sem resolver o mérito, com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Sustenta a existência de bens a inventariar (demonstrada pelo contrato de locação firmado em nome do falecido), bem como da legitimidade da apelante para ajuizar o inventário, porque seria companheira do falecido (conforme consta no atestado de óbito e na previdência social). Pretende a nulidade da sentença para que seja determinada a suspensão nos termos do art. 313, V, do CPC, até deslinde dos conflitos sobre os bens a serem inventariados, bem como a intimação para colação dos bens em nome do herdeiro E., sob pena de sonegação e o reconhecimento de que o contrato de locação é documento hábil para comprovar a existência de bens para ingresso com o inventário.

Fundamentação

Trata-se de inventário dos bens do falecido S. de P. apresentado por R. A. dos S. Apontou a necessidade de colação dos bens que teriam sido doados ao um dos filhos do falecido (E.), para impedir a sonegação dos bens a serem partilhados.

Os filhos do falecido apresentaram contestação às f. 76-79, insurgindo-se contra a legitimidade de R., porque inexistiria comprovação da união estável com o falecido, bem como afirmando a inexistência de bens a serem inventariados.

Em impugnação à contestação, f. 84-98, R. alegou a demonstração da união estável, pois declarada como companheira no registro de óbito, INSS e acompanhante do falecido no tratamento médico dele. Reafirmou a aquisição de bens pelo falecido em nome do filho E., cuja origem seria proveniente dos direitos hereditários recebidos pelo *de cuius* do falecimento de seu pai em 2009.

Intimados para se manifestarem sobre os documentos juntados por R., os filhos reiteraram a ausência de bens do falecido e salientaram que as aquisições em nome de E. ocorreram em período anterior ao apontado por ela como inicial à união estável, com anuência do irmão H. (f. 138-143).

R. se manifestou às f. 148-154, requerendo o reconhecimento de simulação dos negócios jurídicos realizados em nome do filho E.

Então, sobreveio a sentença de extinção do processo com fundamento no art. 485, VI, do CPC, ante a inadequação da via eleita para apuração de bens do falecido, notadamente pela necessidade de dilação probatória, f. 161-165.

Sustenta a existência de bens a inventariar (demonstrada pelo contrato de locação firmado em nome do falecido), bem como da legitimidade da apelante para ajuizar o inventário, porque seria companheira do falecido (conforme consta no atestado de óbito e na previdência social). Pretende a nulidade da sentença para que seja determinada a suspensão nos termos do art. 313, V, do CPC, até deslinde dos conflitos sobre os bens a serem inventariados, bem como a intimação para colação dos bens em nome do herdeiro E., sob pena de sonegação e o reconhecimento de que o contrato de locação é documento hábil para comprovar a existência de bens para ingresso com o inventário.

Embora inicialmente tenha apresentado pedido para colação dos bens do herdeiro E., a situação se revelou mais profunda do que a mera colação em inventário, tanto que a própria recorrente em sua manifestação de f. 148-154, requereu o reconhecimento de simulação dos negócios jurídicos realizados em nome do filho E.

Nesse contexto, a hipótese dos autos de processo se amolda ao disposto no art. 612 do Código de Processo Civil, sendo cabível a remessa da discussão sobre os bens para via ordinária, em demanda própria, ante a inviabilidade desta no inventário.

Semelhantemente, a discussão sobre a existência ou não de união estável diante das divergências entre R. e os filhos do falecido, também deve ser discutida em demanda própria.

De outro lado, não se revela adequada a extinção do inventário. Ainda que haja dúvidas sobre a condição de companheira de R., os filhos do falecido foram citados (podendo eventualmente assumir a inventariança), constam informações de dívidas do falecido com a Fazenda Pública e, ainda que ao final se conclua pela inexistência de bens do falecido, é possível a declaração de inventário negativo.

Assim, é cabível a anulação da sentença, para continuidade do inventário, a despeito da existência de remessa da discussão sobre os bens e união estável para via ordinária. A determinação de suspensão, por sua vez, dependerá da demonstração da existência do outro processo, decisão ulterior a ser proferida em conformidade com o inciso V do art. 313 do CPC.

Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para anular a sentença e determinar o prosseguimento do inventário, até ulterior deliberação do juízo sobre a incidência ou não da hipótese de suspensão do processo.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 18 de junho de 2019.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800880-98.2018.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CHEQUES SUSTADOS – SÚMULA Nº 531 DO STJ – ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO – EXCEÇÕES PESSOAIS PODEM SER OPOSTAS – CREDOR ORIGINÁRIO – DESDE QUE COMPROVADA A MÁ-FÉ DA FACTORING – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Estabelece o Enunciado nº 531 da Súmula de Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça: “*Em ação monitoria fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.*”

Sendo o portador do cheque empresa de *factoring*, em havendo cessão de crédito, as exceções pessoais ao credor originário podem ser opostas ao faturizador, se comprovada a sua má-fé.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2019

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelação cível interposta por Samuel Silva Moraes em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia, que julgou:

“(...) procedente o pedido inicial formulado, de modo que o título que acompanha a inicial destes autos fica constituído, de pleno direito, em título executivo judicial, com a obrigação da parte demandada de pagar a quantia de R\$ 4.533,12 (quatro mil, quinhentos e trinta e três reais e doze centavos), acrescida de correção monetária pelo IGPM-FGV, a partir do vencimento do título e juros de mora de 1% ao mês, na forma simples, a partir da citação.

Face à sucumbência, a parte demandada deverá arcar com as custas, despesas processuais e com os honorários advocatícios que, com fundamento no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, à vista da pouca complexidade da causa, do julgamento antecipado e do respeitoso trabalho desenvolvido pelo(a) causídico(a), fixo em 10% do valor da condenação, verba esta que mantenho suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil, pois defiro ao requerido os benefícios da Justiça gratuita.”

Alega que, de acordo com o processo nº 1018891-46.2018.8.26.0576, o recorrente ajuizou uma ação em face de Thiago Bento de Oliveira demonstrando que realizou uma contratação de serviços para regularizar o câmbio de seu caminhão, cujo pagamento fora realizado através dos cheques, objeto da lide, e pelo fato do descumprimento dos serviços contratados, os cheques foram sustados.

Requer seja dado provimento ao recurso, “ *julgando improcedente a demanda, haja vista que todas as provas encontram-se estampadas aos autos.*”

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Samuel Silva Moraes em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia, que julgou:

“(...) procedente o pedido inicial formulado, de modo que o título que acompanha a inicial destes autos fica constituído, de pleno direito, em título executivo judicial, com a obrigação da parte demandada de pagar a quantia de R\$ 4.533,12 (quatro mil, quinhentos e trinta e três reais e doze centavos), acrescida de correção monetária pelo IGPM-FGV, a partir do vencimento do título e juros de mora de 1% ao mês, na forma simples, a partir da citação.

Face à sucumbência, a parte demandada deverá arcar com as custas, despesas processuais e com os honorários advocatícios que, com fundamento no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, à vista da pouca complexidade da causa, do julgamento antecipado e do respeitoso trabalho desenvolvido pelo(a) causídico(a), fixo em 10% do valor da condenação, verba esta que mantenho suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil, pois defiro ao requerido os benefícios da Justiça gratuita.”

Requer seja dado provimento ao recurso, “ *julgando improcedente a demanda, haja vista que todas as provas encontram-se estampadas aos autos.*”

JB Factoring e Fomento Comercial Ltda ingressou com a ação monitória em face de Samuel Silva Moraes, a fim de que:

“(...) seja determinada a expedição dos mandados de citação e pagamento em desfavor de Samuel Silva Moraes, brasileiro, portador da Carteira de Identidade DI-SSP/MS nº 1468802, CPF 021.950.321-46, residente e domiciliado na Rua José Cristiano Sobrinho, 750, Centro, Cassilândia/MS, CEP 79.540-000, para efetuar o pagamento da dívida no prazo legal, no montante de R\$ 4.759,78 (quatro mil, setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos), sendo-lhe facultada a apresentação de defesa no mesmo prazo em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa;

2. Caso citado e não efetuar o pagamento, nem apresentar embargos, independentemente de qualquer formalidade, eu seja constituído de pleno direito o título executivo judicial;

3. Que o requerido seja condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência.”

A presente ação monitória foi embasada nos seguintes cheques:

“1. Cheque nº 000116, emitido em 11/09/2017, do Banco Bradesco, agência nº 1506, da cidade de Cassilândia/MS, no valor de R\$ 2.250,00 (dois mil, duzentos e cinquenta reais); e

2. Cheque nº 000117, emitido em 11/09/2017, do Banco Bradesco, agência 1506, da cidade de Cassilândia/MS, no valor de R\$ 2.250,00 (dois mil, duzentos e cinquenta reais).

As cártulas foram devolvidas por motivo 21 (cheque sustado ou revogado), conforme constata-se no verso das cártulas (doc. 04).”

Estabelece o Enunciado nº 531 da Súmula de Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça:

“Em ação monitoria fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.”

Portanto, desnecessária a demonstração pelo autor da *causa debendi*, incumbindo ao réu comprovar os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão inicial, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC/2015.

A magistrada singular assim decidiu a questão:

“(…).

No caso dos autos, não se alega a prática de ato ilícito, mas tão somente, de que houve um desacerto comercial com a pessoa para quem entregou o cheque, que sequer é parte nesta relação jurídica entre emitente e tomador.

Ora, o embargante/requerido sequer apresenta provas que indiquem esta relação com terceiro, e, além disso, entregou o cheque para desconto ao portador, já que sequer identificou em favor de quem estava efetuando a ordem de pagamento.

Os fatos trazidos pelo embargante/requerido, sobre o não cumprimento da avença, deve ser discutido em autos próprios, de nulidade do negócio jurídico e ressarcimento, já que nestes autos não é possível se aprofundar na origem do débito, mesmo porque, o requerido não apresentou provas suficientes do que alega, destacando que, o simples canhoto do cheque, que é de preenchimento unilateral seu, não pode servir de prova idônea para afastar sua obrigação perante quem apresentou o cheque para pagamento, já que, como dito, o entregou para pagamento ao portador.

Ainda, sendo o requerido o emitente do título, não há como se sustentar sua tese de ilegitimidade passiva, pois o emitente é o responsável pelo pagamento do cheque que emitiu perante quem o apresentou.”

Verifica-se que a doutrina adota o entendimento de que:

“(…) Na operação de factoring o endosso não é cambial, mas caracteriza cessão de crédito, assumindo o faturizador o risco sobre o recebimento. Não havendo transferência cambiária, inaplicáveis os princípios da autonomia e abstração, sendo oponíveis as exceções pessoais que caberiam frente ao endossante. Art. 294 do novo Código Civil”. (…) (RT 914/859: TJGO, AP 1445-93.2008.8.09.0051). (in, Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Theotonio Negrão, Ed. Saraiva, 32ª edição, 2013, páginas 162/163).

Ocorre que somente pode ser oposta exceção pessoal contra a empresa de *factoring*, portadora dos cheques sustados, se restar comprovada a sua má-fé.

Contudo, no caso dos autos, o apelante não logrou comprovar da má-fé da empresa de *factoring*, no sentido de que esta tinha ciência de que, supostamente, o credor originário tinha descumprido com a sua obrigação, o que ocasionou a sustação das cártulas.

A propósito, confrimam-se os julgados abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO DE FACTORING – CHEQUES – EXCEÇÕES PESSOAIS – PROVA DA MÁ FÉ.

- O contrato de factoring resume-se na transferência de créditos originados de vendas mercantis e constitui uma verdadeira operação de risco para o faturizador que, ao adquirir os créditos assume também todos os riscos de seu recebimento, limitando-se a responsabilidade do faturizado à legitimidade, legalidade e veracidade do título negociado, ou seja, aos casos em que os títulos negociados detêm vício na origem.

- *As exceções pessoais ao credor originário, eventualmente existentes, podem ser opostas ao faturizador, desde que comprovada a má fé.* (TJMG. Apelação Cível nº 1.0702.13.077283-4/001. Rel. Des. Alexandre Santiago. 11ª Câmara Cível. J: 18/4/2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – EXCEÇÕES PESSOAIS – ART. 294 DO CÓDIGO CIVIL – MÁ-FÉ DO CREDOR – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Quando o portador do cheque é uma empresa de factoring, como no caso dos autos, e, em havendo cessão de crédito, as exceções pessoais ao credor originário, eventualmente existentes, podem ser opostas ao faturizador, conforme preceitua o artigo 294 do Código Civil, desde que comprovada sua má-fé. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.12.048391-2/005. Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos. 12ª Câmara Cível. J: 29/3/2017.)

Assim, vê-se que por qualquer ângulo que se possa analisar a questão, não merece reparos a sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Diante do trabalho do causídico e do desprovimento do recurso, majoro a verba honorária, em conformidade com o art. 85, § 11, do CPC/2015, para 12% sobre o valor da condenação, devendo, contudo, ser observado o disposto no art. 98, § 3º, do mesmo *Códex*, por ser o requerido beneficiário da gratuidade da justiça.

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. 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, 2 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1401951-73.2019.8.12.0000 - Anastácio

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – ISENÇÃO DO ITCMD – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – FATO GERADOR, A DATA DO ÓBITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do art. 123, I, do Código Tributário Estadual, considera-se como ocorrido o fato gerador, nas transmissões *causa mortis*, no último dia posterior ao do óbito.

Não observados os requisitos exigidos pelo art. 126 do Código Tributário Estadual, cuja interpretação é literal (art. 111, do CTN), não é possível a concessão da isenção do ITCMD.

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, 23 de abril de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento, irrisignado com a decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, que, nos Autos de Inventário nº 0801130-30.2017.8.12.0052, isentou os autores do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD).

Alega que não assiste razão ao julgador singular em chamar para si a responsabilidade pela concessão de benefício que decorre de lei, mormente em se tratando de matéria tributária.

Argumenta que o fato gerador do ITCMD não é a abertura do inventário, alvará judicial ou arrolamento dos bens a serem transmitidos aos herdeiros, mas sim o óbito ou doação, ou seja, a partir do óbito de uma pessoa resta caracterizada a ocorrência do fato gerador do imposto de transmissão *causa mortis*, se houver patrimônio transmissível; que o óbito ocorreu em 19.05.2015, assim não afeta o fato gerador, devendo ser aplicada a legislação vigente à época.

Aduz que a isenção de tributos decorre de lei; a administração pública é regida pelo princípio da legalidade não podendo o juiz conceder isenções e imunidades sem a estrita observância do permissivo legal, competência que, nos termos da Constituição Federal cabe aos Estados e ao Distrito Federal.

Requer o provimento do agravo para reformar a decisão “no sentido de restar consignado que o juiz da causa só pode conceder a isenção de ITCMD nos termos previstos da lei, determinando-se o recolhimento do tributo devido em relação ao Fato Gerador”.

A decisão recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo.

O agravado apresentou contraminuta (f. 44-51), pugnando seja negado provimento ao agravo.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, que, nos Autos de Inventário nº 0801130-30.2017.8.12.0052, isentou os autores do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), nos seguintes termos:

“Percebe-se que o inciso III, do art. 126, da Lei Estadual nº 1.810/97 prevê duas hipóteses de isenção do ITCMD, a saber: III - as transmissões causa mortis de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nessa esteira, considerando que o valor do imóvel perfaz o montante de R\$ 33.764,74 (trinta e três mil, setecentos e sessenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), conforme ficha cadastral colacionada à f. 13, constato que fazem jus à isenção.

Por outro lado, sobreleva destacar a alteração legislativa ocorrida no normativo em questão - Lei Estadual 1.810/97, introduzida pela Lei 4.759/2015, veja-se:

“Artigo 126. São isentas do ITCMD: (Art. 126: nova redação dada pela Lei nº 4.759/2015. Efeitos a partir de 15.02.2016 até 31.12.2019.)

I - as doações de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), observado, no caso de doações sucessivas, o disposto nos §§ 1º ao 3º deste artigo;

II - as transmissões causa mortis de bem imóvel:

a) sendo rural, sua área não ultrapasse o módulo da região e seja destinado aos herdeiros;

b) sendo urbano, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros;

III - as transmissões causa mortis de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).” (destaquei)

Não se olvida que, em atenção aos princípios da saisine e anterioridade da lei tributária, a nova hipótese de isenção não se aplicaria ao caso em exame, porém, a par do que está sendo aqui exposto, impende considerar a intenção do legislador.

Portanto, entendo que não se mostra razoável e em consonância com os princípios da economia, celeridade, eficiência e efetividade processual, exigisse o recolhimento do tributo.

No dizer de Kazuo Watanabe, citado por José Roberto dos Santos Bedaque:

“Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado.”

Em suma, com todo respeito aos entendimentos contrários e ao direito da Fazenda Pública, entendo que não se justifica a incidência de tributo por todos os ângulos que se analise a questão.

Assim sendo, pelos fundamentos expostos, isento os autores do imposto pugnado pela Fazenda Pública”.

De acordo com os autos o agravado propôs ação de inventário ante o falecimento de seu pai Saturnino Angerame dos Santos, falecido na data de 19 de maio de 2015, deixando viúva a meeira Ramona Barbosa dos Santos e único herdeiro o inventariante, de um único bem a inventariar, uma casa residencial de alvenaria, de

242,05m², coberta de telhas, construída em terreno medindo 12 x 30m, apresentando valor venal de 33.764,74 (trinta e três mil, setecentos e sessenta e quatro reais, setenta e quatro centavos), conforme Cadastro Geral Imobiliário do Município de Anastácio (f. 13).

Assinado o termo de inventariante, o Estado de Mato Grosso do Sul requereu a intimação do inventariante para que realize o recolhimento do ITCMD sobre o monte partível, juntando aos autos a respectiva Guia de Informação e o DAEMS.

O inventariante requereu a isenção do ITCMD, em observação ao inciso III do artigo 126 da Lei Estadual nº 1.810/1997, considerando que o valor do bem não ultrapassa R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O magistrado proferiu a decisão ora agravada.

Requer o agravante o provimento do agravo para reformar a decisão “*no sentido de restar consignado que o juiz da causa só pode conceder a isenção de ITCMD nos termos previstos da lei, determinando-se o recolhimento do tributo devido em relação ao Fato Gerador*”.

O art. 144 do Código Tributário Nacional estabelece, “*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*”.

Também o art. 123 do Código Tributário Estadual, considera como ocorrido o fato gerador:

“I - nas transmissões causa mortis e na instituição do fideicomisso, no último dia do mês posterior ao do óbito”.

Dessa forma, conclui-se, que não se aplica ao caso o dispositivo em sua nova redação dada pela Lei nº 4.759/2015 quanto à isenção da incidência do imposto, eis que é aplicável a regulamentação vigente ao tempo do fato gerador. As exceções se restringem ao caso de lei meramente interpretativa ou que estabeleçam penalidades mais benéficas ou as excluam (art. 106, CTN), o que não se evidencia na hipótese.

O óbito ocorreu no 19.05.2015, época em que o art. 126 do Código Tributário Estadual previa como requisitos para concessão de isenção no recolhimento do ITCMD em inventário ou arrolamento: único bem imóvel a ser partilhado, construção de padrão popular e utilização do bem para habitação dos herdeiros.

O bem é único, pelo valor venal apresentado (f. 13), em tese, se trata de construção de padrão popular. Entretanto, não resta comprovada a terceira hipótese, a de que o bem seja utilizada para habitação dos herdeiros, uma vez que de acordo com a petição de f. 63/64 dos autos, “*a viúva meeira Ramona Barbosa dos Santos renuncia à sua meação, em benefício do espólio e, em contrapartida, o herdeiro Ariovaldo Barbosa dos Santos, resolve instituir sobre o imóvel descrito no tópico “IV - do bem a inventariar da inicial (f. 2), usufruto vitalício em favor da viúva meeira*”, o que leva a crer que o imóvel não serve de moradia ao herdeiro e sim à viúva.

Dessarte, uma vez não atendidos os requisitos legais, não é possível a concessão da isenção do ITCMD.

Esta Corte já se pronunciou sobre o tema:

“APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCMD – DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO – NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS CONSTANTES NA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 – RECURSO PROVIDO. Se os bens a serem partilhados não atendem aos requisitos de previstos no art. 126 da Lei Estadual nº 1.810/97, não é cabível a declaração de isenção do ITCMD.” (TJMS, Apelação Cível nº 2007.006472-0, rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma Cível, j. 26.11.2009).”

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso para o fim de reformar a decisão agravada e afastar a isenção do ITCMD.

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. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0813592-17.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C DECLARATÓRIA DE CRÉDITO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS – INTERMEDIÇÃO/CAPTAÇÃO DE CLIENTES PARA ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – SIMULAÇÃO RELATIVA OU DISSIMULAÇÃO EVIDENCIADA – NEGÓCIO JURÍDICO CONTRÁRIO À LEI – ART. 34, III E IV, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA – NULIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Na simulação relativa ou dissimulação, em que as partes declaram praticar um negócio jurídico, mas na verdade tinham a intenção de praticar outro, há possibilidade de sua validação, desde que não seja contrário à lei ou prejudique terceiros.

Havendo nítida ofensa da relação jurídica à lei, notadamente ao contido no art. 34, III e IV, do Estatuto da Advocacia, de rigor a manutenção da improcedência dos pedidos de cobrança e declaração de crédito pela prestação de serviços de intermediação/captação de clientes para escritório de advocacia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de maio de 2019

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

José Ivany Ribeiro Durães, não se conformando com a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Residual da Capital nos autos da ação de cobrança c/c declaratória de crédito proposta em desfavor de R. B.L. e outro, interpõe o presente recurso de apelação.

Relata que nenhuma das partes alegou o ato de simulação do negócio jurídico, estando o ponto controvertido da demanda adstrito à prova da existência de contrato oral de intermediação de serviços de advocacia, cuja circunstância restou absolutamente demonstrada.

Sustenta que a intermediação de negócios não é vedada pelo ordenamento civil, pelo contrário, nele é prevista, nos termos em que dispõe o art. 722 e seguintes do Código Civil.

Argumenta que eventual irregularidade se situa no campo da infração ética e deve ser tratada no âmbito da OAB, portanto, tal circunstância não tem o condão de prejudicá-lo, já que procedeu de boa-fé com a intermediação dos negócios.

Preconiza que, indubitavelmente, a norma de regência do caso concreto é o art. 722 e seguintes do Código Civil, haja vista que o art. 34 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil uma norma de classe que prescreve como deve ser a conduta do advogado inscrito em seus quadros, mas não o particular.

Defende que, ainda que se pretenda anular o contrato escrito, subsiste o verbal sobre o qual nenhuma dúvida há quanto ao seu objeto, razão pela qual merece ser reformada a sentença, sobretudo como forma de evitar o enriquecimento sem causa das rés/apeladas.

Argumenta que comprovado está que a real intenção das partes era a intermediação de clientes para as rés, e, por isso, deve lhe ser garantido o que fora contratualmente pactuado.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do presente recurso para, reformando a sentença, declarar o crédito almejado, bem como condenar as rés no pagamento dos valores cobrados na exordial, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Contrarrazões às f. 1051-1057 pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por José Ivany Ribeiro Durães, em face da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Residual da Capital que, nos autos da ação de cobrança c/c declaratória de crédito proposta em desfavor de R.B.L. e outro, julgou improcedentes os pedidos iniciais e reconventionais.

Em síntese, relata o autor que, após a sua saída da empresa Bradesco Vida e Previdência, onde trabalhou como securitário entre os anos de 1999 a 2004, procurou os serviços advocatícios da ré, ora apelada, visando o ajuizamento de uma reclamação trabalhista contra a antiga empregadora, quando, no decorrer da relação, a advogada demandada lhe propôs uma “parceria” na qual a ele caberia angariar potenciais clientes para o escritório, e, ao final, receber um percentual do valor obtido com o resultado da ação judicial, a título de comissão.

Os réus, por conseguinte, defendem que, ao contrário do sustentado pelo autor, a relação jurídica entre as partes, tal como consta dos contratos colacionados ao processo, envolvia única e exclusivamente a realização de cálculos contábeis trabalhistas, sendo fantasiosa a tese de que captava/intermediava clientes para o escritório.

Feitas estas considerações, passo ao exame do apelo, que, a meu sentir, deve ser desprovido.

De fato, conforme restou decidido, a parte autora se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo do seu direito, pois, ao que se colhe do arcabouço probatório constante dos autos, os contratos que dão suporte à demanda em epígrafe, embora tragam como objeto a prestação de serviços profissionais, com a finalidade de realizar cálculos contábeis envolvendo processos judiciais trabalhistas, foram, em verdade, entabulados de forma simulada com o nítido propósito de remunerar o contratado pela captação/intermediação de clientes para o escritório demandado.

A simulação traduz-se no deliberado desacordo entre a vontade interna e a exteriorizada, ou seja, é um instituto jurídico caracterizado pela desconformidade entre a declaração de vontade das partes e o verdadeiro resultado que se objetiva com o negócio, cujo art. 167 do Código Civil censura com a sanção da nulidade, dada a sua profunda contrariedade ao interesse público.

Nesse contexto, a doutrina divide a simulação em absoluta e relativa. Na primeira, a própria essência do negócio jurídico é simulada, de modo que deve ser declarado integralmente nulo, com o retorno das partes ao *status quo ante*, ao passo que na segunda, também chamada dissimulação, as partes declaram praticar um negócio jurídico, mas na verdade tinham a intenção de praticar outro, porém, há possibilidade de sua validação, desde que não seja contrário à lei ou prejudique terceiros.

Sobre o tema, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

“Há simulação absoluta quando o negócio é inteiramente simulado, quando as partes, na verdade, não desejam praticar ato algum. Não existe negócio encoberto porque realmente

nada existe. Não existe ato dissimulado. Existe mero simulacro do negócio: colorem habet, substantiam mero nullan – possui cor, mas a substância não existe.

(...)

Na simulação relativa, pelo contrário, as partes pretendem realizar um negócio, mas de forma diferente daquela que se apresenta (colorem habet substantiam vero alteram – possui cor mas a substância é outra). Há divergência, no todo ou em parte, no negócio efetivamente efetuado. Aqui, existe ato ou negócio dissimulado, oculto, que forma um complexo negocial único. Desmascarado o ato simulado pela ação de simulação, aflora e prevalece o ato dissimulado, se não for contrário à lei nem prejudicar terceiros” (VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 3ª ed, Atlas: 2013, p. 259-261).

In casu, a despeito de se estar diante da hipótese de simulação relativa ou dissimulação, cujo negócio pode ser validado, há nítida ofensa da relação jurídica à lei, notadamente o contido no art. 34, III e IV, do Estatuto da Advocacia, os quais vedam e classificam como infração disciplinar valer-se o advogado de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, assim como angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros.

Com efeito, independente de se tratar de violação a dispositivo legal que, a princípio, tem sua aplicação direcionada à advocacia, não pode a parte, conhecedora da simulação firmada desde o início, se beneficiar da própria torpeza, conforme, aliás, bem sopesou o i. magistrado sentenciante:

“(...) em que pese a comprovação das alegações formuladas pelo requerente na exordial, seus pleitos não hão de ser acolhidos, uma vez que em sendo os contratos em que se funda a demanda simulados, reputam-se nulos, nos termos do art. 167 do Código Civil, deles não se extraindo nenhum efeito, razão pela qual não são passíveis de cobrança, nem declaração de existência de crédito.

Para que do negócio dissimulado se extraia qualquer efeito, nos termos do sobredito artigo e dos enunciados 153 e 293 do CJF, é necessário que preencha todos os requisitos substanciais e formais de validade, não ofenda a lei e não prejudique terceiros (...).

É óbvio que o negócio dissimulado ofende a lei, no caso a Lei Federal n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), dispondo e remunerando conduta por ela expressamente vedada, não havendo como prevalecer.

Outrossim, o fato do requerente não exercer advocacia não altera esta conclusão, uma vez que existe um único negócio jurídico firmado entre as partes (contrato), não havendo como cindi-lo, reputando-o válido para o autor e inválido para as rés. Ou ele (negócio) prevalece porque não infringiu a lei, ou não prevalece porque infringiu, esta última hipótese, como visto, ocorrente no caso.

De mais a mais, ainda que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil seja uma legislação de classe, a sua infringência era de plena ciência do requerente, tanto que assinou os contratos que previa a si obrigação diversa da verdadeira, de forma que reputá-los válidos apenas com relação a si seria beneficiá-lo da própria torpeza, o que não deve ser admitido. É pessoa esclarecida, o que se conclui de sua própria qualificação na inicial, tendo plena ciência, ao assinar o instrumento negocial, que os termos não eram os combinados” (f. 1016-107).

Logo, afigura-me irrepreensível a sentença recorrida, que, por consequência, deve ser mantida em todos os seus termos.

Ante o exposto, conheço do presente recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida. Outrossim, com fulcro no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa para 17% 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. 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, 27 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0808369-15.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE FRAÇÃO IDEAL DE BEM IMÓVEL – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA FIRMADO ANTERIORMENTE À EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE REGISTRO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL – SÚMULA Nº 84 DO STJ – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – VALIDADE DA DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RESISTÊNCIA DA PARTE EMBARGADA – RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1452840/SP – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A ausência de registro na matrícula do imóvel não faz com que o Instrumento particular de compromisso de compra e venda, firmado anteriormente ao ajuizamento da execução, seja inoponível a terceiros, posto que serve como prova do negócio jurídico firmado entre as partes, válido a desconstituir a penhora requerida.

Ainda que a embargante/apelante não tenha sido a responsável pela constrição do bem, uma vez que o negócio jurídico entabulado não se encontrava registrado na respectiva matrícula, fato é que, ao tomar ciência do contrato de promessa de compra e venda e da oposição dos presentes embargos apresentou impugnação, insurgindo-se contra o levantamento da penhora, motivo pelo qual deve responder pelo pagamento dos ônus sucumbenciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Bárbara Siqueira Campos Fuchi, inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos dos embargos de terceiro, opostos por Antônio Sérgio Amorim Brochado e outros, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que o genitor da apelante era proprietário da empresa Roberto Fuchi – Firma Individual e ajuizou ação de execução extrajudicial em face de Paulo Dorsa, fundada em notas promissórias emitidas pelo executado e que não foram pagas em seus vencimentos.

Sustenta que em 09 de maio de 2007 foi determinada a penhora de fração ideal do imóvel inscrito na matrícula nº 56.357, do 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande, sendo opostos os presentes embargos pelos recorridos alegando que o bem penhorado havia sido por eles adquirido, conforme contrato particular de compra e venda.

Explica que o disposto no artigo 1245 do Código Civil é límpido no sentido de que a propriedade do imóvel somente se transfere após o registro do título translativo no Registro de Imóveis, o que não ocorreu no caso em tela.

Argumenta que até a determinação do registro da penhora à margem da matrícula não havia nenhum registro de qualquer alienação do bem imóvel, como se verifica da certidão da matrícula juntada ao feito.

Obtempera que o instrumento particular de compra e venda não foi registrado perante o registro imobiliário, não sendo portanto oponível a terceiros, tampouco teve a assinatura das partes contratantes reconhecida por tabelião, não havendo presunção de veracidade no tocante à data em que foi entabulado.

Entende que, conforme Súmula nº 375 do STJ, restou evidenciada a má-fé com que foi realizada a negociação de alienação do bem.

Aduz que é equivocada a condenação da apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, posto que não deu causa à constrição indevida pois, como demonstrado, o registro da alienação foi em data posterior à determinação de penhora do bem imóvel.

Prequestiona a matéria devolvida, especialmente o artigo 1.245 do Código Civil, o artigo 411, inciso I do Código de Processo Civil e as Súmulas nº 303 e 375 do Superior tribunal de Justiça.

Ao final, requer o provimento do recurso, com a reforma da decisão recorrida, determinando o prosseguimento da execução e condenando os apelados ao pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e multa por litigância de má-fé.

Contrarrazões apresentadas as f. 74-77, nas quais os apelados pedem o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Bárbara Siqueira Campos Fuchi inconformada com a sentença de f. 47-50 que julgou procedentes os pedidos formulados nos embargos de terceiro, opostos por Antônio Sérgio Amorim Brochado e outros.

O dispositivo da decisão recorrida restou assim redigido, *in verbis*:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado nestes embargos de terceiro para desconstituir e levantar a penhora determinada por este Juízo sobre o imóvel denominado como Unidade Autônoma nº 62, localizada no 6º andar do Edifício Palácio do Comércio, Bloco do Edifício Mato Grosso, com limites e confrontações constantes da matrícula nº 56.357, da 1ª Circunscrição do Registro de Imóveis de Campo Grande, MS.

Resolvo o feito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC/2015, com resolução do mérito.

Em razão da sucumbência, condeno os embargados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa da execução em apenso, atendido o disposto no art. 85, § 2º, do CPC/2015, tendo em vista a natureza da causa e o trabalho efetivado pelo causídico.

Tanto que transite em julgado, pagas as custas ou inscritas em dívida ativa, se for o caso, arquivem-se com as baixas de estilo.

Traslade-se cópia desta para a execução em apenso.

P.R.I.

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Os apelados ingressaram com os presentes embargos de terceiro, visando a desconstituição da penhora sobre fração ideal de bem imóvel de Matrícula nº 56.357, registrado perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande/MS, apartamento nº 62, 6º andar, situado no Edifício Palácio do Comércio, Bloco Edifício Mato Grosso, uma vez que o bem foi objeto de contrato de compromisso de compra e venda.

Inconformada, a recorrente entende que a penhora foi realizada em data anterior à data do registro de alienação à margem da matrícula, sendo que o contrato sequer possui reconhecimento de firma, não sendo portanto oponível a terceiros.

Em que pesem os argumentos trazidos aos autos pela apelante, entendo que não merece reforma a decisão recorrida.

Os recorrentes demonstraram que firmaram Instrumento particular de compra e venda de imóvel perante os compromitentes-vendedores Paulo Dorsa, Zília Franco Godoy Dorsa, Maurício Dorsa, Eurydice Marvelina Dorsa, Ana Maria Dorsa Vieira Pontes, José do Couto Vieira Pontes, Antônio Dorsa e Arlinda Cantero Dorsa, em 22 de março de 2004, conforme documento juntado às f. 25-26 dos autos.

Desta feita, requerida a penhora, não foi registrada pelo Tabelião, nos seguintes termos (f. 177 da execução nº 0116728-10.2006.8.12.0001 em apenso):

“(...) A vista da ordem contida na Certidão, extraída dos autos de execução de Título Extrajudicial nº 0116728-10.2006.8.12.0001, expedido em 04.09.2014, pela 2ª Vara Cível desta comarca, informamos que a fração ideal do imóvel determinado à penhora, devidamente matriculado sob o nº 56.357, não se encontra mais em nome do executado Paulo Dorsa, tendo sido registrada a transferência em 24.03.2008.

Pelo motivo exposto, este registro deixa, por ora, de proceder ao registro da penhora, ficando no aguardo para novas deliberações por parte do juízo.”

Além disso, a ausência de registro na matrícula do imóvel não faz com que o contrato seja inoponível a terceiros, como requer a apelante, posto que serve como prova do negócio jurídico firmado entre as partes, válido a desconstituir a penhora requerida.

Conforme disposição das Súmula nº 84 do c. STJ:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que desprovido do registro.”

Tampouco restou caracterizada a alegada fraude à execução apontada pela recorrente.

O teor da Súmula nº 375 do STJ prevê que *“o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”*.

No caso em tela, por ocasião em que foi firmado o instrumento particular, não havia anotação à margem da matrícula acerca de constrição do imóvel.

Além disso, não há qualquer prova nos autos que assegure ou evidencie que os apelados agiram de má-fé ao adquirir o bem, sendo ônus que competia à recorrente, sobre o qual não logrou êxito, tendo inclusive dispensado a produção de outras provas e requerido o julgamento antecipado do feito (f. 45-46). Noutro norte, não há nos autos

demonstração no sentido de que a alienação dos imóveis tenha levado o executado à insolvência, ou que possuía conhecimento sobre tal fato, não havendo falar, portanto, em reforma da decisão recorrida.

Nesse sentido é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo colacionados:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – VALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DO BEM IMÓVEL OBJETO DE DISTRATO DE PARCERIA MÚTUA SEM REGISTRO – POSSE DE BOA-FÉ – MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 303 STJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A ausência do registro da propriedade, referente à transmissão do bem imóvel, não configura, por si só, a nulidade do negócio jurídico firmado entre o proprietário registral e o embargante/apelado, mesmo que o pactuado tenha natureza de dação em pagamento. II- O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consagrado da não aplicabilidade do seu enunciado firmado na Súmula 303 em casos em que o exequente/embargado apresenta resistência à pretensão. Ou seja, na hipótese em que, tendo ciência da transmissão do bem, a parte apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro, atrai para si o ônus de arcar com a sucumbência. (TJMS. Apelação nº 0803274-64.2016.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 06/02/2019, p: 07/02/2019)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – PENHORA DE BENS NÃO PERTENCENTES AO EMBARGADO REQUISITOS DO ARTIGO 674 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PREENCHIDOS – AMEAÇA OU CONSTRIÇÃO – POSSE COMPROVADA – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS – ATO DISPENSÁVEL – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 84 DO STJ – DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR MANTIDO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – SUPORTADOS INTEGRALMENTE PELA PARTE REQUERIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não há cerceamento de defesa quando o julgador indefere produção de prova que repute desnecessária, se os demais elementos probatórios carreados aos autos já são suficientes para a resolução da demanda. Mantém-se a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro e determinou a desconstituição do ato de constrição judicial, porquanto restou demonstrado que foi penhorado bem que pertencia ao terceiro embargante. O instrumento particular de compromisso particular de compra e venda afigura-se hábil a comprovar a validade do negócio jurídico firmado anteriormente ao ato construtivo, o que demonstra, de forma suficiente, a condição de legítimo senhor e possuidor do imóvel do promitente comprador/embargante. É desnecessário o registro do instrumento de compra e venda, nos termos preceituados pela Súmula 84, do STJ. (TJMS. Apelação nº 0803131-41.2017.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 29/01/2019, p: 30/01/2019)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA NA MATRÍCULA DO BEM – FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RESISTÊNCIA À PRETENSÃO DO EMBARGANTE – PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO PROVIDO. Se a embargada se opôs à pretensão veiculada nos embargos de terceiro, deve ela arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Nos embargos de terceiro, a embargada, ao opor resistência à desconstituição da penhora, atrai para si a aplicação do princípio da sucumbência, quando vencida na pretensão. (TJMS. Apelação nº 0809373-87.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 07/11/2018, p: 08/11/2018)

Quanto à fixação de honorários advocatícios, confira-se o entendimento firmado pelo c. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Representativo de Controvérsia nº 1452840/SP:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DE TERCEIRO – DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA

– OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA – DISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. *A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.*

2. *“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que desprovido do registro” (Súmula 84/STJ).*

3. *A sucumbência, para fins de arbitramento dos honorários advocatícios, tem por norte a aplicação do princípio da causalidade.*

Nesse sentido, a Súmula 303/STJ dispôs especificamente: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”.

4. *O adquirente do imóvel, ao não providenciar a transcrição do título na repartição competente, expõe o bem à indevida constrição judicial em demandas ajuizadas contra o antigo proprietário. As diligências realizadas pelo oficial de justiça ou pela parte credora, destinadas à localização de bens, no caso específico daqueles sujeitos a registro (imóveis, veículos), são feitas mediante consulta aos Cartórios de Imóveis (Detran, no caso de veículos), razão pela qual a desatualização dos dados cadastrais fatalmente acarretará a efetivação da indevida penhora sobre o bem.*

5. *Nessas condições, não é lícito que a omissão no cumprimento de um dever legal implique, em favor da parte negligente, que esta deve ser considerada vencedora na demanda, para efeito de atribuição dos encargos de sucumbência.*

6. *Conforme expressamente concluiu a Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 490.605/SC: “Não pode ser responsabilizado pelos honorários advocatícios o credor que indica à penhora imóvel transferido a terceiro mediante compromisso de compra e venda não registrado no Cartório de Imóveis. Com a inércia do comprador em proceder ao registro não havia como o exequente tomar conhecimento de uma possível transmissão de domínio”.*

7. *Para os fins do art. 1040 do CPC/2015 (antigo art. 543-C, § 7º, do CPC/1973), consolida-se a seguinte tese: “Nos embargos de terceiro cujo pedido foi acolhido para deconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro”.*

8. *Precedentes: AgRg no REsp 1.282.370/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06/03/2012; EDcl nos EDcl no REsp 375.026/PR, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Regidão), Segunda Turma, DJe 15/04/2008; REsp 724.341/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/11/2007, p. 158; AgRg no REsp 462.647/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 30/08/2004, p. 244.*

9. *Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem concluiu que “a Fazenda Nacional, ao se opor à pretensão do terceiro embargante, mesmo quando cristalinas as provas de sua posse sobre o imóvel constrito, atraiu para si a aplicação do princípio da sucumbência”.*

10. *Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao julgamento no rito do art. 1036 do CPC/2015 (antigo art. 543-C do CPC/1973). (REsp 1452840/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/09/2016, DJe 05/10/2016) (destaquei)*

Ainda que a embargante/apelante não tenha sido a responsável pela constrição do bem, uma vez que o negócio jurídico entabulado não se encontrava registrado na respectiva matrícula, fato é que, ao tomar ciência do contrato de promessa de compra e venda e da oposição dos presentes embargos apresentou impugnação, insurgindo-se contra o levantamento da penhora, motivo pelo qual deve responder pelo pagamento dos ônus sucumbenciais, conforme entendimento acima transcrito.

Por fim, quanto à aplicação de multa por litigância de má-fé, melhor sorte não assiste à recorrente.

Nos termos do artigo 80 do Código de Processo Civil/2015, entende-se por litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão contra texto expresso da lei ou fato incontroverso, que altera a verdade dos fatos e usa do processo para conseguir objetivo ilegal.

Todavia, para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário que a parte litigante proceda de forma maléfica, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária.

O litigante de má-fé é aquele que se utiliza de procedimentos escusos, com o objetivo de vencer a demanda ou prolongar o andamento do processo. No caso em apreço, não há motivos para a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, uma vez que os recorridos apenas utilizou-se de seu direito de ação, não havendo falar na aplicação da multa pretendida pela recorrente.

Ante o exposto, sem mais de longas, conheço do recurso interposto por Bárbara Siqueira Campos Fuchi, negando-lhe provimento para manter incólume a decisão recorrida.

Outrossim, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) sobre o valor da causa da execução em apenso, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. 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, 9 de abril de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1413667-68.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO DE CONTRATO ASSINADO COMO GARANTE SOLIDÁRIO E NÃO AVALISTA – NATUREZA QUE NÃO SE CONFUNDEM E POSSUEM TRATAMENTOS DISTINTOS DA LEI CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DEVEDOR AFASTADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o garante solidário não se confunde com o avalista ou fiador.

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, 7 de maio de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Osmar Castilho, inconformado com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul na Ação de Execução de Título Extrapatrimonial nº 0800551-03.2017.8.12.0046 movida por Banco Bradesco S.A., a qual rejeitou a exceção de pré-executividade oposta, agrava a este Tribunal.

Narra que intentou exceção de pré-executividade arguindo sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, pois, embora contenha sua assinatura no referido contrato, não há qualquer cláusula regulando sua responsabilidade pelos débitos executados. Ainda, conta que arguiu em sua defesa a inexistência de título executivo; a inidoneidade dos documentos juntados pelo Agravado, e, por fim, a capitalização indevida de juros.

Sustenta que, apesar do título executado supostamente conter a assinatura do Agravante, na condição de devedor solidário, alega que no referido instrumento não há qualquer cláusula regulando sua responsabilidade pelos débitos executados.

Frisa que a fiança é contrato por meio do qual uma pessoa garante satisfazer uma obrigação assumida por outra, caso esta não a cumpra. Contudo, alega que a solidariedade da dívida não foi devidamente regulada pelo título executado, não contendo qualquer disposição acerca de seus limites e formas, razão pela qual defende que não há como imputar qualquer dívida ao Agravante.

Argumenta que a referida decisão não respeita ao benefício de ordem estabelecido pelo artigo 827 do CPC, o qual prevê que primeiro sejam executados os bens do devedor principal para, só então, proceder com a busca em face do fiador.

Pede efeito suspensivo e, ao final, pugna pelo provimento do presente recurso, reformando-se, nos pontos devolvidos, a decisão vergastada.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Osmar Castilho, inconformado com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul na Ação de Execução de Título Extrapatrimonial nº 0800551-03.2017.8.12.0046 movida por Banco Bradesco S.A., a qual rejeitou a exceção de pré-executividade oposta.

A meu ver, razão não assiste ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que o título executivo que emparelha a presente Execução nº 0800551-03.2017.8.12.0046, é constituído por uma Cédula de Crédito Bancária, na qual consta a assinatura do agravante como devedor solidário.

Por seu turno, em relação à matéria em exame, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o garante solidário não se confunde com o avalista ou fiador, veja-se:

AÇÃO ANULATÓRIA DE FIANÇA – CONDIÇÃO DE DEVEDOR SOLIDÁRIO AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – DESNECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA – HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ – 2. INVERSÃO DA CONCLUSÃO ALCANÇADA NA ORIGEM – RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE – REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – SÚMULAS 5 E 7/STJ. 3. AGRAVO IMPROVIDO. 1. As instâncias de origem decidiram em conformidade com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, estabelecido no acórdão estadual que o cônjuge da recorrente obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador, torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia. 2. (...)3. Agravo interno improvido”. (AgInt no AREsp 931.556/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – REAVALIAÇÃO – REAVALIAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – SÚMULA Nº 5 E 7, AMBAS DO STJ – DEVEDOR SOLIDÁRIO – OUTORGA UXÓRIA – DESNECESSIDADE – SÚMULA Nº 83 DO STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – NÃO DEMONSTRAÇÃO, NOS MOLDES LEGAIS – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Estabelecido, no acórdão estadual, que o cônjuge da agravante obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador, torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia. 3. A não observância dos requisitos do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 531.573/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015)

Assim, como um todo, não merece qualquer guarida a insurgência do agravante, pois como bem salientou o magistrado a quo:

“(...) Não possui razão nenhuma executado, pois a sua legitimidade é inafastável, eis que firmou a sua obrigação, inclusive de forma solidária em contrato, o qual constitui o objeto da execução, uma cédula de crédito bancária, devidamente perfeita e com base legal. Não se trata, portanto, de contrato de abertura de crédito conforme sustentado, e assim, não há o óbice estabelecido pela Súmula STJ-233.”

Portanto, afastado a alegação de ilegitimidade passiva do agravante para figurar no polo passivo da Execução nº 0800551-03.2017.8.12.0046, mantendo-se inalterada a decisão agravada que rejeitou a exceção de pré-executividade.

Por todo o exposto, conheço e nego provimento ao presente 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. 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, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 07 de maio de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0013269-79.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA, ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE A PEQUENA QUANTIDADE DE COMBUSTÍVEL IMPRÓPRIO COMERCIALIZADO, ILEGITIMIDADE PASSIVA DO POSTO SÃO MARCOS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS DEMAIS APELANTES, LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – REJEITADAS – ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE CULPA DOS COMERCIANTES – AFASTADA – AUSÊNCIA DE PROVA PARA CONDENAÇÃO – AFIRMAÇÃO REJEITADA – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há que se falar em nulidade da sentença por não ter sido o teste laboratorial acompanhado pelos apelantes, quando estes foram devidamente intimados e não compareceram para acompanhar a realização da prova.

O Ministério Público é parte legítima para propor ação para tutelar interesses difusos, bem como tutelar interesses individuais homogêneos, mesmo considerando, os apelantes, pequena a quantidade de combustível comercializada, haja vista que o art. 81 III, do CDC aponta serem estes decorrentes de origem comum que, por sua relevância social, o legislador deu tratamento coletivo.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor, in casu, dos apelantes, sendo, desta forma, solidária, podendo ser ajuizada a ação em face de qualquer um dos envolvidos.

Não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário ante a existência de responsabilidade objetiva e solidária do posto revendedor.

De acordo com o art. 28, § 5º do CDC, o mero cometimento de ato abusivo do fornecedor, autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de garantir a efetiva tutela dos interesses dos consumidores.

Restando comprovada a impropriedade do combustível comercializado, impõe-se a condenação aos apelantes, devendo a sentença ser integralmente confirmada.

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, com o parecer.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Posto de Serviços São Marcos Ltda, Aloysio José Campelo Coutinho e Roberta Maria Campelo Menelau inconformados com a sentença proferida nos autos de ação coletiva de consumo (f. 746-759) ajuizada pelo Ministério Público Estadual, interpõem recurso de apelação (f. 787-814).

Arguem nulidade da sentença, haja vista que não foi viabilizada a produção de perícia.

Arguem, também, preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público; ilegitimidade passiva dos apelantes e, alternativamente, acolher a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, em razão da responsabilidade passiva solidária da empresa Petrobrás Distribuidora S-A e J. Jardim e Cia Ltda.

No mérito, aduz que não há comprovação da comercialização de produtos fora da especificação.

Em contrarrazões, o Ministério Público, em ambas as instâncias, pugna pela manutenção da sentença objurgada (f. 821-845; 866-882).

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Posto de Serviços São Marcos Ltda, Aloysio José Campelo Coutinho e Roberta Maria Campelo Menelau, contra a sentença que julgou proferida nos autos de ação coletiva de consumo (f. 746-759) ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Para melhor compreensão da matéria, faço uma breve digressão sobre os fatos.

O Ministério Público Estadual ajuizou ação coletiva de consumo em face Posto de Serviços São Marcos Ltda, Aloysio José Campelo Coutinho e Roberta Maria Campelo Menelau porque, em 23-10-2009, por meio de fiscalização promovida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e posterior testes laboratoriais, constatou-se a comercialização de 6.330 litros de óleo diesel fora das especificações técnicas, em especial em relação ao ponto de fulgor, devendo, portanto, promover a indenização dos consumidores que adquiriram o produto defeituoso.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, tendo os apelantes sido condenados a obrigação de não fazer, consistente em se absterem de promover a venda e comercialização de combustíveis em desacordo com as regras expedidas pela ANP, sob pena de multa por evento comprovado de R\$ 1.000,00 (mil reais); ao ressarcimento dos valores pagos pelos consumidores com juro e correção monetária, bem como arcar com os danos patrimoniais em relação a todos os consumidores, que demonstrarem nexo de causalidade (f. 746-759).

Preliminares

Pois bem. Os apelantes arguem preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, ao fundamento de que o processo refere-se apenas a poucos consumidores.

Não obstante o montante de litros vendidos com combustível adulterado (6.330 litros) tenha sido pequeno em relação a quantidade total comercializada (235.000 litros por mês f. 796), tenho que não assiste razão aos apelantes.

É indubitoso que os fatos trazidos aos autos possuem interesse social relevante em razão dos prejuízos causados aos consumidores, incidindo o art. 81¹, III do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, não há que se falar em ilegitimidade ativa *ad causam* do *Parquet* pois, conforme demonstrado, houve lesão a direitos individuais homogêneos.

¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Resta, portanto, afastada, a preliminar agitada.

Argue, outrossim, preliminar de ilegitimidade passiva do Posto de Serviços São Marcos, ao argumento de que somente a Petrobrás Distribuidora ou a sua transportadora contratada, J. Jardim e Cia Ltda, na condição de fornecedora de combustível, podem ser responsabilizadas.

Entrementes, o art. 18² do Código do Consumidor estabelece responsabilidade solidária dos fornecedores, devendo-se notar que na doutrina, o termo fornecedor é o gênero daqueles que desenvolvem atividades no mercado de consumo.

Assim, toda vez que o CDC refere-se a “fornecedor” está envolvendo todos os participantes que desenvolvem atividades, sem nenhuma distinção. E esses fornecedores, dispõe a norma, respondem “solidariamente”.

Dúvida não há de que a norma do caput do art. 18 coloca todos os partícipes do ciclo de produção como responsáveis diretos pelo vício, de forma que o consumidor poderá escolher e acionar diretamente qualquer dos envolvidos, exigindo seus direitos (NUNES, 2005, p.170).

Rechaço, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva agitada.

Reclama haver ilegitimidade passiva dos apelantes Aloysio José Campelo Coutinho e Roberta Maria Campelo Menelau, pois estes foram incluídos no polo passivo, com fulcro nos artigos 5º e 28 do CDC, em razão de pedido incidental de desconsideração de personalidade jurídica.

Não obstante, a desconsideração da personalidade jurídica, como garantia da efetiva tutela dos interesses dos consumidores, obedece a regime próprio, fundado na lei consumerista, sendo diverso do estatuído no Código Civil.

No Código de Defesa do Consumidor, o art. 28 dispõe que o simples cometimento de ato abusivo do fornecedor já autoriza a medida, sendo que o § 5º estabelece que a desconsideração poderá ocorrer sempre que “de alguma forma” a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados.

Daí se segue que, mais uma vez, a preliminar levantada deve ser afastada.

Afirma, ainda, em sede de preliminar, haver litisconsórcio passivo necessário.

Da mesma forma, razão não lhe assiste, haja vista que, conforme bem delineado em sentença, há tão somente litisconsórcio facultativo, uma vez que a reclamação poderá ser ajuizada em face de qualquer um dos envolvidos, seja o fornecedor imediato, fabricante, distribuidor, comerciante ou prestador de serviços, a teor do citado artigo 18 do CDC.

Infere-se, daí, que há litisconsórcio facultativo e não necessário, sendo que os apelantes, caso queiram, podem exercer seu direito de regresso contra os demais responsáveis, de acordo com o art. 13, parágrafo único do diploma consumerista.

Ademais, o referido diploma legal visa proteger e facilitar a ação do consumidor para se ressarcir de eventuais danos sofridos, acionando qualquer um dos envolvidos.

Ora, em se entender de outra forma, estar-se-ia dificultando e muito a ação dos consumidores, que se veriam na necessidade de enfrentar, em algumas situações, longa cadeia produtiva dos envolvidos, desde o fabrico dos produtos até o consumidor final.

Assim, resta, afastada, também, esta preliminar.

2 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

Aduzem, ainda, preliminarmente, ter havido nulidade do teste laboratorial, pois foi realizado sem o contraditório e, ainda, que deveria ser desconsiderado, eis que não se conhece as condições em que ocorreu o transporte e armazenamento.

Contudo, conforme se verifica dos autos (f. 233-235), os recorrentes foram devidamente intimados para a realização da perícia técnica, mas não compareceram, nem justificaram a ausência.

Desta forma, não há que se falar em ausência de contraditório e ampla defesa, porquanto foi-lhes possibilitada a participação na realização da referida prova.

Outrossim, a ANP – Agência Nacional de Petróleo, desenvolve técnicas para garantir a apuração das substâncias já considerando o decurso do tempo entre a coleta do material e a realização dos testes.

Ademais, os fiscais daquela Agência Reguladora são dotados de fé pública, sendo seus atos revestidos de presunção de legitimidade e veracidade, somente podendo ser desconstituído mediante prova em contrário. Daí que não há se falar em nulidade do teste laboratorial.

Mérito

No mérito, afirmam haver ausência de culpa pela alteração do produto, haja vista que o problema decorreria da própria fabricação pela distribuidora.

Esta afirmação não merece prosperar, porquanto, conforme dito alhures, trata-se de responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor perante o consumidor, não cabendo, nesta hipótese, análise da culpa.

Com efeito, a Agência Nacional de Petróleo –ANP, compareceu no estabelecimento dos apelantes e realizou coleta de amostras de combustíveis para análise laboratorial, sendo que o resultado confirmou que o óleo diesel estava em condições impróprias para o consumo.

De acordo com o art. 3º, *caput* e § 2º, da Resolução ANP n. 9, de 7-3-2007, incumbe ao posto revendedor coletar a amostra de cada compartimento do caminhão tanque que contenha o combustível recebido, sob pena de assumir a responsabilidade pelos dados da qualidade do produto informados pelo distribuidor.

Por sua vez, o art. 2º da referida Resolução esclarece que o revendedor varejista somente pode receber o combustível automotivo líquido de caminhão tanque, cujos compartimentos de entrada e saída, bocais de entrada ou escotilha superior e válvulas dos bocais de descarga, estejam lacrados pelo distribuidor de combustíveis, sendo que estes lacres são numerados e não repetidos.

Ora, a fim de promover o convencimento do juízo, os apelantes deveriam ter fornecido a amostra que estava em seu poder para a realização da contraprova. Todavia, não o fez, como também não respondeu ao chamado para a perícia técnica realizada.

Daí se segue que a prova produzida, que demonstrou a impropriedade para o consumo, restou incontroversa e deve prevalecer.

Ajunte-se, por oportuno, que, conforme bem demonstrado pelo Ministério Público Estadual, a ANP disponibiliza a Cartilha do Posto de revendedor de combustíveis, sendo que a alteração do ponto de fulgor devido à contaminação com produtos mais leves (gasolina ou etanol) é uma das fraudes correntes (f. 880). Confira-se:

“(...) Óleo diesel: as principais não conformidades são teor de biodiesel, pela adição incorreta do percentual estabelecido na legislação; ponto de fulgor, devido à contaminação com produtos mais leves, como a gasolina ou o etanol combustível; teor de enxofre, pela contaminação do óleo diesel B-S10 com o S-500 ou utilização de óleo diesel com maior teor de enxofre do que o permitido pela ANP no município; e aspecto, por eventual contaminação, presença de água livre, ou problemas no sistema de filtragem.”

Assim, ante as provas carreadas aos autos, restou devidamente demonstrada a impropriedade do combustível comercializado pelos apelantes, dando ensejo a reparação do dano.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, conheço do recurso interposto por Posto de Serviços São Marcos, Aloysio José Campelo Coutinho e Roberta Maria Campelo Menelau em face do Ministério Público Estadual, negando-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 1401555-96.2019.8.12.0000 - Terenos
Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM AVERBAÇÃO DE USUFRUTO VITALÍCIO CUMULADA COM PRECEITO COMINATÓRIO – PRELIMINAR DE NÃO RECEBIMENTO POR NÃO SE TRATAR DE MATÉRIA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC AFASTADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA PELO MAGISTRADO NA ORIGEM – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INCIDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Considerando que o STJ, em sede de recursos repetitivos, fixou tese no Tema 988 no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, afasta-se a preliminar arguida pelo agravado.

Em decorrência do princípio da causalidade, deve responder pelas despesas processuais e verba honorária aquele que deu causa à propositura da demanda.

No caso, a despeito de não ter sido proferida sentença com resolução de mérito, foi reconhecida a ilegitimidade passiva da parte agravante, portanto, considerando que o processo quanto a ela foi extinto, a condenação em verba honorária é medida de rigor.

Honorários arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Recurso conhecido e 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Naymi Salles Fernandes Silva Torres (titular do Cartório Extrajudicial de Terenos), conjuntamente com seus advogados, em face de Rafael Victor Amadeu Sanches, objetivando combater a decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Terenos que possui o seguinte dispositivo:

“(…) Assim, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Cartório Terenos - Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Pessoas Jurídicas & Pessoas Naturais.

De acordo com as disposições do Código de Processo Civil, que privilegia a efetividade e economia processual, ‘alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu’ (art. 338).

Nestes termos, intime-se o autor para que, querendo, emende à inicial (§ 1º, art. 339, CPC).

Após, volvam os autos conclusos para realização da substituição.

Sem prejuízo, corrijo de ofício nos moldes do artigo 292, § 3º, do CPC o valor dado à causa, passando a ser de R\$ 69.300,00 (sessenta e nove mil e trezentos reais), ante a informação prestada pelo contestante, f. 72.”

Sustentam em suas razões que, muito embora reconheceu o juízo de origem a ilegitimidade passiva do Cartório de Terenos, deixou de arbitrar a verba honorária em prol dos patronos do requerido excluído, em desconformidade com o que dispõe o art. 338 do CPC.

Assim, considerando que a decisão agravada julgou parcela do processo, requer provimento do recurso a fim de que seja arbitrada verba honorária.

Em sede de contrarrazões, suscitou o agravado preliminar de não recebimento do recurso, pois, não estando a matéria aqui discutida no rol taxativo do art. 1.015 do CPC, trata-se de recurso manifestamente inadmissível.

Às f. 72-74, em resposta a preliminar, os agravantes afirmam que o STJ consolidou entendimento no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC possui taxatividade mitigada.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Naymi Salles Fernandes Silva Torres (titular do Cartório Extrajudicial de Terenos), conjuntamente com seus advogados, em face de Rafael Victor Amadeu Sanches, objetivando combater a decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Terenos que possui o seguinte dispositivo:

“Assim, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Cartório Terenos - Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Pessoas Jurídicas & Pessoas Naturais.

De acordo com as disposições do Código de Processo Civil, que privilegia a efetividade e economia processual, ‘alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu’ (art. 338).

Nestes termos, intime-se o autor para que, querendo, emende à inicial (§ 1º, art. 339, CPC).

Após, volvam os autos conclusos para realização da substituição.

Sem prejuízo, corrijo de ofício nos moldes do artigo 292, § 3º, do CPC o valor dado à causa, passando a ser de R\$ 69.300,00 (sessenta e nove mil e trezentos reais), ante a informação prestada pelo contestante, f. 72.”

Sustentam em suas razões que, muito embora reconheceu o juízo de origem a ilegitimidade passiva do Cartório de Terenos, deixou de arbitrar a verba honorária em prol dos patronos do requerido excluído, em desconformidade com o que dispõe o art. 338 do CPC.

Assim, considerando que a decisão agravada julgou parcela do processo, requer provimento do recurso a fim de que seja arbitrada verba honorária.

Em sede de contrarrazões, suscitou o agravado preliminar de não recebimento do recurso, pois, não estando a matéria aqui discutida no rol taxativo do art. 1.015 do CPC, trata-se de recurso manifestamente inadmissível.

Às f. 72-74, em resposta a preliminar, os agravantes afirmam que o STJ consolidou entendimento no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC possui taxatividade mitigada.

Decido.

Preliminar.

A preliminar deve ser afastada.

Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e 2.704.520/MT, pela sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no Tema 988, no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada. Confira:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015 – IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL – POSSIBILIDADE – TAXATIVIDADE MITIGADA – EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI – REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

[...]

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.[...]”

Nesse contexto, considerando que o trânsito em julgado ocorreu na data de 22/02/2019, diante de sua força normativa, os demais recursos que versem sobre idêntica controvérsia, devem ser decididos nos exatos termos da tese firmada, sendo esta, aliás, a expressa disposição do art. 1.039 do CPC:

“(...) Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Dessa forma, afasto a preliminar.

Mérito.

No mérito o recurso comporta provimento.

Ao que se verifica dos autos, foi reconhecida pelo magistrado na origem a ilegitimidade passiva da parte agravante. Com isso, a despeito de não ter sido julgado o mérito, o processo, quanto a ela, foi extinto.

Nesse contexto, pelo princípio da causalidade, deve responder pelas despesas processuais e verba honorária aquele que deu causa à propositura da demanda.

Em julgamento de caso semelhante, o STJ adotou entendimento no sentido de que, em razão de não ter sido proferida sentença com resolução de mérito, cabe ao julgador, com base no princípio da causalidade, examinar qual dos litigantes seria sucumbente se o mérito da ação fosse julgado, aplicando-lhe a sucumbência. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA RÉ – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR DA CAUSA. 1. O comparecimento espontâneo da parte ré, possuidora de interesse legítimo ao desfecho da ação rescisória, deve ser condignamente remunerado pelo trabalho desenvolvido por seu advogado. 2. Sendo o processo julgado extinto, sem resolução de mérito, cabe ao julgador perscrutar, sob a égide do princípio da causalidade, qual parte deu origem à extinção do processo sem julgamento de mérito, ou qual dos litigantes seria sucumbente se o mérito da

ação fosse, de fato, julgado. Precedentes. 3. No que diz respeito ao valor dos honorários, não se verifica a exorbitância alegada, uma vez que observados o disposto no art. 20, § 3º do CPC/73 (distribuição da ação rescisória em 16/09/2013) e o valor dado à causa pelo próprio agravante (e-STJf. 24) 3. Agravo interno nos embargos de declaração na ação rescisória não provido.” (STJ – AgIn nos EDcl na AR nº 5.265/PE; Rel. Min. Nancy Andrighi; julgado em 09/08/2017) - destaquei

Neste mesmo sentido:

“EMENTA – EMBARGOS TERCEIRO – EXTINÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. Em havendo a extinção do processo pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva, deve a parte autora arcar com os ônus de sucumbência, tendo em vista o Princípio da Causalidade.” (TJMG – Apelação nº 1.0521.09.08713-5/001; Rel. Desa. Selma Marques; publicado em 13/06/2014)

Assim, a condenação do vencido nas despesas do processo, inclusive verba honorária, deve recair sobre aquele que deu causa à lide, cujo intuito é o de tornar o cidadão mais cauteloso e ciente dos riscos processuais que corre com o ajuizamento de demandas.

Apesar do art. 85 do CPC dispor que somente a sentença condenará o vencido a pagar honorários advocatícios ao vencedor, entendo que, no caso, poderá ser arbitrada verba honorária, uma vez que houve a exclusão de uma parte da lide, sendo o processo, quanto a ela, extinto. Neste sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO ANTECIPADA PARCIAL DE MÉRITO – PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS PROPORCIONAIS – POSSIBILIDADE – ENUNCIADO Nº 5, APROVADO PELA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, COORDENADA PELO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO TJSP – Neste particular, proferiu-se decisão parcial de mérito porque grande parte dos pedidos formulados pela autora estava em condições de imediato julgamento (art. 356, II, CPC), possibilitando o arbitramento de honorários. Com base nos critérios elencados pelo art. 85, § 2º, do CPC e no trabalho adicional realizado em grau recursal, os honorários ficam definidos em 12% do valor atualizado da condenação. RECURSO PROVIDO.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2103305-39.2018.8.26.0000; Relator (a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

Portanto, a condenação do agravado ao pagamento de honorários sucumbenciais é medida de rigor.

No que se refere ao valor da verba honorária, a fim de não se configurar valor exorbitante ou irrisório, arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, o que faço com base no § 2º do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento a fim de condenar o agravado ao pagamento de honorários sucumbenciais que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 30 de abril de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0804284-62.2015.8.12.0008 - Corumbá

Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

EMENTA – REEXAME OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEPOTISMO – NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA O CARGO DE DIRETORA PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO URBANO E PATRIMÔNIO HISTÓRICO DO MUNICÍPIO – CARGO POLÍTICO – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – DISTINÇÃO ENTRE CARGOS POLÍTICOS E ADMINISTRATIVOS – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

A Súmula Vinculante nº 13 não produz efeitos em relação à nomeação de agentes políticos, mas apenas para cargos em comissão e função de confiança, sendo ambos de natureza técnica. Não se configura prática de nepotismo e violação à Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, a nomeação de cônjuge para ocupar cargo de Diretora Presidente de Fundação, visto que se trata de cargo de natureza política não abrangido pelo enunciado.

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, com o parecer.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Município de Corumbá/MS, P.R.D. e M.C.M.S., nestes autos de ação civil pública de obrigação de não fazer e de responsabilização por improbidade administrativa, insurgindo-se contra a sentença de f. 340-349, proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Corumbá/MS, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

O recorrente alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada a fim de ser reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa que resultou violação a princípio da administração pública, com a necessidade de imposição das sanções previstas no art. 12, inciso III da Lei Federal nº 8.429/92 em face do requerido P.R.D.

Aduz ter sido comprovado nos autos que o apelado P.D., no exercício do mandato de Prefeito de Corumbá, nomeou sua esposa, ora apelada M.C.M.S., para ocupar o cargo de provimento em comissão de Diretora Presidente da Fundação de Desenvolvimento Urbano e Patrimônio Histórico, Fundação Pública, esta integrante da administração indireta do município e subordinada ao prefeito, havendo assim situação de nepotismo, o que viola disposição da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 13 do STF.

Ao contrário do que entendido pelo Juízo de primeiro grau, não se trata de cargo político, mas sim cargo técnico burocrático na estrutura da Administração Indireta do Município de Corumbá, não podendo ser afastada a incidência da Súmula Vinculante nº 13.

Ao final prequestionou artigos e súmula e, requereu o conhecimento do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença e condenar o requerido P.R.D. pela prática de improbidade administrativa com a aplicação das sanções devidas, bem como declarar a nulidade do ato de nomeação da requerida M.C.M.S.

Contrarrazões às f. 373-389 e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 399-404 pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Município de Corumbá/MS, P.R.D. e M.C.M.S., nestes autos de ação civil pública de obrigação de não fazer e de responsabilização por improbidade administrativa, contra a sentença de f. 340-349, proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Corumbá/MS, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

O recorrente alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada a fim de ser reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa que resultou violação a princípio da administração pública, com a necessidade de imposição das sanções previstas no art. 12, inciso III da Lei Federal nº 8.429/92 em face do requerido P.R.D.

Aduz ter sido comprovado nos autos que o apelado P.D., no exercício do mandato de Prefeito de Corumbá, nomeou sua esposa, ora apelada M.C.M.S., para ocupar o cargo de provimento em comissão de Diretora Presidente da Fundação de Desenvolvimento Urbano e Patrimônio Histórico, Fundação Pública, esta integrante da administração indireta do município e subordinada ao prefeito, havendo assim situação de nepotismo, o que viola disposição da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 13 do STF.

Ao contrário do que entendido pelo Juízo de primeiro grau, não se trata de cargo político, mas sim cargo técnico burocrático na estrutura da Administração Indireta do Município de Corumbá, não podendo ser afastada a incidência da Súmula Vinculante nº 13.

Ao final prequestionou artigos e súmula e, requereu o conhecimento do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença e condenar o requerido P.R.D. pela prática de improbidade administrativa com a aplicação das sanções devidas, bem como declarar a nulidade do ato de nomeação da requerida M.C.M.S.

Contrarrazões às f. 373-389.

Parecer da Procuradora-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso, f. 399-404.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Verifica-se que o recurso de apelação é tempestivo, eis que interposto dentro do prazo previsto no disposto nos artigos 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único, do Código de Processo Civil. A interposição do apelo para a presente hipótese encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do CPC.

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Corumbá, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação civil pública de obrigação de não fazer e de responsabilização por improbidade administrativa ajuizada em desfavor do Município de Corumbá, P.R.D. e M.C.M.S.

A discussão no feito consubstancia-se na possibilidade de estar havendo nepotismo ante a referida nomeação, em desrespeito ao enunciado da Súmula Vinculante nº 13.

O *Parquet* defende a extensão da norma aos cargos políticos e o juízo *a quo* afirma sua inaplicabilidade a cargos dessa espécie. Ademais, sustenta também que o cargo para o qual foi nomeada a apelada M.C. é classificado como técnico burocrático na estrutura da Administração Indireta do Município de Corumbá e assim não pode ser ocupado por cônjuge ou parente do Prefeito.

Analisando-se detidamente os autos, conclui-se que não há indícios de violação aos princípios da Administração Pública ou improbidade administrativa, tampouco nepotismo. Com efeito, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal editou, em 2008 a Súmula Vinculante nº 13, onde restou assentado que:

“(...) A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

O enunciado acima descrito deriva do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC de nº 12, do Recurso Extraordinário - RE de nº 579.951, do Mandado de Segurança - MS de nº 23.718, do que dispõe a Resolução de nº 07/2005, do CNJ, e mormente, dos princípios constantes no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que impõe ao administrador o dever de agir conforme os padrões éticos de probidade, decoro, honradez, dignidade e boa-fé.

Com efeito, é certo que na maioria das vezes, a nomeação de parentes vulnera o princípio constitucional da eficiência, na medida em que visa beneficiá-los, com a designação de pessoa não necessariamente preparada para o exercício da função pública, em detrimento de outros cidadãos mais bem qualificados para o exercício de tais ocupações, o que gera uma presunção de dano à sociedade como um todo, além de possível desvio de finalidade.

A propósito, o agente político é aquele detentor de cargo eletivo, eleito por mandatos transitórios, como os Chefes de Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, além de cargos de Ministros de Estado e de Secretários nas Unidades da Federação, os quais não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar.

A Lei de Improbidade Administrativa nº 8429/92 conceitua agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Sob esta ótica, no caso objeto de discussão, não há elementos que indiquem a intenção de desviar a finalidade do ato, tampouco de favorecimento indevido, já que é livre a nomeação para cargo político e, como mencionado, o simples fato de se tratar de parente, por si só, não é indicativo de configuração de conduta ilícita.

Outrossim, tenho que não restou configurado o nepotismo, considerando ainda, a capacidade técnica da demandada M.C., para exercer as funções de Diretora-Presidente da Fundação de Desenvolvimento Urbano e Patrimônio Histórico de Corumbá, tendo exercido a contento, conforme corroborado pela prova testemunhal.

Destarte, inexistente nos autos notícia de que M.C.M.S. não tivesse desempenhado de modo satisfatório as atribuições inerentes ao cargo. A respeito, vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA – RECLAMAÇÃO – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – NEPOTISMO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – DISTINÇÃO ENTRE CARGOS POLÍTICOS E ADMINISTRATIVOS – PROCEDÊNCIA. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. 2.

Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente. (Rcl 7590, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, Acórdão Eletrônico DJe-224 Divulg 13-11-2014 Public 14-11-2014)” (grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO – NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO – CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO – NEPOTISMO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – INAPLICABILIDADE AO CASO – CARGO DE NATUREZA POLÍTICA – AGENTE POLÍTICO – ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN – OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido. (Rcl 6650 MC-AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008, DJe-222 Divulg 20-11-2008 Public 21-11-2008 Ement Vol-02342-02 Pp-00277 RTJ Vol-00208-02 Pp-00491)” (grifei)

No mesmo sentido, é o entendimento deste Tribunal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEPOTISMO – NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA O CARGO DE SECRETÁRIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO – CARGO POLÍTICO – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CASO CONCRETO – TUTELA INDEFERIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1. A Súmula Vinculante nº 13 não produz efeitos quanto a nomeação de agentes políticos, mas apenas para cargos em comissão e função de confiança, sendo ambos de natureza técnica. 2. O fato da referida Súmula não constituir obstáculo a nomeação de agentes políticos não afasta a necessária observância dos princípios basilares do Direito Administrativo na realização do ato, em especial aos princípios da moralidade e da impessoalidade, de modo que a análise deve ocorrer no caso concreto. 3. “O exame casuístico da qualificação técnica dos agentes para o desempenho eficiente dos cargos para os quais foram nomeados, bem como da existência de indício de fraude à lei ou de nepotismo cruzado, circunstâncias em que a nomeação de parente até mesmo para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles os da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, não é possível nesta via processual.” (STF. Rcl 23131 AgR). 4. Tratando-se de Município pequeno onde há provável escassez de profissionais da atividade específica, é razoável a nomeação da esposa do Prefeito Municipal, com especialização na área educacional, para o cargo de Secretária da Assistência Social do Município, inclusive por tratar-se de duas áreas pertencentes ao mesmo tronco, dos direitos sociais (art. 6º, caput da CF), ausentes outros argumentos válidos contra sua qualificação técnica para o cargo político. 5. Recurso desprovido. (TJMS; AI 1404646-68.2017.8.12.0000; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 25/09/2017; Pág. 56).”

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POPULAR – NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA SECRETÁRIA MUNICIPAL – CARGO POLÍTICO – SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF – INEXISTENTE NEPOTISMO – EDIÇÃO DE DECRETO MUNICIPAL DE CONTENÇÃO DE GASTOS – NOMEAÇÃO NO DIA SEGUINTE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AUSENTE – NÃO PREVISTA EXTINÇÃO DE CARGOS OU

SECRETARIAS – ASSISTÊNCIA SOCIAL – PASTA IMPORTANTE – CARGO JÁ EXISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não se configura prática de nepotismo e violação à Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, a nomeação de parente para ocupar cargo de secretário municipal, visto que se trata de cargo de natureza política não abrangido pelo enunciado. Pelo decreto municipal contendo medidas para contenção de gastos, não há, dentre as determinações, a extinção de cargos, suspensão de nomeações ou extinção de secretarias. Assim, considerando que a pasta de Assistência Social necessitava de preenchimento e, como se sabe, é secretaria importante para a coletividade e prestação de serviços essenciais à comunidade, se não fosse a requerida a ocupar a secretaria, haveria a indicação de outra pessoa para tanto. E, considerando que não veio para os autos informação de que a secretária não tenha desempenhado corretamente suas atribuições ou que fosse pessoa despreparada e desqualificada para tanto, inexistente irregularidade ou ilegalidade na indicação em tela. (TJMS; APL 0800974-34.2013.8.12.0003; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; DJMS 24/04/2017; Pág. 100)”

Confira-se precedentes também do Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

*“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – NEPOTISMO – AGENTE POLÍTICO – SÚMULA VINCULANTE 13 – INAPLICABILIDADE – PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Na origem, controverteu-se acerca da caracterização de nepotismo em relação a cônjuge e cunhado do Prefeito Municipal, indicados para exercerem cargos de Secretário Municipal, razão por que foram demandados em ação de improbidade administrativa. 2. (...) Na espécie, o julgador dispensou o exame do preceito normativo por considerar que o entendimento adotado representava simples adesão “ao posicionamento esposado pelo próprio órgão guardião da Constituição Federal, no sentido de excluir do alcance do preceito da dita Súmula os cargos que tenham natureza política”. 3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma que não atende ao requisito do prequestionamento a mera provocação de determinado tema, sendo indispensável que, sobre ele, tenha o órgão julgador travado efetivo debate e emitido tese. Todavia, não é o magistrado obrigado responder questionamento das partes, sendo suficiente à validade do julgamento que seja ele adequadamente fundamentado. 4. **Quanto ao mérito, o próprio Supremo Tribunal Federal explicitou, em inúmeros julgamentos, o âmbito de abrangência da Súmula Vinculante 13, excluindo do seu alcance os cargos de natureza política.** No mesmo sentido, o julgamento, no STJ, do RMS 32.992/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2012. Incidência da súmula 83/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 326.260/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014).”(grifei)*

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – NEPOTISMO – AGENTES POLÍTICOS – INAPLICABILIDADE – PRECEDENTES DO STF. 1. Trata-se, originariamente, de mandado de segurança contra ato da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva, que determinou ao ora recorrente, prefeito municipal, que exonerasse sua esposa e filho dos cargos de secretário para os quais foram nomeados - ato que descumpria TAC firmado com administrador anterior para que se evitasse nepotismo. O Tribunal a quo denegou a Segurança. 2. Em princípio e per se, não há nepotismo para as hipóteses de nomeação de agentes políticos. Pode-se, contudo, verificar in concreto a possibilidade de nepotismo cruzado ou outra violação que atente contra parâmetros ético-jurídicos que balizam a moralidade administrativa. Nesse sentido, STF, RE 579.951, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.8.2008, Repercussão Geral; STF, Rcl 6.650 MC-AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16.10.2008. 3. Não há nos autos elementos concretos que indiquem a ilegalidade da nomeação de parentes para cargo político de secretário. 4. Recurso Ordinário provido para conceder a Segurança e determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir a exoneração por ela determinada. (RMS 32.992/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012).”

Por conseguinte, como se vê do entendimento jurisprudencial, a nomeação de parente para o exercício de cargo político não configura, por si só, hipótese de nepotismo, uma vez que no caso em tela não se constata indícios de irregularidade na indicação ou violação aos princípios da moralidade e impessoalidade.

Sob qualquer ângulo que se analise esta ação civil pública, não se vislumbra qualquer vício ou ilegalidade decorrente da nomeação da requerida M.C.M.S. para o exercício da função de Diretora-Presidente da Fundação de Desenvolvimento Urbano e Patrimônio Histórico de Corumbá, não estando assim os requisitos sujeitos às sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento, de rigor ressaltar que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente sobre cada um dos dispositivos invocados pelas partes, necessitando, pois, apenas indicar aqueles no qual embasa seu juízo de valor.

Todavia, unicamente a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

Diante do exposto, conheço da remessa necessária e do recurso voluntário interposto pelo Ministério Público Estadual e, nego-lhes provimento, mantendo integralmente a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 04 de junho de 2019.

1ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 0835336-29.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* – CASSEMS – PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE AUTOGESTÃO – INAPLICABILIDADE CDC – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* – EXCLUSÃO DA COBERTURA – POSSIBILIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A fertilização *in vitro* não é procedimento de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa previsão contratual (1ª Jornada de Direito de Saúde promovida pelo CNJ, enunciado nº 20).

A possibilidade de exclusão da cobertura de inseminação artificial pela técnica da fertilização *in vitro* não viola o art. 35-c, da Lei 9.656/1998 e muito menos o art. 226, § 7º, da CR. A limitação quanto à fertilização *in vitro* traduz apenas uma exceção à regra geral, de cobertura securitária nos casos que envolvam situações de planejamento familiar.

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, 4 de junho de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por V. de C.A.L.M.M. e M.M.M. contra Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS em face de sentença proferida pelo juízo da 9ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que nos autos de ação de obrigação de fazer proposta por aquela em face desta, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Afirmou que o juízo não deu oportunidade para delimitação das provas, como uma perícia para ratificação da necessidade e indicação médica do tratamento correto, sendo necessário o saneamento do processo para resolver questões processuais pendentes e delimitar as questões de fato onde recairá a atividade probatória.

Defendeu a possibilidade de inversão do ônus da prova sob o manto do código civil quando determinada parte tem maiores condições de produzi-la, independentemente da relação ser de consumo ou não e disse não haver exclusão expressa em contrato, do tratamento indicado.

Enfatizou que ainda que o contrato com a CASSEMS previsse cláusula excluindo o direito ao tratamento da fertilização *in vitro*, o que não ocorre, mesmo assim o direito ao tratamento permaneceria intacto, ante os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato dos planos de assistência à saúde, que tem como um dos seus objetivos, promover e assegurar que os seus usuários e dependentes façam uso das medidas terapêuticas necessárias à efetivação ao planejamento familiar.

Aduziu que foi indicado o tratamento de Fertilização *in vitro* que não é um procedimento excluído pela lei que rege os planos de saúde, não podendo o juiz, que não possui a qualificação técnica em medicina, interpretar procedimentos médicos distintos, considerando a graduação de mais ou de menos complexo, ou como iguais, ou similares.

Informa ainda que sendo a infertilidade feminina reconhecida como doença (CID 10N97), e masculina (CID 10N46), é inaceitável a negativa de cobertura para tratamentos para tais doenças, conforme o artigo 10 da lei 9656/98.

Sustentou que havendo previsão legal e contratual para tratamento da doença infertilidade que acomete o autor, negar o tratamento prescrito pelo médico especialista, fere o próprio objeto do contrato, qual seja, prestação de assistência à saúde, pugnando pelo provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedente os pedidos contidos na inicial, obrigando a apelada a cobrir os custos com o tratamento e medicações de fertilização *in vitro* com ICSI.

Por fim, prequestionou os artigos 2º, 5º, II, XVIII, XX, 226, § 7º todos da Constituição Federal, assim como o artigo 10, art. 35-C, da lei 9.656/98, da Lei 9.263/96.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 513-522.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de recursos de apelação interposto por V. de C.A.L.M.M. e M.M.M. contra Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS em face de sentença proferida pelo juízo da 9ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que nos autos de ação de obrigação de fazer proposta por aquela em face desta, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Em conformidade com o que preceitua o artigo 1.010, § 3º, do CPC/2015, passo ao juízo de admissibilidade dos recursos.

A apelação da parte autora preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos previstos no CPC/2015, é cabível (arts. 332 e 1.009) e tempestiva (arts. 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único). Preparo recursal dispensado por ser beneficiário da justiça gratuita.

Passo a análise das razões recursais.

Primeiramente, o processo encontra-se suficientemente preparado para o julgamento no estado em que se encontra, não havendo necessidade de maior dilação probatória, conforme defendido pelos apelantes, tendo em vista que o ponto controvertido neste caso consiste em saber se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização *in vitro* deve ou não ter cobertura obrigatória do plano de saúde, considerando o que está escrito no art. 10, III, e no art. 35-C, III, da Lei 9.656/1998.

Vide o texto da Lei:

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:

(...)

III - inseminação artificial;

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

(...)

III - de planejamento familiar (com redação dada pela Lei 11.935/2009).

Após a alteração legislativa promovida pela Lei 11.935/2009, ficou estabelecida a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

Assim, deve-se analisar se o termo “planejamento familiar” engloba ou não procedimentos relativos à fertilização *in vitro*.

No caso em exame, a sentença não merece reforma, pois o procedimento pretendido pelos apelantes não é de cobertura obrigatória da seguradora apelada.

Sabe-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é o órgão competente para definir o alcance das coberturas do plano-referência de assistência à saúde, e, inclusive, delimitar a amplitude do termo “planejamento familiar”.

Essa agência editou a Resolução Normativa nº 192/2009, que estabeleceu os procedimentos de cobertura obrigatória relacionados com a ideia de planejamento familiar:

“(...) a) consulta de aconselhamento para planejamento familiar;

b) atividade educacional para planejamento familiar;

c) Sulfato de Dehidroepiandrosterona;

d) Implante de dispositivo intra-uterino (DIU) hormonal (posteriormente excluído pela Resolução Normativa 387/2108).”

No ano de 2015, estava em vigor outra Resolução Normativa, a de nº 387/2015, que assim disciplinava o conceito de planejamento familiar:

“(...)

Art. 8º (...).

I - planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal; (dispositivo reproduzido com igual teor na Resolução Normativa 428/2017).”

Da mencionada resolução normativa há esta disposição:

“(...) Art. 20. 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 art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;” (grifei)

Assim, a possibilidade de exclusão da cobertura de inseminação artificial pela técnica da fertilização *in vitro* não viola o art. 35-c, da Lei 9.656/1998 e também o art. 226, § 7º, da Constituição Federal da República.

A limitação em relação à fertilização *in vitro* traduz apenas uma exceção à regra geral, de cobertura securitária nos casos que envolvam situações de planejamento familiar.

Com efeito, casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, de modo que as operadoras de plano de saúde não são obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo expressa previsão contratual.

Portanto, não há irregularidade alguma na Resolução 387/2015 e no regulamento da seguradora apelada.

O procedimento de fertilização *in vitro* não consta do rol de procedimentos e eventos em saúde de cobertura mínima exigida dos planos de saúde, sendo lícita a sua exclusão pela apelada.

Não bastasse isso, para afastar ainda mais a pretensão dos apelantes, assim dispõe o enunciado nº 20 da 1ª Jornada de Direito de Saúde promovida pelo CNJ:

“(...) a inseminação artificial e a fertilização “in vitro” não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.”

Sobre o tema, o STJ já se pronunciou afirmando o seguinte:

RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO COMO FORMA DE ALCANÇAR A GRAVIDEZ – DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DO TERMO PLANEJAMENTO FAMILIAR, INSERIDO NO INCISO III DO ART. 35-C DA LEI Nº 9.656/1998 COMO HIPÓTESE DE COBERTURA OBRIGATÓRIA – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO DISPOSITIVO – FINALIDADE DA NORMA EM GARANTIR O MÍNIMO NECESSÁRIO AOS SEGURADOS EM RELAÇÃO A PROCEDIMENTOS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR, OS QUAIS ESTÃO LISTADOS EM RESOLUÇÕES DA ANS, QUE REGULAMENTARAM O ARTIGO EM COMENTO – MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO PLANO E DA PRÓPRIA HIGIEDEZ DO SISTEMA DE SUPLEMENTAÇÃO PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – RECURSO PROVIDO. 1. A controvérsia trazida nestes autos cinge-se a saber se o tratamento de fertilização in vitro passou a ser de cobertura obrigatória após a edição da Lei nº 11.935/2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei nº 9.656/1998, o qual estabelece a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos e seguros privados de assistência à saúde. 2. Considerando a amplitude do termo planejamento familiar e em cumprimento à própria determinação da lei no parágrafo único do dispositivo legal em comento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS estabeleceu, por meio de resoluções normativas, diversos procedimentos de cobertura obrigatória, garantindo-se o mínimo necessário aos segurados de planos de saúde privados no que concerne a atendimentos relacionados ao planejamento familiar. 3. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei nº 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente. 4. Com efeito, admitir uma interpretação tão abrangente acerca do alcance do termo planejamento familiar, compreendendo-se todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde. 5. Por essas razões, considerando que o tratamento de fertilização in vitro não possui cobertura obrigatória, tampouco, na hipótese dos autos, está previsto contratualmente, é de rigor o restabelecimento da sentença de improcedência do pedido. 6. Recurso especial provido. REsp 1692179/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017)

CONSUMIDOR – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PLANO DE SAÚDE – ENDOMETRIOSE – PLANEJAMENTO FAMILIAR – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL – EXCLUSÃO DE COBERTURA – ABUSIVIDADE – NÃO CONFIGURADA – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – RESOLUÇÃO NORMATIVA 338/2013 – FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98. 1. Ação ajuizada em 21/07/2014. Recurso especial interposto em 09/11/2015 e concluso ao gabinete em 02/09/2016.

Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde. 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C). 5. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, § 4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde. 6. A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS). 7. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva. 8. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013. 9. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1590221/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

Portanto, diante da ausência previsão nas condições gerais do contrato ou impositivo legal que obrigue a CASSEMS a custear o tratamento de fertilização, a negativa do plano de saúde em custear o tratamento é medida que se impõe.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento, de rigor ressaltar que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente sobre cada um dos dispositivos invocados pelas partes, necessitando, pois, apenas indicar aqueles no qual embasa seu juízo de valor.

Todavia, unicamente a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

Em face do exposto, conheço do recurso interposto por V. de C.A.L.M.M. e M.M.M. contra Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

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 Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 04 de junho de 2019.

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004805-07.2015.8.12.0019 - Ponta Porã
Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – CONCESSÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – POSSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – REDUTORA APLICADA NO PATAMAR DE 1/4 (UM QUARTO) – REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO *EX OFFICIO* – PRECEDENTES DO STF – PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – ACOLHIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – CABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Cabível o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, eis que o apelante é primário, portador de bons antecedentes e não há nos autos provas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa. Além disso, a quantidade de entorpecente apreendido não é exorbitante (9,3 kg de maconha e 62 g de cocaína), de modo que, por si só, não permite a conclusão de que se trata de integrante de grupo criminoso voltado ao tráfico ou, ainda, de agente que se dedica a esse tipo de atividade. Diante da quantidade de droga apreendida, aplica-se o privilégio em 1/4 (um quarto), cujo patamar revela-se justo e adequado às peculiaridades aferidas no caso concreto.

Em decisão do HC 118533/MS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

Em observância ao princípio do *ne bis in idem*, as moduladoras da natureza e quantidade de droga devem ser neutralizadas na primeira fase da dosimetria penal, haja vista que tais circunstâncias foram consideradas, na terceira etapa, para quantificar a redutora relativa ao tráfico eventual.

Ausentes elementos concretos e aptos a justificar a imposição de regime mais gravoso e, em observância ao disposto no artigo 33 do Código Penal, afigura-se adequado a fixação do regime prisional aberto.

Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal, uma vez que o apelante preenche os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal. Foi beneficiado com a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e, diante da natureza e quantidade da droga, a medida mostra-se recomendável.

Contra o parecer, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento e, *ex officio*, afastar a hediondez do delito.

Campo Grande, 4 de abril de 2019.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Bruno de Oliveira Ferreira contra a sentença (f. 248-249) que o condenou a 05 anos e 06 meses anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Em suas razões recursais (f. 256-279) requer, em síntese, o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06), aplicando em seu patamar máximo, ou seja, em 2/3 (dois terços), reduzindo, ainda, proporcionalmente a pena de multa fixada. Requer, ainda, a redução da pena base para o mínimo legal; o abrandamento do regime para o aberto e, por fim, a substituição da pena por restritiva de direito.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo (f. 287-296).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 306-327).

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Bruno de Oliveira Ferreira pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, porque segundo narrou na inicial acusatória:

“(...) no dia 08 de setembro de 2015, por volta de 18:00 horas, na rodovia BR 463, zona rural, em frente ao Instituto Federal de Mato Grosso do Sul, neste município, o denunciado Bruno de Oliveira Ferreira foi surpreendido transportando drogas (maconha e cocaína), destinadas ao consumo de terceiras pessoas.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, policiais militares integrantes do DOF realizavam fiscalização de rotina quando deram ordem de parada ao veículo de transporte de passageiros da empresa “Viação São Luiz”, que fazia o itinerário Ponta Porã (MS)/Três Lagoas (MS) (f. 28).

Enquanto realizavam as entrevistas preliminares com os passageiros do transporte coletivo, os policiais perceberam que o ocupante da poltrona nº 39, o ora denunciado, ficou extremamente nervoso, o que levantou suspeita da guarnição.

Ato contínuo, os policiais encontraram uma bolsa no bagageiro interno de propriedade do denunciado, e solicitaram que abrisse a respectiva bagagem para que pudessem averiguar o que continha em seu interior. O denunciado abriu a bolsa, ocasião em que os policiais localizaram 12 (doze) tabletes de substância vegetal, com características do entorpecente conhecido como “maconha”, e 01 (um) invólucro contendo substância com características de “cocaína”.

Ao ser questionado, o denunciado assumiu a propriedade das substâncias, informando que as teria adquirido na cidade Coronel Sapucaia (MS) pelo valor de R\$ 4.900,00 (quatro mil e novecentos reais), de um indivíduo conhecido como Francisco Silva, e que pretendia comercializar a droga na cidade de Três Lagoas (MS), e que seu lucro estimado seria de aproximadamente R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

A substância foi apreendida e pesada, totalizando 9.378,0 g (nove quilos, trezentos e setenta e oito gramas) de maconha, e 62,0 g (sessenta e dois gramas) de cocaína (f.30-31). Realizado Exame Preliminar de Constatação, atestou-se se tratar realmente de “maconha” (f. 35) e “cocaína” (f. 36). Os policiais também apreenderam a passagem de ônibus, 02 (dois) aparelhos celular - sendo um Blackberry e um Samsung - e a quantia de R\$40,00 (quarenta reais) em espécie (f. 32-33). O dinheiro foi depositado judicialmente (f. 37).

Formalmente interrogado, o denunciado confessou o crime (f. 09-10).”

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (f. 248-249) julgando procedente o pedido formulado na denúncia, a fim de condenar o réu à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Inconformado em parte com a condenação, a defesa interpõe o presente recurso, com o qual objetiva o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06), aplicando em seu patamar máximo, ou seja, em 2/3 (dois terços), reduzindo, ainda, proporcionalmente a pena de multa fixada. Requer, ainda, a redução da pena base para o mínimo legal; o abrandamento do regime para o aberto e, por fim, a substituição da pena por restritiva de direito.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo (f. 287-296).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 306-327).

É o relatório.

Passa-se à análise do apelo.

Ab initio, deve ser pontuado que a autoria e a materialidade delitivas restaram fartamente comprovadas nos autos, inclusive pela confissão do apelante, tanto que não foram objeto de debate nas razões recursais.

Como relatado, a defesa objetiva, inicialmente, o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado.

Para a consideração da referida causa especial de diminuição de pena é indispensável o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, a saber: *a)* ser o agente primário; *b)* portador de bons antecedentes; *c)* não se dedicar às atividades criminosas; e *d)* não integrar organização criminosa.

Vejamos o teor do referido artigo de lei, *verbis*:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).”

Sob essas balizas, ao afastar a incidência do referido privilégio, o Juiz sentenciante considerou o seguinte (f. 248):

“(...) O privilégio previsto no artigo 33, § 4º da lei em comento não pode ser aplicado. Observe-se que a réu combinou o transporte com o comprador e para tanto se deslocaria até a cidade de Três Lagoas, para levar em um ônibus a droga até aquele estado da federação. Pegou a droga em Coronel Sapucaia, revelando que percorreu pluralidade de cidades. Pagou R\$ 4.000,00 pela droga e ia entregar por R\$ 20.000,00. Trata-se de esquema instaurado nessa fronteira com o Paraguai e que certamente conta com o auxílio de toda uma cadeia de produção, comercialização, transporte, entrega e distribuição. Esse conjunto de fatores gera a convicção de dedicação e adesão à associação criminosa, sendo que seria ingênuo acreditar que a droga seja transportada sem o amparo de uma estrutura criminosa.”

Pois bem.

No caso em epígrafe, observa-se que o apelante reúne as condições exigidas por lei, tendo em vista que é primário, não possui antecedentes criminais (f. 131; 163 e 246), fato, inclusive, reconhecido na sentença (f. 248-249), e não há nos autos provas de que se dedique às atividades criminosas, tampouco que integre organização criminosa.

Conforme se observa, os elementos de convicção carreados neste feito revelam que o apelante aderiu ao tráfico de drogas de maneira ocasional, notadamente porque a dinâmica dos fatos e a precariedade dos meios empregados na empreitada não revelam traços de eventual estrutura organizacional suportando a operação.

O próprio apelante não se eximiu de sua responsabilidade criminal e, em juízo, relatou que aceitou o convite para transportar a droga porque estava passando por dificuldades financeiras. Os policiais militares que realizaram a prisão em flagrante ressaltaram a mesma dinâmica e não mencionaram qualquer fato que pudesse evidenciar a ligação do agente com o crime organizado.

Nesse prospecto, apesar de demonstrada a traficância, os elementos de convicção produzidos no curso da persecução penal não comprovam a prática reiterada do crime de tráfico pelo recorrente, de modo que a afirmação de que integra organização criminosa constitui mera presunção, a qual não deve ensejar o afastamento do privilégio.

Ademais, a quantidade de entorpecente apreendido não é exorbitante (9,3 kg de maconha e 62 g de cocaína) e, por si só, não permite concluir que o apelante seja integrante de grupo criminoso voltado ao tráfico ou, ainda, que se dedique a esse tipo de atividade.

Diante desse quadro, o que de fato se tem nos autos é que o apelante preenche todas as exigências legais, haja vista que é primário, não possui antecedentes maculados e, repita-se, inexistem provas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, o que torna forçoso o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Nesse sentido são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci¹:

“(...) aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput, ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda. Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que possa aplicar a diminuição de pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e de bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando”.

A jurisprudência desta Corte é no mesmo sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – REDUÇÃO DA PENA BASE – IMPOSSIBILIDADE – QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGA – AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06 – TESE ACATADA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CARACTERIZADO – HEDIONDEZ AFASTADA DE OFÍCIO – FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS NÃO RECOMENDÁVEL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A exasperação da pena basilar deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, deve ser levado em consideração que em situações desse jaez, imputação alusiva a tráfico de entorpecentes, são 10 circunstâncias a serem observadas, oito delas elencadas no artigo 59 do Código Penal e duas no artigo 42 da Lei Antidrogas. Por conseguinte, verificando-se que a elevação adotada em primeiro grau, correspondente a 06 meses, situou-se inclusive aquém do patamar que seria cabível, inexistente retificação a ser feita neste particular.

¹ Lei Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.ed. São Paulo: RT, 2009, p.361.

A incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas não decorre automaticamente do transporte da droga em transporte coletivo, mas apenas nas situações em que o agente tenha se aproveitado do transporte público com o fim especial de atingir um maior número de pessoas.

Tratando-se de acusada primária, sem antecedentes, aliando-se a isso que quantidade transportada não delinea, por si só, traços de estrutura organizacional que estivesse a suportar a operação, notadamente em se tratando de maconha, o simples fato de existir uma pessoa que indicara o “serviço” e outra que entregara a droga preparada, rumo ao destino final, não induz automática e necessariamente ao afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, do diploma legal em comento, mesmo porque não se trata de situação inédita ou que extrapole ao que de ordinário acontece em operações ilícitas desse naipe.

Nesse contexto, e tendo em vista, ainda, que o próprio sentenciante adotou, para fins de fixação do regime prisional, critério exclusivo ao quantum especificado, o regime aberto se mostra razoável e proporcional, diante do redimensionamento formalizado.

Reconhecida a causa de diminuição de pena, afastável se afigura, inclusive de ofício, a hediondez do delito, pois, a despeito do estampado na Súmula 512, do STJ, o plenário do Pretório Excelso, quando do julgamento do HC 118.533/MS, superou referida jurisprudência e reconheceu a não hediondez do denominado tráfico privilegiado.

Militando desfavoravelmente a considerável quantidade de entorpecente transportada, dez quilos, não torna recomendável, sequer socialmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, máxime considerando tratar-se de droga sabidamente consumida em porções ínfimas, cada cigarro de maconha demanda, no máximo, um grama, a bem realçar o significativo universo de pessoas visadas com a ilícita operação enfocada.

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 0002014-02.2014.8.12.0019 – Ponta Porã; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 05.04.2018) – destaquei.

EMENTA –APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PATAMAR DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA MANTIDO – MAJORANTE DO TRÁFICO EM TRANSPORTE COLETIVO NÃO CONFIGURADA – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDA – REGIME PRISIONAL MANTIDO – INAPLICABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO E RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. A lei não fixa quantum de redução para atenuante da confissão espontânea, sendo que o patamar aplicado corresponde à fração de 1/6, quantidade tida por proporcional e adequada pela jurisprudência pátria. A majorante do inciso III somente estará configurada quando houver a infração em transporte coletivo, consoante os núcleos dos tipos dos arts. 33 à 37 da Lei de Drogas, em que a difusão da droga alcance um maior número de pessoas, ou seja, é necessário que esteja comprovada a efetiva comercialização do entorpecente no interior do veículo. Assim, havendo droga escondida dentro da bagagem da ré, por si, não é causa suficiente para impor a aplicação da causa de aumento. São vagos os elementos para conclusão de que a ré integra organização criminosa, mencionando apenas que foi contratado por terceira pessoa, o que é comum e necessário para que haja a prática da traficância em si. Não há identificação de dados concretos que possam fazer concluir pela integração da ré à associação criminosa, mormente pelo transporte do entorpecente em ônibus coletivo e em quantidade não vultosa. Assim é descabido o afastamento do benefício legal com base em presunções. São exigíveis elementos concretos, hábeis a demonstrar pela logística empregada, a efetiva colaboração com a traficância organizada. O que não há comprovação na hipótese. Reconhecida a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, há de ser afastada a hediondez do tráfico de drogas. Em face do quantum da pena e diante da quantidade de entorpecente (10,5 Kg de maconha), mantenho o regime inicial

semiaberto, com fundamento no artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal e artigo 42 da Lei da Drogas. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por suplantar o limite temporal previsto no artigo 44, I, do Código Penal. Contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo para o fim de reconhecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado e afastar a hediondez do delito (pena definitiva em em 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão e 438 dias-multa). (TJMS. Apelação nº 0002406-68.2016.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 05/10/2017, p: 10/10/2017) - destaquei.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS) – POSSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – REDUTORA APLICADA NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO) – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EX OFFICIO – PRECEDENTES DO STF – MAJORANTE DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO V, DA LEI Nº 11.343/06 – MANTIDA – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA – DROGA QUE COMPROVADAMENTE POSSUA COMO DESTINO OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – EXCLUSÃO EX OFFICIO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI ANTITÓXICOS – AGENTE QUE SE UTILIZAVA DO TRANSPORTE PÚBLICO PARA MERO DESLOCAMENTO DA DROGA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cabível o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, eis que a apelante é primária, portadora de bons antecedentes e não há nos autos provas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa. Além disso, a quantidade de entorpecente apreendido não é exorbitante, de modo que, por si só, não se mostra suficiente para a dedução de que seja integrante de organização criminosa voltada ao tráfico ou, ainda, que se dedique a esse tipo de atividade, sobretudo porque não há evidências concretas nesse sentido. Assim, considerando a quantidade relativa e a nocividade de droga apreendida (1,055kg de cocaína), fixa-se a redutora citada (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), por ser o mais o mais adequado à gravidade e reprovabilidade da conduta no caso concreto. 2. Em recente pronunciamento (Habeas Corpus nº 118.533/MS em 23/06/2016), o Pretório Excelso assentou o entendimento de que o delito de tráfico com a incidência da causa de diminuição do § 4º art. 33 da Lei de Drogas, não é equiparado aos crimes hediondos, razão pela qual afasta-se, ex officio, a hediondez do delito. 3. É desnecessária a efetiva transposição da fronteira entre Estados para a configuração da causa de aumento de pena prevista do inciso V do artigo 40 da Lei de Drogas, bastando, para tanto, a comprovação inequívoca de que a droga seria destinada à outra Unidade da Federação, tal como ocorre na hipótese dos autos. 4. O simples fato de a ré transportar a droga em um ônibus não tem o condão de, por si só, fazer incidir a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06. É necessário que o agente se utilize desse transporte público para nele difundir, usar ou comercializar, atingindo maior número de pessoas. 5. Recurso parcialmente provido, para reconhecer a redutora do tráfico eventual, aplicando-a no patamar de 1/6 (um sexto) e, ex officio, afastar a hediondez do crime e também a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/03, tornando definitiva a reprimenda de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, mantido o regime prisional fechado. EM PARTE COM O PARECER (TJMS. Apelação nº 0007851-55.2015.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 14/09/2017, p: 15/09/2017) - destaquei.

Assim, a causa especial de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado deve ser reconhecida em favor do apelante.

Por consectário, destaca-se que não existe fórmula matemática estabelecida em lei para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, cabendo ao magistrado, dentro dos parâmetros legais, analisar as peculiaridades de cada caso e estabelecer a fração mais justa e adequada à repressão e prevenção do delito.

Na busca do índice ideal deve-se considerar, com preponderância sobre as moduladoras previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, nos exatos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, desde que tais circunstâncias não tenham sido consideradas na primeira fase da dosimetria penal, sob pena de caracterização do vedado *bis in idem*.

A esse respeito, calha a lição do jurista Guilherme de Souza Nucci (*in* Código Penal comentado: 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. f. 140):

“Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

No caso em epígrafe, diante da quantidade e variedade de droga transportada pelo recorrente (9, kg de maconha e 62 gramas), entendendo que o percentual de 1/4 (um quarto) revela-se justo e adequado à gravidade da conduta no caso concreto.

Reconhecido o tráfico privilegiado, impõe-se o reconhecimento de ofício da exclusão da hediondez do delito.

Como cediço, em recente pronunciamento, o Pretório Excelso, em caso oriundo deste Tribunal (*Habeas Corpus* nº 118.533/MS em 23/06/2016), assentou o entendimento de que o delito de tráfico com a incidência da causa de diminuição do § 4º art. 33 da Lei de Drogas, não é equiparado aos crimes hediondos.

Referido *decisum* restou assim ementado:

EMENTA – HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE – HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1.º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei nº 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 16-09-2016 Public 19-09-2016).

Portanto, deve ser afastado o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, porquanto praticado na forma do § 4º, do artigo 33, da Lei Antitóxicos.

Nesse sentido, colho precedente desta Corte:

EMENTA–APELAÇÃO CRIMINAL–TRÁFICO DE DROGAS–DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – TRAFICÂNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA – DE OFÍCIO, AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – RECURSO IMPROVIDO. I - Assim, a prova dos autos, as condições da droga e demais circunstâncias do flagrante mostram-se incompatíveis com a tese de posse para consumo próprio. Logo, não há falar em desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse de entorpecentes para consumo próprio. II - De ofício, afasto a hediondez do delito, pois, tratando-se do crime de tráfico de drogas com incidência da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/2006, impõe-se o afastamento da hediondez do delito, conforme

precedente do e. Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 118.533/MS). III – Contra o parecer, recurso improvido. (TJMS; Apelação Criminal nº 0001988-91.2015.8.12.0011 – Coxim; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 03.08.2017).

Feitas tais considerações, passo à elaboração da dosimetria penal.

Na primeira fase, observo que a pena-base deve ser retificada.

No caso, a sentença considerou negativas ao apelante as moduladoras da natureza e quantidade de droga, razão pela qual a pena-base foi fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Sucedo, entretanto, que, com o reconhecimento do privilégio previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, tais circunstâncias foram consideradas na última etapa da dosimetria, para quantificar o patamar de incidência da referida minorante, consoante fundamentação exposta anteriormente.

Diante de tal contexto, as referidas moduladoras devem ser neutralizadas na primeira fase da dosimetria penal, a fim de que seja considerada apenas na última etapa, evitando-se, desta forma, indevido *bis in idem*.

A respeito do assunto, o Pretório Excelso consolidou o entendimento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes apenas podem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o *bis in idem*. Vejamos:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO – TRÁFICO INTERNACIONAL DE COCAÍNA – DOSIMETRIA DA PENA – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA – OCORRÊNCIA DE INDEVIDO BIS IN IDEM. 1. As instâncias de origem consideraram a natureza e a quantidade do entorpecente tanto na primeira quanto na terceira fase do processo de dosimetria da pena. Circunstância caracterizadora de indevido bis in idem, conforme a atual orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 112.776 e HC 109.193, Rel. Min. Teori Zavascki). 2. Ordem parcialmente concedida apenas para que o juízo de origem refaça a dosimetria da pena com base na jurisprudência assentada pelo Plenário do STF.” (HC 115466, Relator(a):Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, Processo Eletrônico DJe-122 Divulg 23-06-2014 Public 24-06-2014) – destaquei.

Desta feita, como as duas moduladoras valoradas negativamente na sentença não permitem a exasperação da pena-base, esta deve ser reduzida ao patamar mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa, embora tenham sido reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda permanece inalterada, uma vez que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (Súmula 231 do STJ).

No último estágio da dosimetria, em razão do reconhecimento do privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, reduzo a pena aplicada no patamar de 1/4 (um quarto), quedando-se em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

Por fim, requer a defesa a modificação do regime para início de cumprimento da pena bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O sentenciante fixou o regime prisional fechado fundamentando:

Considerando a quantidade de pena que lhe foi imposta e a circunstância judicial negativa, e a inexistência de qualquer antecedente policial, aplico o regime semiaberto para iniciar o cumprimento da pena.

Declaro o caráter hediondo do crime de tráfico para os fins legais.

Conforme decidido alhures, o réu foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, com incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e conseqüentemente foi afastada a hediondez da conduta.

Na hipótese dos autos, observa-se que o apelante é primário, a pena definitiva é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, foram consideradas inteiramente favoráveis, tanto que a penas-base foi implementada no mínimo legal.

Dessa forma, ausentes elementos concretos e aptos a justificar a imposição de regime mais gravoso e, em observância ao disposto no artigo 33 do Código Penal, afigura-se adequado a fixação do regime prisional aberto ao apelante.

No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, assim o STF decidiu:

EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88) – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber; no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta

situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 Divulg 15-12-2010 Public 16-12-2010 Ement Vol-02452-01 Pp-00113 RTJ Vol-00220-01 Pp-00402 RT v. 100, nº 909, 2011, f. 279-333)

Destarte, considerando que o apelante preenche os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, bem como foi beneficiado com a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, aplico a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal,

Por tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso de Bruno de Oliveira Ferreira, para reconhecer o privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, aplicando-o no patamar de 1/4 (um quarto), afastando, assim, *ex officio*, a hediondez do delito, bem como para reduzir a pena-base ao mínimo legal, ficando sua pena definitiva implementada em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, bem como para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

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.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento e, *ex officio*, afastaram a hediondez do delito.

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^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 4 de abril de 2019.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000102-26.2016.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006 PARA O DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 28, *CAPUT*, DA MESMA LEI – IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAÇÃO DA APELADA NA FORMA DA DENÚNCIA – JULGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – RECURSO IMPROVIDO – NULIDADE DA SENTENÇA E PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA – RECONHECIDAS DE OFÍCIO – ARTIGO 30 DA LEI Nº 11.343/06 – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. É nula a sentença que, ao desclassificar o delito imputado para o de menor potencial ofensivo (do artigo 33 para o artigo 28 da Lei 11.343/2006), profere seu julgamento, sem declinar da competência para o Juizado Especial competente. Reconhecida a nulidade da sentença e verificado que, entre o recebimento da denúncia e a presente data, transcorreu o lapso temporal suficiente para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, deve-se reconhecê-la desde logo. 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.

Contra o parecer, recurso improvido e, *de ofício*, reconhecida a nulidade da sentença e a prescrição da pretensão punitiva.

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 e, de ofício, reconhecer a nulidade absoluta da sentença e, conseqüentemente, também, de ofício, reconhecer a extinção da punibilidade da ré Karina Escobar pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal, combinado com o art. 30 da Lei 11.343/06.

Campo Grande, 25 de abril de 2019.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação (f. 168-179) interposto pelo Ministério Público Estadual em face da sentença desclassificatória/condenatória prolatada em desfavor da ré/apelada Karina Glanert Escobar, denunciada pelo delito capitulado no artigo 33, *caput* c/c artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e, após desclassificação, condenada pelo delito capitulado no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com pena de advertência, sem substituição ou suspensão da pena.

Insurge-se o apelante contra a sentença desclassificatória, sustentando que a sentença deveria ser reformada, eis que demonstradas nos autos a autoria e materialidade do delito, não sendo cabível a absolvição

por deficiência probatória. Por fim, apresentando prequestionamento, pugna pela reforma da sentença para o fim de condenar a ré/apelada nos termos da denúncia.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 184-196).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 230-234).

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação (f. 168-179) interposto pelo Ministério Público Estadual em face da sentença desclassificatória/condenatória prolatada em desfavor da ré/apelada Karina Glanert Escobar, denunciada pelo delito capitulado no artigo 33, *caput* c/c artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e, após desclassificação, condenada pelo delito capitulado no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com pena de advertência, sem substituição ou suspensão da pena.

Segundo a denúncia (f. 01-04):

“(…)

Da conduta delitiva

Imputação: Tráfico Ilicito de Entorpecentes - art. 33 da Lei 11.343/06

Consta do incluso inquérito policial, que no dia 11 de janeiro de 2016, por volta das 21h00, na residência localizada no Mini Anel, próximo à esquina com a Rua Delamar Silva, nesta cidade de Fátima do Sul/MS, a denunciada Karina Glanert Escobar, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com vontade, tinha em depósito em sua residência 02 (duas) porções da droga vulgarmente conhecida como “crack”, de aproximadamente 01 (um) grama cada, bem como vendeu 01 (uma) porção desta droga para um usuário, cujas substâncias são de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria SVS/MS nº 344 de 1998, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, policiais militares realizavam rondas de rotina próximo ao endereço acima mencionado, ocasião em que abordaram Cristiano dos Santos Mattos, no qual foi feita uma busca pessoal e os milicianos verificaram que este escondia na boca, sob a língua, uma porção de substância entorpecente, vulgarmente conhecida como ‘crack’.

Ao ser indagado sobre a procedência da droga, Cristiano afirmou que havia acabado de adquirir de Karina, no local conhecido por “Boca do Dudu”, pelo valor de R\$ 10,00 (dez) reais.

Em razão disso, os milicianos foram até o local mencionado, onde se encontrava a denunciada e, com a anuência do morador, Emerson de Souza Fidelis, o qual franqueou a entrada, passaram a vasculhar o local.

Durante as buscas realizadas, os policiais localizaram 02 (duas) porções de crack no quarto da denunciada, os quais estavam escondidas em seus pertences, cuja embalagem era idêntica a embalagem apreendida com Cristiano, bem como sobre a mesa da cozinha encontraram um pedaço da embalagem do mesmo material utilizado para embalar as drogas.

Ademais, no outro quarto, no qual estavam os pertences do menor V. dos S.S., os policiais localizaram mais 02 (duas) porções da mesma droga e com a mesma embalagem.

Diante disso, a denunciada Karina foi presa em flagrante delito e encaminhada à Delegacia de Polícia para adoção das medidas cabíveis.

Cumpre frisar, que a traficância praticada pela denunciada visava/atingia adolescente, vez que V. dos S. possui apenas 16 (dezesseis) anos de idade.

Sobeja dos autos indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, mormente pelo auto de prisão em flagrante (f. 02), auto de exame de constatação (f. 17), pelo boletim de ocorrência (f. 21-22), autos de apreensão (f. 24-25).

Da responsabilidade penal

Assim agindo, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul oferece a presente denúncia em face da denunciada Karina Glanert Escobar por ter incorrido nas sanções do artigo 33, caput c/c o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Do pedido

Requer, após a autuação desta, seja a acusada notificada para oferecer defesa prévia nos termos do artigo 55 da Lei nº 11.343/06,”

A ré/apelada foi presa em flagrante no dia 12/01/2016 (f. 06-08). Denúncia recebida em 16/03/2016 (f. 77-78). Citação válida em 12/02/2016 (f. 62), com apresentação de resposta à acusação em 14/03/2016 (f. 40-71), por intermédio da Defensoria Pública Estadual.

Instruída a ação penal, realizou-se a audiência para oitiva de 02 (duas) testemunhas, além do interrogatório da ré/apelada (f. 107 – em audiovisual). Na sequência, foram apresentadas as respectivas alegações finais pelas partes (f. 121-130 e 132-152) e, em seguida, pelo magistrado da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul/MS, foi prolatada sentença desclassificatória/condenatória, nos seguintes termos (excertos – f. 153-161).

“(…)

Procedimento

O processo transcorreu sem anormalidades, não tendo sido alegada qualquer nulidade.

Tipicidade

Os tipos penais pelos quais a ré está sendo processada encontram-se na Lei 11.343-2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

Os fatos denunciados são típicos.

Materialidade e autoria

A ré está sendo processada pela prática do crime de tráfico de drogas.

O auto de apreensão (f. 38-39) comprova que foram apreendidas 03 trouxinhas de crack, totalizando 1,00 g.

O auto de exame de constatação (f. 29) comprova que a substância apreendida tratava-se de crack.

*O laudo de exame toxicológico (f. 73-76) comprova que as análises realizadas nas amostras encaminhadas revelaram a presença de cocaína, a qual é extraída da planta cientificamente denominada *Erythroxylum Coca Lam* e também de outras espécies do gênero.*

(...).

Os testemunhos dos policiais militares que atenderam a ocorrência não são provas tendentes a condenar a ré pelo delito em questão. Seus testemunhos, além de serem dotados de credibilidade, foram no mesmo sentido ao relatarem a dinâmica dos fatos. De fato, foi encontrada, pelos policiais, droga dentro da casa da ré, no entanto, não restou demonstrado que a droga encontrada seria para o tráfico. O policial militar Hélio Aparecido Tenório, em juízo, informou que no local dos fatos não foi encontrado nenhum outro elemento que demonstrasse a traficância. Ademais, a quantidade de droga encontrada pelos policiais era pequena, gerando dúvidas sobre o destino comercial da droga. Em que pese Cristiano dos Santos Mattos ter informado aos policiais que havia comprado droga da ré, nenhuma prova presente nos autos foi nesse sentido. Assim, o que foi dito pelos policiais militares não pode, por si só, embasar um decreto condenatório em desfavor da ré.

(...).

A ré Karina Glanert Escobar, em juízo (f. 107), alegou o que segue. É usuária de droga. A droga encontrada era sua. Não vendeu droga. Tudo o que comprava era para o seu uso. Na casa, os policiais não encontraram dinheiro. Não usou droga no presídio. No presídio, estava fazendo tratamento com uma psicóloga e com um médico. Tomava medicação para a abstinência. Comia doce para controlar a vontade de usar droga e quando não tinha doce comia açúcar puro. Quando for solta, não vai voltar a usar crack.

Percebeu que pode ficar sem usar droga, pois ficou três meses sem usar.

A ré, em juízo, negou a prática do delito de tráfico de drogas, afirmando que a droga apreendida era para o seu uso pessoal e não para a traficância.

A ré afirmou ser dependente química. A quantidade de droga apreendida é compatível com o consumo. Além disso, não foram apreendidos objetos geralmente utilizados no tráfico de drogas. Verifica-se que as provas acostadas nos autos não são suficientes para confirmarem que os fatos ocorreram como descritos na denúncia. Desta forma, não há provas de que a ré cometeu o delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343-06. Consequentemente não há que se falar na aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, VI, da Lei de Drogas.

Contudo, a conduta tipificada no art. 28, caput, da Lei nº 11.343-06, ficou comprovada pelos testemunhos dos policiais, pelos testemunhos do Emerson de Souza Fidélis e do menor V. dos S.S., bem como pela confissão da ré de a droga apreendida era para o seu uso pessoal.

Há dúvidas de que a droga apreendida seria destinada para o tráfico. Para um decreto condenatório é necessário ter certeza da ocorrência do delito e da autoria. O que não ocorre no presente caso. Assim sendo, não havendo provas suficientes da prática de tráfico, mas havendo provas do uso, a desclassificação é medida que se impõe.

(...).

Sendo assim, não havendo provas suficientes da traficância, estou convencido de que a ré de fato portava entorpecentes para uso próprio, incidido nas penas do artigo 28, caput, da Lei de Tóxicos.

(...).

Absolvo a ré Karina Glanert Escobar das imputações no artigo 33, caput, da Lei 11.343-2006, por insuficiência de provas (CPP, 386, VII) e a condeno às penas da Lei nº 11.343 de 23.08.2006 (Lei de Tóxicos), artigo 28, em uma incidência. Aplico à ré a pena de advertência. Não cabem substituição de penas, nem sursis.

(...).”

Analisando detidamente a decisão e considerando as razões e contrarrazões recursais, bem como o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, tenho que não assiste razão ao apelante. Explico:

Em princípio, cumpre destacar que a ré/apelada foi condenada nas penas do artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (em uma incidência), com pena de advertência.

Em suas razões recursais, o apelante aduz que a sentença merece reforma, tendo em vista que, ao contrário do que entendeu o magistrado sentenciante, a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas teriam restados comprovados nos autos. A convicção do apelante decorre do depoimento da testemunha Cristiano dos Santos que, quanto ouvido pela autoridade policial (f. 14), teria afirmado ter sido surpreendido pela polícia militar na posse de uma pedra de “crack”, encontrada em sua boca. Quando questionado sobre a origem da droga, afirmara aos policiais que a teria adquirido da ré/apelada por R\$ 10,00 (dez reais). Tal assertiva não foi corroborada por ele em juízo, visto não ter sido encontrado para prestar depoimento em juízo.

Quando abordado pela polícia, segundo o depoimento dos policiais, Cristiano teria indicado o local onde adquirira a droga, sendo que a polícia teria se deslocado ao local. Ao contrário da afirmativa dos policiais de que teriam sido autorizados a entrar e vistoriar o imóvel, a testemunha Emerson de Souza Fidelis, quando ouvido em juízo (f. 107 – em audiovisual), afirmou que se encontrava no imóvel – onde reside com sua família, com o menor V. e a com a ré Karina – quando da chegada da polícia e, ao responder se os policiais teriam pedido para entrar na casa, afirmou: “*eu tava na cozinha fazendo a janta, eles chegaram e só falaram apaga o fogo e acompanha nois*”.

Também afirmou que, morando no mesmo imóvel onde reside a ré/apelada, nunca a viu comercializando o que quer que seja, notadamente drogas, bem como, que não teria visto Cristiano na casa.

Os policiais militares, quando de seus depoimentos perante a autoridade policial, em declarações idênticas, pouco acrescentaram, limitando-se a narrar o encontro de algumas pedras de “crack” no local, que não totalizaram mais de 1 (uma) grama.

Como bem anotou o magistrado sentenciante, os testemunhos dos policiais militares não são provas tendentes a condenar a ré pelo delito de tráfico. O conjunto probatório produzido é ineficaz e insuficiente para o decreto condenatório quanto ao delito de tráfico de drogas, eis que, não existe nenhuma prova consistente e apta a caracterizar o tráfico. O próprio policial militar Hélio Aparecido, em depoimento judicial (f. 107 – em audiovisual) afirmou que seria plausível (possível) que as pedras de “crack” encontradas no imóvel pudessem ter sido adquiridas na mesma hora e do mesmo fornecedor pelos seus possuidores (Karina e V.), o que justificaria a igualdade de embalagens das referidas pedras.

Assim, bem sopesadas as provas constantes dos autos e constatada a inexistência de provas concretas e suficientes para caracterizar o delito de tráfico de drogas, justa é a decisão de absolvição da ré/apelada quanto a esse delito e sua desclassificação para o delito de posse de entorpecente para uso próprio, justificando sua condenação nas penas do artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (pena de advertência), tendo em vista sua confissão quanto a posse das pedras encontradas e apreendidas e de sua dependência química das mesmas, restando configurado que se destinavam unicamente ao seu consumo pessoal.

Por essa razão, não merece provimento a insurgência ministerial, tendo em vista a bem aplicada sentença de desclassificação/condenação exarada pelo Magistrado, devendo ser mantida em todos os seus termos.

Todavia, observando-se a decisão recorrida, considerando-se a competência do Juízo prolator da sentença e a data de recebimento da denúncia e sentença, tenho que ocorreram duas questões prejudiciais ao mérito da ação: a nulidade da sentença e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Ambas matérias, por serem de ordem pública, podem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

A nulidade absoluta da sentença de f. 153-161, deve ser reconhecida *de ofício*, sob argumento de que, ao desclassificar o crime de tráfico para a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o magistrado *a quo* deveria ter remetido os autos ao Juízo competente, qual seja, ao Juizado Especial Adjunto da Comarca de Fátima do Sul/MS, entendendo-se que o Juízo da 1ª Vara da mesma Comarca, é absolutamente incompetente para julgar a matéria.

Com a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o delito de posse de entorpecentes para consumo, a decisão não comportaria pena privativa de liberdade, considerando-se insuperável a competência absoluta do Juizado Especial Adjunto, devendo o feito ser para lá redirecionado.

No caso, a existência de pena pressupõe uma condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que somente seria possível se a mesma tivesse sido prolatada por Juízo competente, que seria o Juizado Especial, o que não ocorreu nos autos em questão.

Nesse sentido (grifei):

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA – ACOLHIDA – SENTENÇA QUE CONDENOU O RÉU E EXTINGUIU A PUNIBILIDADE – MAGISTRADO QUE NÃO TINHA COMPETÊNCIA – RECURSO PROVIDO. Se a preliminar de não conhecimento do apelo invoca matéria que se confunde com a matéria de mérito do recurso, assim deve ser analisada. Diante da desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de entorpecentes, é necessária a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal, a fim de ser processado nos termos da Lei nº 9.099/95. Contra o parecer, rejeito a preliminar de não conhecimento e, no mérito, dou provimento ao apelo defensivo para declarar a parcial nulidade da sentença de primeiro grau. Determina-se a remessa dos autos ao JECrim. (TJMS. Apelação nº 0050468-33.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 11/12/2018, p: 12/12/2018)”

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – NULIDADE DA SENTENÇA – ACOLHIDA – DECISUM QUE CONDENOU OS RÉUS E EXTINGUIU A PUNIBILIDADE – MAGISTRADO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE – RECURSO PROVIDO. Diante da desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de entorpecentes, é necessária a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal, a fim de ser processado nos termos da Lei nº 9.099/95. Com o parecer, dou provimento ao apelo defensivo para declarar a nulidade da sentença de primeiro grau, que condenou e extinguiu a punibilidade dos réus Ana Márcia Coelho de Souza e Igor Ferreira pelo delito do art. 28, da Lei de Drogas, determinando a remessa dos autos ao JECrim. (TJMS. Apelação nº 0019041-47.2017.8.12.0001, Juizado Especial Central de Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 31/10/2018, p: 05/11/2018)”

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PARA USO DE ENTORPECENTES – COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS – EXTIÇÃO DA PENA NOS TERMOS DO ART. 109 DA LEP – IMPOSSIBILIDADE – EXTIÇÃO QUE PRESSUPÕE A CONDENAÇÃO DA APELANTE E SOMENTE PODE SER FEITA PELA AUTORIDADE COMPETENTE (JUIZADOS) COM O PARECER – DOU PROVIMENTO AO RECURSO. Deve ser anulada a decisão que julgou extinta a pena do crime de uso de drogas para consumo pessoal nos termos do art. 109 da LEP, posto que tal proceder pressupõe a existência prévia de uma condenação pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/06, que, por sua vez, somente seria possível se prolatada pela autoridade competente (Juizados Especiais), o que não ocorreu nos autos. Reconhece-se a nulidade da sentença se prolatada por autoridade incompetente. Recurso provido. (TJMS. Apelação nº 0006308-88.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 03/04/2018, p: 13/04/2018)”

Dessa forma, não se pode declarar extinta uma pena que sequer foi imposta pela autoridade competente, restando ausente essa condenação.

Portanto, a anulação da sentença referente ao juízo de culpabilidade é medida que se faz necessária.

Destarte, reconhecida a competência de outro juízo, diante de todo o exposto e do artigo 383 do Código de Processo Penal, impõe-se a remessa dos autos ao Juizado Especial Adjunto da Comarca de Fátima do Sul/MS.

Entretanto, na espécie, impositiva a declaração de extinção da punibilidade, por força da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Assim, embora a competência para o julgamento do feito tenha sido reconhecida, mostra-se absolutamente contraproducente a remessa dos autos ao Juizado Especial Adjunto para que, nessa instância, se declare a prescrição, quando tal situação já se mostra aqui observada.

Com efeito, a prescrição do crime de posse de drogas para consumo pessoal se verifica em 02 (dois) anos, conforme previsto no artigo 30 da Lei nº 11.343/2006.

Observa-se, assim, que entre o recebimento da denúncia (em 16/03/2016 – f. 77-78) até a presente data, já transcorreram mais de 02 (dois) anos, o que enseja a extinção da punibilidade da ré/apelante pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

À propósito, trago os seguintes julgados (grifei):

“APELAÇÃO – POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO – CONDENAÇÃO – JUÍZO INCOMPETENTE. Operada a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de que trata o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, desloca-se a competência para julgamento do feito ao juizado especial criminal. Invalidez parcial da sentença proferida, por juízo absolutamente incompetente. Extinta a punibilidade do denunciado pela prescrição da pretensão punitiva do estado, tendo em vista o decurso de mais de dois anos entre a data do recebimento da denúncia (último marco interruptivo) e a presente, impositiva sua declaração (Lei nº 11.343/2006, art. 30; Código Penal, art. 117, incisos I e IV). Decretadas nulidade parcial da sentença e extinção da punibilidade declaradas. Apelo prejudicado. (TJRS; ACr 0451958-62.2014.8.21.7000; Cachoeira do Sul; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto; Julg. 17/12/2014; DJERS 21/01/2015)”

“REVISÃO CRIMINAL – PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 89, DA LEI Nº 9.099/95 – CABIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO – NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA – LAPSO PREENCHIDO ENTRE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E PRESENTE DATA – RECONHECIMENTO – DEFERIMENTO. A desclassificação da pretensão punitiva que conduz a acusação aos limites do art. 89, da Lei nº 9.099/95, torna inviável a condenação direta antes de se possibilitar ao Parquet o oferecimento da suspensão condicional do processo. Reconhecida a nulidade da sentença e verificado que - entre o recebimento da denúncia e a presente data - transcorreu lapso temporal suficiente para a prescrição da pretensão punitiva retroativa deve-se reconhecê-la desde logo. Revisão Criminal que se defere, ante a impossibilidade de cancelar violação aos art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal, e art. 61, da Lei nº 9.099/95, bem como aos princípios do devido processo legal e do juiz natural. (TJMS. Revisão Criminal nº 1405091-23.2016.8.12.0000, Camapuã, Seção Criminal, Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 24/08/2016, p: 29/08/2016)”

Ante o exposto, contra o parecer, conhecimento e negação do recurso e, *de ofício*, reconhecimento da nulidade absoluta da sentença, e, conseqüentemente, também, *de ofício*, reconhecimento da extinção da punibilidade da ré Karina Glanert Escobar pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, combinado com o artigo 30 da Lei nº 11.343/2006.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e negaram provimento e, de ofício, reconheceram a nulidade absoluta da sentença e, conseqüentemente, também, de ofício, reconheceram a extinção da punibilidade da ré Karina Escobar pela prescrição da pretensão punitiva do estado, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal, combinado com o art. 30 da Lei 11.343/06.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

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, 25 de abril de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0001075-62.2013.8.12.0017 - Nova Andradina

Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – PESCA PREDATÓRIA, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME – PRELIMINAR – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO POR APRESENTAÇÃO TARDIA DAS RAZÕES – AFASTADA – MERA IRREGULARIDADE – MÉRITO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS – INAPLICABILIDADE AO CASO EM CONCRETO – RELEVANTE GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO – CONCURSO DE CRIMES SOBRE AS CONDUTAS TIPIFICADAS NO ARTIGO 34, DA LEI Nº 9.605/1998 – IMPOSSIBILIDADE – CONTEXTO FÁTICO CARACTERIZADO COMO CRIME ÚNICO – PENAS ALTERNATIVAS RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O atraso na apresentação das razões recursais constitui mera irregularidade, sendo certo que a sua juntada, ainda que tardia, não elide o regular exercício do direito de apelar manifestado tempestivamente pela parte.

Aos crimes ambientais é admissível a aplicação do princípio da insignificância quando restar configurada a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressiva lesão jurídica sobre o bem tutelado, cumulativamente. *In casu*, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente extrapola o tolerável e elide a atipicidade de sua conduta com relação ao artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998.

As condutas previstas no *caput* e incisos do parágrafo único, do artigo 34 da Lei de Crimes Ambientais, são de ação múltipla ou de conteúdo variado, tratando-se, pois, de crime único quando praticadas no mesmo contexto fático. Nada impede, no entanto, que as ações praticadas na conduta típica sejam sopesadas para fins de exasperação de circunstância judicial da pena inaugural.

É possível a substituição da reprimenda corporal por outras restritivas de direitos quando satisfeitos os requisitos para a sua concessão, nos termos do artigo 44, do Código Penal, com observância dos artigos 7º a 13, da Lei nº 9.605/1998, considerando ainda que a única circunstância judicial negativada não indicar, no caso concreto, a insuficiência da aplicação desta modalidade de pena alternativa.

Recurso 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, 23 de maio de 2019.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo d. Juiz da Vara Criminal de Nova Andradina/MS (f. 323-337), que julgou parcialmente procedente a pretensão acusatória, absolvendo Dorival Dorta Rodrigues da imputação prevista no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998, e condenando-o pela prática dos delitos previstos no artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.605/1998, artigo 14, da Lei nº 10.826/2006, e artigo 340 do Código Penal, em concurso material, à pena total de 02 (dois) anos de reclusão e 01 (um) ano, 01 (um) mês e 07 (sete) dias de detenção, em regime aberto, ficando a reprimenda corporal substituída por duas penas restritivas de direitos.

O d. representante do *Parquet*, em suas razões (f. 133-155), busca a condenação do acusado também pelo crime previsto no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998, em concurso material ou formal impróprio com as demais infrações penais, bem como o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A defesa, em sede de contrarrazões (f. 368-374), postula preliminarmente pela intempestividade do recurso interposto e, no mérito, pelo desprovimento do apelo ministerial, com a consequente manutenção da sentença exarada.

Instada a se manifestar (f. 382-387), por fim, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia (f. 01-03) em face de Dorival Dorta Rodrigues, imputando-lhe a prática dos delitos previstos no artigo 34, incisos I e II, da Lei nº 9.605/1998, artigo 14, da Lei nº 10.826/2003, e artigo 340 do Código Penal, todos em concurso material, cabendo destaque:

“(...) Consta do anexo caderno indiciário que, no dia 12 de outubro de 2012, o denunciado Dorival Dorta Rodrigues, em companhia de outras pessoas não identificadas, acampou à margem direita do rio Anhanduí, próximo ao KM 169 da rodovia BR 267, neste município de Nova Andradina/MS.

Ocorre que, nesta mesma data, por volta das 15h, o denunciado, ao ver a aproximação de policiais militares ambientais que realizam patrulhamento aquático, evadiu-se do acampamento se embreando na mata, abandonando todos os seus equipamentos e, inclusive, uma carteira contendo seus documentos pessoais.

*Ao avistarem tal situação, os policiais realizaram vistoria pelo acampamento, ocasião em que constataram que o denunciado, utilizando-se de um barco de alumínio, medindo 5,30 m (cinco metros e trinta centímetros), cor azul/prata, com a denominação “Sara”, registro nº 4020337691, com motor de popa Yamaha 15HP, chassi 65DS1052110, com tanque de combustível e mangote, recentemente havia capturado 04 (quatro) peixes da espécie “Piau” (“*Leporinus macrocephalus*”), em tamanho inferior ao permitido e mediante uso de petrechos proibidos para pesca, dentre eles 44 (quarenta e quatro) anzóis de galho, além dos demais itens descritos no auto de exibição e apreensão de f. 08-10 do IF.*

Verificou-se, na mesma ocasião, que o denunciado mantinha sob sua guarda uma arma de fogo de uso permitido, tipo carabina, marca Marlin, calibre 22, nº de série 05122438, medindo 56 cm (cinquenta e seis centímetros) de comprimento, bem como 18 (dezoito) munições intactas e 03 (três) deflagradas, todas do mesmo calibre da arma apreendida, conforme laudo pericial de f. 28-31.

Como se não bastasse, no dia seguinte à autuação e apreensão dos petrechos e bens pela polícia militar ambiental, o denunciado se dirigiu até a delegacia de polícia local e registrou o furto dos objetos apreendidos, dando início à ocorrência nº 3261/2012 (f. 20-21), crime do qual sabia inexistente.”

Após regular instrução processual, o d. Juiz da Vara Criminal de Nova Andradina/MS prolatou sentença (f. 323-337) julgando parcialmente procedente a pretensão acusatória, absolvendo Dorival Dorta Rodrigues da imputação prevista no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998, e condenando-o pela prática dos delitos previstos no artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/1998, artigo 14, da Lei nº 10.826/2006, e artigo 340 do Código Penal, em concurso material, à pena total de 02 (dois) anos de reclusão e 01 (um) ano, 01 (um) mês e 07 (sete) dias de detenção, em regime aberto, ficando a reprimenda corporal substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformado, o Ministério Público Estadual apelou a esta Corte.

Em suas razões recursais (f. 133-155), busca a condenação do acusado também pelo crime previsto no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998, em concurso material ou formal impróprio com as demais infrações penais, bem como o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o que me cabia rememorar. Passo ao exame do mérito recursal.

Da preliminar. Intempestividade da apresentação das razões de apelação.

Alega o apelado preliminar de intempestividade na juntada das razões do recurso de apelação ministerial, arguindo que o prazo para tanto encerrou no dia 06 de março de 2017, vindo a Acusação juntar a sobredita peça recursal somente no dia seguinte.

Entretanto, é consabido que o atraso na apresentação das razões recursais constitui mera irregularidade, sendo certo que a sua juntada, ainda que tardia, não elide o regular exercício do direito de apelar manifestado tempestivamente pela parte.

Sobre tanto, oportuno citar entendimento da Corte Cidadã:

PENAL – PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPF – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – RAZÕES RECURSAIS FORA DO PRAZO – OFENSA AO ART. 564 DO CPF – NÃO OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CRIMINAL – CRIME TRIBUTÁRIO – SÚMULA Nº 7/STJ – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – VALOR SONEGADO – VALIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. A ausência de prequestionamento impede o conhecimento da matéria veiculada no Recurso Especial. Súmula nº 282/STF. 2. “A apresentação tardia das razões do recurso de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, não configurando sua intempestividade. Súmula nº 83/STJ.” (AGRQ no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015) 3. (...) (STJ; AgRg-REsp 1.647.454; Proc. 2017/0003635-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 15/05/2018; DJE 23/05/2018; Pág. 2768) – destaquei

Logo, uma vez constatado que o *Parquet* local manifestou seu desejo em apelar da sentença prolatada no mesmo dia em que foi intimado para tanto (f. 342-343), é de se afastar a prejudicial de intempestividade suscitada.

Do mérito. Princípio da insignificância nos delitos ambientais. Aplicação do concurso de crimes. Afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No que tange as infrações penais previstas na Lei dos Crimes Ambientais, apesar desta tutelar como bem jurídico o meio ambiente, é admissível a aplicação do princípio da insignificância quando, no caso concreto, restar configurada a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressiva lesão jurídica sobre o bem tutelado, cumulativamente.

Esta é, inclusive, a esteira adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – CRIME AMBIENTAL – COMERCIALIZAÇÃO DE 145 QUILOS DE PEIXES – ESPÉCIE COM RISCO DE EXTINÇÃO – EXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA AFASTADA. 1. Predomina nesta Corte entendimento no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, devendo ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto para se verificar a atipicidade da conduta em exame. (...) (STJ; AgRg-REsp 1.720.513; Proc. 2018/0014098-2; RN; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 21/08/2018; DJE 03/09/2018; Pág. 2101) – destaquei

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CRIME AMBIENTAL – EXPLORAÇÃO DE RECURSO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO INCIDÊNCIA – APLICAÇÃO DE NORMA DESCRIMINALIZANTE PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DO DECRETO-LEI Nº 227/67 – NÃO INCIDÊNCIA – EXTRAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SUBSTÂNCIAS MINERAIS E IMEDIATA APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA REALIZADA POR PARTICULAR. I - Pacificou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância, nos crimes ambientais, requer a conjugação dos seguintes vetores: conduta minimamente ofensiva; ausência de periculosidade do agente; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. (...) (STJ; AgRg-REsp 1.394.171; Proc. 2013/0266001-0; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 23/08/2018; DJE 31/08/2018; Pág. 947) – destaquei

Transpondo tais parâmetros ao caso em concreto, é de se verificar que a conduta perpetrada pelo réu não contempla todos os requisitos necessários à aplicação da referida descriminalizante, devendo o mesmo incorrer, pois, na prática da infração penal prevista no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998, senão vejamos.

De fato, a materialidade delitiva restou demonstrada nos autos por meio dos boletins de ocorrência (f. 07-10 e 25-26), auto de exibição e apreensão (f. 11-16), fotografias (f. 17-20), auto de infração (f. 21-24), do interrogatório do réu (f. 18-19), além da prova oral coletada no curso da persecução penal.

Da mesma forma, autoria delitiva restou comprovada durante a *persecutio criminis*, senão vejamos.

As testemunhas compromissadas Antonio César de Queiroz, Antonio de Almeida Canuto e Pedro César Guirado Angelo, todos policiais ambientais, foram uníssonos em relatar que faziam patrulhamento aquático no rio Anhanduí quando avistaram um barco contendo quatro peixes, popularmente conhecidos como “Piau”, com sinais de malha e inferiores ao tamanho permitido, e ao descerem para fazer vistoria no local encontraram diversos apetrechos destinados à pescaria, além de armas, bolsa, além de uma carteira de autorização de pesca em nome do acusado. (depoimentos em áudio disponíveis no SAJ – f. 290)

O acusado, em juízo, nega ter pescado qualquer peixe naquela oportunidade. (depoimento audiovisual disponível no SAJ – f. 204)

Do apanhado nos autos, tem-se que os elementos de prova colhidos demonstram-se suficientes a elidir a aplicação do princípio da bagatela com relação ao artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998, a uma porque as testemunhas afirmaram, corroborando com as informações descritas no boletim de ocorrência e fotografias tiradas naquela oportunidade (f. 07-13 e 17-20), que havia expressiva quantidade de peixes do tipo Piau, de tamanho inferior ao mínimo legalmente permitido, dentro da embarcação de propriedade do acusado (f. 25-26), um deles, inclusive, com vida; e a duas porque o mesmo alega ser pescador de longa data, portando autorização para pescaria amadora (série A, nº 869.343 – f. 11-13), portanto conhecedor das condições legais para a prática de tal atividade, incluindo o tamanho mínimo permitido do pescado, o que realça sua ciência acerca da conduta dolosa.

Imperioso realçar que a hipótese do inciso I, do artigo 34, da Lei nº 9.605/1998 não visa tão somente uma proteção meramente quantitativa, mas sim a preservação e continuidade da fauna ictiológica em questão e, assim, manter o equilíbrio do ecossistema aquático, como bem discorre Renato Marcão²:

No primeiro caso, a proteção penal recai sobre espécies ameaçadas de extinção. No segundo, evidencia-se a necessidade de proteção especial a fim de se permitir que os espécimes atinjam a idade e, portanto, tamanho para que possam reproduzir, evitando, também aqui, o risco de extinção.

Assim, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente extrapola o tolerável para fins de aplicação do princípio da insignificância pois, além dos motivos acima expostos que acentuam a sua conduta reprovável, não se deve olvidar o contexto fático em que se deu a captura dos peixes irregulares, como bem se vê no auto de exibição e apreensão (f. 11-13), tudo a elidir, no caso em apreço, a atipicidade de sua conduta com relação ao artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998.

Nessa esteira, colho precedentes deste Tribunal:

RECEPTAÇÃO – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PESCA PREDATÓRIA – ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.605/98 – NORMA PENAL EM BRANCO – TIPICIDADE CONFIGURADA – COMPLEMENTAÇÃO PELA PORTARIA 03/2008 DO IBAMA – ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADO – CIÊNCIA DA ILICITUDE DA CONDUTA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO. Inviável absolvição por atipicidade da conduta, uma vez que a complementação de crime ambiental previsto no art. 34, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 9.605/98 encontra-se regulamentado na Portaria nº 03, de 28 de janeiro 2008, pelo IBAMA, na qual expressamente proíbe, em seu art. 8º, a captura, o transporte e a comercialização de pintado com medida inferior a 85 centímetros. 2. Pelas provas colhidas nos autos, consistente em sua confissão extrajudicial e depoimento dos policiais que realizaram a sua prisão, o apelante tinha plena ciência que não poderia pescar pintado fora da medida, afastando-se assim, o alegado erro de proibição. 3. Segundo entendimento do STF, para aplicação do princípio da insignificância, devem ser demonstrados os requisitos da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. No caso, o agente possui condenações anteriores transitadas em julgado, além do que foi preso com três peixes com medidas abaixo da medida, 05 varas, 04 molinetes, 01 carretilha e uma tarrafa, este último artefato proibido para pescador amador; o que impede o reconhecimento do princípio da insignificância. (TJMS; ACr 0000522-59.2016.8.12.0033; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago; DJMS 15/03/2019; Pág. 180) – destaquei

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIME AMBIENTAL – LEI PESCA E TRANSPORTE DE ESPÉCIMES COM MEDIDA FORA DAS ESPECIFICAÇÕES LEGAIS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA – PREQUESTIONAMENTO – CONDENAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A atipicidade material, em vista do princípio da insignificância, pressupõe a concomitância de mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

² MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei nº 9.605 de 12-2-1998. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. f. 105.

Agente que faz da pesca seu meio de subsistência, conhecedor da potencialidade lesiva de sua conduta em abater espécimes abaixo das medidas legais, para fins comerciais, aliado ao fato que registra vida anteacta censurável, fato que revela uma maior reprovabilidade na conduta perpetrada. (...) (TJMS; APL 0000015-26.2014.8.12.0015; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 13/03/2018; Pág. 74) – destaquei

Por outro lado, quanto à aplicação de concurso de crimes em relação às condutas descritas no *caput* e incisos do parágrafo único, do artigo 34 da Lei dos Crimes Ambientais, trata-se em verdade de delito de ação múltipla ou de conteúdo variado e, conforme leciona Victor Eduardo Rios Gonçalves³, deve responder o agente por crime único quando praticar mais de uma das hipóteses previstas, em relação ao mesmo objeto, na mesma oportunidade.

Este é também o entendimento jurisprudencial pátrio:

PENAL – AMBIENTAL – CRIME DO ARTIGO 34, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI Nº 9.605/98 – APELAÇÃO DEFENSIVA – CRIME FORMAL – IRRELEVÂNCIA DA AUSÊNCIA DE RESULTADO MATERIAL DA CONDUTA – PRÁTICA DO CRIME COMPROVADA – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO – TIPO MISTO ALTERNATIVO – PEDIDO DE CONDENAÇÃO COM BASE NO CAPUT E NO PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO DISPOSITIVO PENAL, EM CONCURSO FORMAL – IMPOSSIBILIDADE – DELITO ÚNICO – CRIME DO ARTIGO 69 DA LEI Nº 9.605/98 – AUSÊNCIA DE PROVA DE AUTORIA, EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS – ABSOLVIÇÃO – PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO – REJEIÇÃO DO APELO DA ACUSAÇÃO. (...) 4. O crime do artigo 34 da Lei nº 9.605/98 é de caráter misto alternativo, ou seja, por um lado, a prática de qualquer uma das condutas configura o cometimento do ilícito, e, por outro lado, a prática de mais de uma das condutas ali descritas não significa que o agente perpetrou mais de um crime, mas sim um único delito, de mais de uma maneira. (...) (TRF 4ª R.; ACR 5003695-08.2013.4.04.7101; RS; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 25/04/2018; DEJF 07/05/2018) – destaquei

PENAL – PROCESSO PENAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA – PERÍODO PROIBIDO – PEIXES MENORES QUE O PERMITIDO – TAMANHO ABAIXO DO PERMITIDO – UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS – REDE DE ARRASTO – CONCURSO FORMAL – INEXISTÊNCIA – DOSIMETRIA – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – ATENUANTE DO BAIXO GRAU DE INSTRUÇÃO OU ESCOLARIDADE – INAPLICABILIDADE – RÉU REINCIDENTE – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA VEDAÇÃO LEGAL – JUSTIÇA GRATUITA. 1. As ações típicas previstas no art. 34, caput, I e II, da Lei nº 9.605/98 praticadas pelo acusado, em um mesmo contexto fático (pesca de peixes em período proibido, com tamanhos inferiores ao permitido e utilizando de petrechos proibidos. rede de arrasto), ensejam crime único e não concurso de crimes, duas delas podendo ser consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis na fixação da pena-base. (...) (TRF 1ª R.; ACr 0002815-80.2011.4.01.3601; Terceira Turma; Relª Juíza Fed. Conv. Rosimayre Gonçalves de Carvalho; DJF1 05/05/2017) – destaquei

Como se verificou, a constatação da pesca dos exemplares em tamanho irregular se deu no mesmo contexto da apreensão dos materiais de pesca ilegais, não havendo falar, neste ponto, em concurso de crimes, pois a ação do agente, apesar de ser prevista em duas hipóteses (artigo 34, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 9.605/1998), conduz à prática de um único crime de pesca predatória, ou melhor dizendo, as ações perpetradas se deram na mesma oportunidade.

3 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 617.

Nada impede, no entanto, que a conduta típica em apreço seja sopesada para fins de exasperação de circunstância judicial da pena inaugural.

Para tanto, é consabido que o *quantum* a ser fixado na primeira fase da dosimetria da pena pode variar entre o mínimo e o máximo da pena prevista em abstrato para o tipo penal, a partir da análise do caso em concreto das circunstâncias judiciais descritas no artigo 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.

Por outro lado, no que tange ao percentual da exacerbação, sabe-se que tal deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nesse caminho, segundo critério sugerido pela doutrina⁴ e consagrado parâmetro⁵, para cada circunstância judicial desfavorável, deve incidir o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, o que corresponde a 03 (três) meses para o crime previsto no artigo 34, da Lei dos Crimes Ambientais.

Feita, pois, estas considerações, passo então à nova dosimetria penal:

Pesca predatória (artigo 34, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 9.605/1998): na primeira fase, as circunstâncias do delito justificam a majoração da pena-base, tendo em vista a utilização de diversos petrechos proibidos e a pesca de 04 (quatro) peixes em tamanho inferior ao permitido (auto de apreensão e fotografias, f. 17-25), onde exaspero em 1/8 (um oitavo), fixando-a em 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, nos conformes jurisprudenciais já explanados alhures, mantendo-se as demais vetoriais neutras nos moldes valorados na sentença.

Ante a inexistência de circunstâncias legais ou causas de aumento e diminuição de pena, torno definitiva a reprimenda corporal em 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção.

O regime para cumprimento da pena continua sendo o aberto, com fincas no artigo 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Por fim, é possível a substituição da reprimenda corporal por outras restritivas de direitos, uma vez que encontram-se satisfeitos os requisitos para a sua concessão, nos termos do artigo 44, do Código Penal, e artigos 7º a 13, da Lei nº 9.605/1998, quais sejam: as penas estabelecidas na condenação não suplantam 04 (quatro) anos, os delitos não foram praticados mediante violência contra pessoa ou grave ameaça, o apelado é primário e, por fim, a única circunstância judicial negativa não indica, no caso concreto, a insuficiência da aplicação da medida, sendo certo que as duas penas alternativas de prestação pecuniária impostas em sentença melhor atenderão os objetivos retributivos e reparatórios da sanção.

⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória** – teoria e prática, 8. ed. Podium, p.129.

⁵ STF, AP: 470 MG, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 05/09/2013, Tribunal Pleno, publicado em 10/10/2013.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ministerial, para condenar o réu como incurso nas sanções do artigo 34, parágrafo único, inciso I e II, da Lei nº 9.605/1998, à pena definitiva de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, mantendo, ademais, incólume a sentença guerreada.

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.

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, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 23 de maio de 2019.

1ª Câmara Criminal

Habeas Corpus nº 1403234-34.2019.8.12.0000 - Sidrolândia

Relatora Desª Elizabete Anache

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ABORTO COM RESULTADO MORTE – OCULTAÇÃO DE CADÁVER – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – RECEIO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA – PRESENTES OS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR – INADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

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 e assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista a extrema gravidade dos fatos, porquanto o paciente teria praticado o crime de aborto com resultado morte e ocultação de cadáver. Não bastasse isso, sobreveio a informação de que no Estado de Mato Grosso, o paciente fora preso preventivamente pela suposta prática de feminicídio. Assim, atendidos os pressupostos e demais requisitos, deve a prisão preventiva ser mantida, não havendo que se falar em sua revogação ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes.

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.

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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por José Roberto Rodrigues da Rosa em favor de Hugleice da Silva, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia/MS.

Na inicial, aduz que o paciente foi preso preventivamente, em razão da suposta prática dos delitos previstos no art. 126 c/c art. 127 e art. 211, ambos do Código Penal.

Argumenta que os fatos teriam ocorrido há mais de 7 (sete) anos e meio, pelos quais o paciente já havia sido preso preventivamente e colocado em liberdade, em razão de *habeas corpus* anteriormente impetrado.

Esclarece que o paciente nunca prejudicou a instrução criminal e que não há razões para decretação da prisão preventiva.

Assim, requer a concessão da ordem de *habeas corpus*, a fim de revogar a prisão preventiva, podendo, inclusive, fazer uso de tornozeleira eletrônica, com fincas no art. 319, IX do CPP.

VOTO

A Sra. Des^a Elizabete Anache. (Relatora)

Consoante relatado, trata-se *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por José Roberto Rodrigues da Rosa em favor de Hugleice da Silva, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia/MS.

Na inicial, aduz que o paciente foi preso preventivamente, em razão da suposta prática dos delitos previstos no art. 126 c/c art. 127 e art. 211, ambos do Código Penal.

Argumenta que os fatos teriam ocorrido há mais de 7 (sete) anos e meio, pelos quais o paciente já havia sido preso preventivamente e colocado em liberdade, em razão de *habeas corpus* anteriormente impetrado.

Esclarece que o paciente nunca prejudicou a instrução criminal e que não há razões para decretação da prisão preventiva.

Assim, requer a concessão da ordem de *habeas corpus*, a fim de revogar a prisão preventiva, podendo, inclusive, fazer uso de tornozeleira eletrônica, com fincas no art. 319, IX do CPP.

Passo ao exame do *writ*.

Rememorando, o paciente Hugleice e o corréu Jodimar Ximenes Gomes foram denunciados pela prática de aborto com resultado com morte e ocultação de cadáver.

De acordo com a denúncia, Hugleice mantinha um relacionamento amoroso com sua cunhada Marielly que resultou em gravidez, sendo que, em decisão conjunta, optaram pelo aborto.

Desta forma, o paciente contratou os serviços de Jodimar por R\$ 500,00 e, no dia 21 de maio de 2011 saíram de Campo Grande-MS com destino a Sidrolândia-MS, até a residência do corréu, onde foi realizada a prática abortiva.

Após o aborto, Marielly passou mal, veio a falecer, sendo que seu cadáver foi colocado na caminhonete do paciente e colocado em local de ermo e difícil acesso.

Desta forma, Hugleice e Jodimar foram denunciados pela prática do delito descrito nos artigos 126, *caput* c/c 127, *in fine* e 211, todos do Código Penal.

Hugleice foi preso cautelarmente em 14 de julho de 2011 e solto em 20 de setembro de 2011 (HC 2011.025198-6)⁶.

O processo teve seu curso normal, com oitiva de testemunhas por precatória, sendo o paciente interrogado em 25 de março de 2015, na Comarca de Alto Taquari-MT.

Pois bem. O processo prosseguiu e, após a apresentação de alegações finais, sobreveio a informação de que Hugleice foi acusado de ter esfaqueado sua esposa em Rondonópolis-MT, em 18 de novembro de 2018, não sendo mais encontrado.

⁶ Informações colhidas do Sistema Integrado de Gestão Operacional - Sigo, em 4 de abril de 2019.

O paciente foi preso em 22 de novembro de 2018, em Dourados, sendo cumprido mandado de prisão oriundo da Comarca de Rondonópolis⁷.

Na sequência, foi prolatada a decisão de pronúncia, da qual constou o seguinte:

“(...) Pelo exposto, com fundamento no artigo 413 do CPP, pronuncio Hugleice da Silva e Jodimar Ximenes Gomes como incurso nas penas dos artigos 126, caput, c/c 127 e artigo 211, todos do Código Penal.

Em atenção ao previsto no artigo 413, § 3º do CPP, o acusado Jodimar Ximenes Gomes permanecerá em liberdade, uma vez que vem cumprindo fielmente as medidas cautelares anteriormente impostas.

Por outro lado, considerando que o acusado Hugleice da Silva foi indiciado pela prática de novo delito doloso contra a vida após os fatos apurados na presente ação penal, desta vez contra sua esposa e irmã da vítima, estando, inclusive, preso preventivamente no Estado de Mato Grosso por tais fatos, conforme extrato do SIGO à f. 1756, entendo que sua liberdade constituiu risco à ordem pública, de modo que necessário sua prisão. Assim, decreto a prisão preventiva de Hugleice da Silva, o que faço com amparo no artigo 413, § 3º c/c artigo 316, ambos do Código de Processo Penal.

Expeça-se mandado de prisão pelo BNMP 2.0.”

De acordo com o artigo 316, do Código de Processo Penal - “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

No caso concreto, há novas razões que justificam o decreto de prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública, uma vez que presente o *periculum libertatis*.

Aqui não se considera o fato de Hugleice ter comparecido a todos os atos do processo e, ainda, que o delito ocorrido em 2011.

É que a segregação cautelar do paciente para garantia da ordem pública se torna necessária a fim de se evitar a repetição de sua conduta, uma vez que foi pronunciado pela prática de aborto seguido de morte tendo como vítima Marielly, a ocultação de seu cadáver e, ainda, está sendo acusado de tentar matar sua irmã e ter empreendido fuga para outro Estado.

Atente-se que, no caso concreto, vislumbra-se o trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente* apontado por Guilherme de Souza Nucci⁸ como necessário para o decreto de prisão preventiva:

a) Gravidade das infrações: o paciente foi pronunciado pela prática de dois delitos, o primeiro bastante grave,

b) Repercussão social: em 2011 o desaparecimento de Marielly repercutiu na imprensa local, bem como o desfecho das investigações. Agora, anos depois Hugleice apareceu em diversos noticiários pelo novo fato criminoso que supostamente se envolveu.

c) Periculosidade do agente: esse aspecto se revela pelos indícios de que Hugleice cometeu novo crime contra a vida. Assim, o *periculum libertatis* também se revela existente, especialmente diante da gravidade concreta da conduta delituosa sob apuração, quais sejam aborto com resultado morte e ocultação de cadáver, e receio de reiteração delituosa, diante de recente decretação de prisão preventiva pela suposta prática de feminicídio.

Nessa esteira, colhe-se julgado deste sodalício:

⁷ Informações colhidas do Sistema Integrado de Gestão Operacional - Sigo, em 4 de abril de 2019.

⁸ “A garantia da ordem pública é hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente. [...] (in Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2ª ed., São Paulo: RT, 2006, página 564).” (In: STJ. HC 117.017/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/06/2009, DJe 03/08/2009).”

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA – REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS CAUTELARES – INCABÍVEL – ORDEM DENEGADA. Havendo prova da materialidade, indícios suficientes de autoria e a necessidade de garantir a ordem pública, em razão da reiteração delitativa do ora paciente, que recentemente foi solto por ter sua conduta desclassificada para o art. 28 da Lei n. 11.343/06 quando, em tese, praticou novo crime de tráfico de drogas, deve ser mantida a prisão cautelar, ainda mais se verificado que não possui condições pessoais favoráveis. Assim, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão se revelariam inadequadas e insuficientes (art. 310, II, CPP) (TJMS. Habeas Corpus nº 1404916-97.2014.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 12/05/2014, p: 14/05/2014)

Ainda, vejamos:

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ABORTO – OCULTAÇÃO DE CADÁVER – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS CAPAZES DE JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – IMPOSSIBILIDADE – PRISÃO DOMICILIAR – NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes. Inviável a concessão de prisão domiciliar para cuidados médicos quando não demonstrada sua imprescindibilidade. (TJMG; HC 1.0000.18.105967-6/000; Rel. Des. Edison Feital Leite; Julg. 30/10/2018; DJEMG 09/11/2018)

Assim, diante da extrema violência representativa da periculosidade do paciente, tem-se como necessária a prisão para a garantia da ordem pública, eis que imprescindível para a pacificação social.

Em abono, leciona Eugênio Paccelli de Oliveira:

“(...) Percebe-se, de imediato, que a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. (...)” (Curso de Processo Penal, 15ª ed, Lumen Juris, 2011, p. 549)

Impende ressaltar, outrossim, 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 e garantia da aplicação da lei penal.

Aliás, eventuais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, 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 sós, 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).

Nessa linha, preconiza o e. Superior Tribunal de Justiça que:

“(...) as condições subjetivas favoráveis do recorrente, 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” (RHC 58367/MG, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em 29/06/2015).

Logo, configurados os requisitos autorizadores da manutenção da medida excepcional, reputo ausente o alegado constrangimento ilegal aventado nesta impetração.

Destarte, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a Elizabete Anache, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 9 de abril de 2019.

1ª Câmara Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 0048837-54.2015.8.12.0001 - Campo Grande

Relatora Desª Elizabete Anache

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ART. 121, *CAPUT*, C.C. ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEAS “E” E “H”, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – PRELIMINAR – NULIDADE – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INIMPUTABILIDADE – PLURALIDADE DE TESES – IMPOSSIBILIDADE – GRAVAÇÃO AMBIENTAL – PROVA LÍCITA – ADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – IMPRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO – INVIÁVEL – VERSÕES A SEREM DIRIMIDAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

No procedimento especial do Tribunal do Júri, a inimputabilidade do réu somente conduz à eventual absolvição sumária quando for a única tese da defesa, pois, do contrário, deve ser submetido ao julgamento popular.

Conforme entendimento dos Tribunais Superiores:

“(…) 1. A gravação ambiental levada a efeito por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, é válida como prova no processo penal. (...) 4. Agravo regimental desprovido”. (AgInt no AREsp 1372133/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019).

Não havendo comprovação de prejuízos, não há se falar em nulidade relativa ou absoluta, em homenagem à aplicação do brocardo *pas de nulité sans grief*.

Havendo comprovação da materialidade do delito e suficientes indícios de autoria, deve ser mantida a decisão de pronúncia a possibilitar a submissão do feito ao Tribunal do Júri, restando, por consequência, afastada a impronúncia e/ou desclassificação que deverão ser apreciadas pelo seu juiz natural, conforme contornos do art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal.

Compete ao Conselho de Sentença dirimir a questão do perdão judicial, quando do julgamento do mérito.

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, acolher em parte a preliminar, e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jihad Nassim Yehia contra a decisão proferida pelo d. Juízo da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande, que o pronunciou como incurso na prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal (f. 463-473).

Argui, em preliminar, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, em virtude da determinação para tornar sem efeito a gravação entre a assistente de acusação e a genitora da recorrente. No mérito, requereu sua despronúncia. Subsidiariamente, requereu sua impronúncia, com a desclassificação para o crime de homicídio culposo e aplicação de perdão judicial (f. 543-549).

Contrarrrazões do Ministério Público Estadual foram apresentadas às f. 556-570, e, da assistência de acusação às f. 573-584, pugnando-se pelo improvimento do recurso.

Decisão mantida em juízo de retratação (f. 585).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 598-607).

O recorrente, às f. 611-612, requereu a instauração de exame de insanidade mental, com a conseqüente retirada de pauta deste processo, tendo a i. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 619-621, opinado pelo deferimento da pretensão.

O e. Relator à época, Des. Manoel Mendes Carli, deferiu o requerimento e determinou a instauração de exame de insanidade mental, registrado sob nº 0048837-54.2015.8.12.0001/50000 (f. 623-625).

Laudo de exame de insanidade mental foi juntado às f. 639-644 e decisão de homologação à f. 638.

O recorrente, às f. 651, requereu a nulidade da decisão de pronúncia em virtude da inexistência de reprovabilidade da conduta, com a aplicação de medida de segurança.

A i. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 652-661, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A assistência de acusação requereu, às f. 665-671, a manutenção da decisão de pronúncia e submissão do recorrente a julgamento pelo Eg. Tribunal do Júri.

VOTO

A Sra. Des^a Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jihad Nassim Yehia contra a decisão proferida pelo d. Juízo da 1^a Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande, que o pronunciou como incurso na prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal (f. 463-473).

Narra a denúncia às f. 01-03, *in verbis*:

“(...) Consta dos autos que no dia 12 de outubro de 2015, por volta de 00h38min, na Rua dos Arquitetos, nº 83, bairro Vila Anahy, nesta Capital, o denunciado Jihad Nassim Yehia matou a vítima Nassim Yehia, seu ascendente, maior de 60 (sessenta) anos. Segundo restou apurado, o denunciado Jihad Nassim Yehia, com o escopo de se proteger, dormia todas as noites com um revólver pertencente à sua família, que ficava guardado durante o resto do tempo no cofre da residência. Assim, na data dos fatos, o denunciado pegou referida arma e foi em direção à sala, local em que estava seu ascendente, ora vítima, Nassim Yehia. Na ocasião, efetuou um disparo de arma de fogo contra este. A vítima recebeu socorro pelo serviço de atendimento móvel de urgência e foi encaminhada para a Santa Casa Campo Grande, todavia, não resistiu aos ferimentos, que foram a causa efetiva de sua morte. Após o intento homicida, o denunciado correu para a casa de seu avô materno, jogando a arma em um terreno do lado da residência, local em que foi apreendida pelo policial, tendo guardado as munições no cofre (...)”.

Argui, em preliminar, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa em virtude da determinação para tornar sem efeito a gravação entre assistente de acusação e a genitora da recorrente. No mérito, requereu sua despronúncia. Subsidiariamente, requereu sua impronúncia, com a desclassificação para o crime de homicídio culposo e aplicação de perdão judicial (f. 543-549).

Após, à f. 651, arguiu a nulidade da decisão de pronúncia em virtude da inexistência de reprovabilidade da conduta, com a consequente aplicação de medida de segurança.

Aprecio os pedidos de acordo com a sua prejudicialidade.

Das preliminares.

Da inimputabilidade.

Inicialmente, o recorrente requereu o reconhecimento da nulidade absoluta da decisão em razão de sua inimputabilidade, a fim de que “*possa ser determinada a aplicação de medida de segurança*” (f. 651).

In casu, conforme registrado no relatório, as razões desta preliminar estão fulcradas no laudo de exame pericial de insanidade mental (f. 639-644) determinado, à época, pelo d. Des. Manoel Mendes Carli, que concluiu:

Respostas aos quesitos apresentados pelo juízo

3.a) por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era Jihad

Nassim Yehia, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? Resposta: Sim, ambos, por doença mental (alienação mental).

3.b) em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía Jihad Nassim Yehia, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? Resposta: Não. É alienado mental.

3.c) por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é Jihad Nassim Yehia, no momento atual, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? Resposta: Sim. É alienado mental.

Respostas aos quesitos apresentados pela defesa

1- O periciado é portador de que doença mental?

Resposta: Sim, doença mental (alienação mental).

2- Em caso positivo, qual doença ou anomalia psíquica?

Resposta: CID-10 F20.1 - Esquizofrenia hebefrênica.

(...)

13- Há outras informações ou esclarecimentos que os senhores peritos entendam necessárias? Quais? Resposta: Há baixo risco de violência, desde que medicado, sob cuidados contínuos de terceiros, posto que não tem autonomia por incapacidade definitiva. A conclusão médico legal é pela inimputabilidade. (...)

As conclusões do laudo pericial, de fato, indicam que o recorrente, à época do suposto crime, seria inimputável, porquanto portador de esquizofrenia hebefrênica.

No entanto, esta situação, por si, não é fundamento suficiente para ensejar a anulação do feito e “de pronto” submeter o recorrente à medida de segurança, conforme pleiteia o recorrente à f. 651.

Isso porque a inimputabilidade do agente é tratada de forma diversa pelo Código de Processo Penal, trazendo uma diferenciação nodal entre o procedimento comum ordinário e o procedimento especial previsto para o Tribunal do Júri (art. 415⁹ do CPP).

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que, neste procedimento especial, a inimputabilidade somente conduz à absolvição sumária quando se tratar de única tese defensiva, o que não é o caso dos autos (a defesa alega a desclassificação para crime culposos).

Nesse exato sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima:

*“(...) No âmbito do procedimento do júri, no entanto, a situação do inimputável é diferente. Isso porque, nos termos do art. 415, parágrafo único, do CPP, não é possível sua absolvição sumária, salvo quando esta for a única tese defensiva. Se a inimputabilidade do art. 26, caput, não for a única tese defensiva, não é possível a absolvição sumária imprópria. O motivo para tal vedação é evidente: quando o agente é absolvido com base na inimputabilidade decorrente de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado (CP, art. 26, caput), a ele será imposta medida de segurança (CPP, art. 386, parágrafo único, III, c/c art. 97, caput, do CP). Ora, como a internação não deixa de ser uma espécie de sanção penal àquele cidadão desprovido de capacidade de culpabilidade (imputabilidade), porquanto o acusado fica internado ou em tratamento ambulatorial até a cassação de sua periculosidade, sua aplicação está condicionada ao prévio conhecimento da prática de conduta típica e ilícita. Assim, reconhecida a existência de conduta típica e ilícita, porém ausente a capacidade de culpabilidade, e desde que a inimputabilidade seja a única tese defensiva, é possível a absolvição sumária do agente. **Havendo outra tese defensiva, não deve o magistrado absolver sumariamente o acusado. Neste caso, o acusado deve ser pronunciado e remetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, cabendo aos jurados decidir sobre esta(a) outra(s) tese(s) defensiva(s)**¹⁰” (grifei)*

Esse, aliás, é o mesmo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL – RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – (...) RECURSO NÃO CONHECIDO – REVOGAÇÃO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 319, VII, DO CPP) – INOVAÇÃO RECURSAL E AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE – RECOMENDAÇÃO MÉDICA PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL – HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO – CONHECIMENTO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES¹¹. 1. O Tribunal de origem decidiu pela impossibilidade da absolvição sumária em virtude da inimputabilidade do réu (portador de esquizofrenia paranóide), quando existentes duas teses defensivas. Contudo, esse fundamento, suficiente para manter o aresto, não foi atacado pela parte interessada. Incidência das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. Ainda que se pudesse conhecer do recurso, a insurgência não alcançaria êxito, pois Corte estadual julgou de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o art. 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal, somente permite a absolvição sumária no caso de inimputabilidade prevista no art. 26 do Código Penal, quando esta for a única tese defensiva, como forma de impedir uma isenção de pena com imposição de medida

⁹ 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.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 4 ed, rev, ampli e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1.184/1.185

¹¹ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INIMPUTABILIDADE – MEDIDA DE SEGURANÇA – TESE DISTINTA DA CAUSA DE ISENÇÃO DE PENAS – INEXISTÊNCIA – ALEGAÇÃO GENÉRICA – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. “1. Nos termos do artigo 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz poderá absolver desde logo o acusado pela prática de crime doloso contra a vida se restar demonstrada a sua inimputabilidade, salvo se esta não for a única tese defensiva. (...) 4. Recurso improvido. (RHC 39.920/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014)

de segurança (absolvição imprópria). (...) 6. Recurso especial não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar a desinternação do recorrente, devendo permanecer em liberdade provisória com acompanhamento psiquiátrico, ressalvada a possibilidade de nova aplicação do art. 319, VII, do CPP, em caso de agravamento de seu estado mental. (REsp 1638398/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017)

Desta forma, como a inimizabilidade não é a única tese argumentativa do recorrente, incabível a imposição, de plano, da sua absolvição sumária e aplicação de medidas de segurança, razão pela qual *rejeito* esta preliminar.

Do cerceamento de defesa.

O recorrente, ainda em preliminar, argui a nulidade de processo por cerceamento de defesa, em virtude da decisão judicial de f. 404-408, que considerou ilegal uma gravação ambiental apresentada pela defesa e determinou que fosse “tornada sem efeito”, requerendo, por isso, o retorno à fase de instrução.

A arguição comporta parcial provimento. Explico.

Ao determinar que a gravação ambiental apresentada pela defesa fosse “tornada sem efeito”, o magistrado de primeiro grau fundamentou (f. 404-408):

*“Pois bem. Com relação ao pedido da defesa de juntada aos autos de CD de áudio em que supostamente teria sido realizada uma gravação de conversa entre a assistente de acusação Samira e a mãe do acusado, entendo que deve ser **indeferido**. Consigno que se trata de gravação ambiental de conversa realizada sem consentimento de um dos interlocutores, o que torna a prova pretendida ilícita. Ademais, a mencionada conversa envolve a mãe do acusado e a assistente de acusação, sendo que ambas foram regularmente ouvidas durante a fase de instrução criminal, sob o crivo do contraditório (f. 304). Assim, ao que se deduz, a parte pretende trazer discussões que seriam pertinentes a outro juízo, que não o da Vara do Tribunal do Júri, e que em nada modificam os fatos apresentados na inicial acusatória, até porque não há qualquer discussão acerca da “motivação” do delito, já que ao acusado é apontada a prática em tese do delito de homicídio doloso na forma simples (CP, art. 121, caput). Assim, **determino se torne sem efeito o áudio de f. 387**, já que não há pertinência ao que está sendo julgado nos autos, bem como pelo fato de que a discussão acerca de seu conteúdo apenas causará tumulto ao processo, que já se encontra com a instrução findada.”* (grifos originais)

In casu, a despeito dos proficientes argumentos elencados pelo d. Julgador singular, hodiernamente, os Tribunais Superiores admitem gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores, o que, *data venia*, não mantém a pecha de prova ilícita.

Nesse exato sentido, colho da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*Direito Penal e Processual Penal. (...) d) gravações realizadas por um dos interlocutores são provas legítimas e passíveis de utilização em ações penais; (...). 4. Preliminares rejeitadas. (...) (iii) gravação ambiental realizada por Joesley Batista, numa suíte do Hotel Unique, em São Paulo, na qual Aécio Neves da Cunha reitera a solicitação de dinheiro feita por sua irmã e combina a entrega dos valores, em quatro parcelas de R\$ 500 mil, a seu primo Frederico Pacheco de Medeiros; (...) III. Conclusão II. **Rejeição das preliminares e recebimento integral da denúncia.** (Inq 4506, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, Acórdão Eletrônico DJe-183 Divulg 03-09-2018 Public 04-09-2018 - grifei)*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – PENAL – (...) GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES – POSSIBILIDADE – (...). 2. É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial, conforme reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário nos autos do RE

nº 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009. (...) 6. *Agravo regimental DESPROVIDO.* (ARE 742192 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, Processo Eletrônico DJe-214 Divulg 28-10-2013 Public 29-10-2013)

No mesmo sentido, seleciono da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – GRAVAÇÃO AMBIENTAL LEVADA A EFEITO POR UM DOS INTERLOCUTORES – PROVA LÍCITA – PRECEDENTES. (...) *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A gravação ambiental levada a efeito por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, é válida como prova no processo penal.* (...) 4. *Agravo regimental desprovido.* (AgInt no AREsp 1372133/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019 - grifei)

“HABEASCORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – (...) PRETENDIDA NULIDADE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL – GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES – VALIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. *Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes do STJ e do STF.* (...) 4. *Habeas corpus não conhecido.*” (HC 422.285/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018 - grifei)

Desta forma, pelos motivos anteriormente indicados, não vislumbro quaisquer impeditivos de ilicitude/ilegalidade para admissão da gravação ambiental pleiteada pelo recorrente.

Em sequência, o d. Juiz *a quo* também indeferiu a juntada da gravação ambiental ao afirmar que se trata de assunto diverso do patricídio retratado neste processo.

No entanto, tal como argumentado pelo recorrente, o áudio supostamente se refere a uma conversa, em tese, entabulada entre a tia do recorrente (Samira Ahmad Yehia) e sua genitora (Leila Awadalla El Hajjar), pela qual, segundo ele:

“(...) Nesta visita a tia do acusado ora Samira Ahmad Yahia, solicita a mãe do acusado que abra mão da casa onde ela e seu irmão ora assistentes de acusação residem até hoje, casa essa de propriedade do pai do falecido ora avô do acusado, único bem deixado. Nesta gravação, verifica-se que o assistente de acusação, “Samira” aduz de forma clara, “assina desistência” que a gente retira o processo, se você não assinar faremos o Jihad ser preso.” (f. 385)

In casu, muito embora a discussão patrimonial do falecido seja objeto de processo de outra natureza entendo, *data maxima venia*, como possível a permanência do citado áudio neste processo para sua admissão com as demais provas amealhadas ao longo da instrução, cabendo ao Tribunal do Júri valorar o seu teor.

Nesse contexto, constato que os assistentes de acusação – tios do recorrente – também foram arrolados como testemunhas de acusação e, dos registros audiovisuais de f. 304, observo efetiva animosidade entre toda a família, de onde exsurtem, inclusive, informações de suposta disputa patrimonial entre todos.

Desta forma, até mesmo pelas circunstâncias que cercaram o suposto homicídio descrito na denúncia, entendo, à primeira vista, como possível e pertinente a juntada da citada gravação ambiental a possibilitar, então, que seja submetida à apreciação dos juízes de fato, em conjunto com as demais provas colhidas sob o crivo do contraditório.

Outrossim, com relação ao pedido de anulação do processo para retomada da instrução, tal pedido não comporta acolhida.

Compulsando os autos, denoto que houve cumprimento de todos os ditames legais quanto à produção de provas, garantindo-se, então, a efetividade do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, na forma do que preconiza o art. 5º, LV c.c LIV, da Constituição Federal.

O recorrente, após a citação, apresentou defesa preliminar (f. 119/124) onde arrolou suas testemunhas que foram regularmente ouvidas ao longo da instrução¹², não havendo qualquer prejuízo ao desenvolvimento da defesa.

O recorrente apenas requereu juntada do citado áudio (f. 384-386) “*depois do término da instrução processual*” (f. 381), não havendo motivos para a reabertura da instrução processual para esse fim.

Da mesma forma, não vislumbro necessidade, ao menos até aqui, da realização de acareação, já que, *data maxima venia*, não há divergência quanto ao ponto central deste processo (suposto patricídio), sem prejuízo da sua apreciação pelo d. Juiz Presidente do Tribunal do Júri e juízes de fato ao apreciarem o mérito deste processo.

Logo, incabível o pleito da defesa para anulação do processo e reabertura da instrução que, conforme registrado, foi realizada de forma adequada, garantindo-se a ele (recorrente) todos os direitos inerentes ao seu *status* e, exatamente por isso, sem demonstração de prejuízos, conforme exigência do brocardo *pas de nullité sans grief*.

A propósito, trago os arestos:

“(...) a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (STF – HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie - grifei).

RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ – PROCESSO PENAL – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – ‘PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF’ (CPP, art. 563) – PRINCÍPIO APLICÁVEL ÀS NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO, QUE NÃO SE PRESUME – PRECEDENTES – CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO [...]. RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO” (RHC 125.242 AgR/PA, Rel. Min. Celso de Mello). “*Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. [...] 5. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356. Parcialidade dos jurados. Nulidade. Inexistente. Esta Suprema Corte firmou entendimento de que, para reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”* (STF – ARE 964.175 AgR/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes - grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) VII - Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio pas de nullité sans grife, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal), imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta. VIII - A violação do art. 619 do CPP configura-se quando o acórdão embargado padece de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, e o Tribunal de origem, embora instado a se manifestar, mantenha o vício. (...) XII - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ¹³ – AgRg no AREsp 983.175/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019 - grifei)

Por oportuno, destaco que o pedido formulado pelos assistentes de acusação quanto ao teor do áudio (f. 395-396) poderá ser renovado e apreciado, em sendo o caso, na fase da preparação do processo para julgamento, nos termos dos arts. 422 e 423, do Código de Processo Penal.

¹² Audiências de f. 304, f. 354 e f. 381

¹³ PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) II - Ademais, no processo penal, vige o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual somente se declara a nulidade de um ato se em sua decorrência resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, o que não restou demonstrado na espécie. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp 1115664/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018 - grifei)

Destarte, pois, acolho, em parte a preliminar suscitada pelo recorrente para autorizar que a defesa providencie juntada da gravação ambiental referida às f. 384-386, deixando de determinar, no entanto, a reabertura da instrução processual prévia à pronúncia.

Superadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Mérito.

O recorrente pleiteia sua despronúncia e, subsidiariamente, a impronúncia com a desclassificação do crime para homicídio culposo, com a posterior concessão de perdão judicial.

Sem razão o recorrente.

Como sabido, a pronúncia se caracteriza por um exame superficial do conjunto probatório no exercício de um juízo de mera prelibação, admitindo, então, que os fatos sejam submetidos ao Tribunal do Júri.

Nesse sentido, pondera Renato Brasileiro de Lima:

“(...) A pronúncia encerra um juízo de admissibilidade da acusação do crime doloso contra a vida, permitindo o julgamento pelo Tribunal do Júri apenas quando houver alguma viabilidade de haver condenação do acusado. Sobre ela, o art. 413, caput, do CPP, dispõe que, estando convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve o juiz pronunciar o acusado fundamentadamente. Assim, se o juiz sumariamente estiver convencido da existência do crime e da presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve pronunciar o acusado, de maneira fundamentada. Há na pronúncia um mero juízo de prelibação, por meio do qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem qualquer valoração acerca do mérito. Julga-se admissível o ius accusationis. Restringe-se à verificação da presença do fumus boni iuris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência¹⁴”

Conforme registrado na decisão objurgada (f. 463-473), a materialidade está devidamente provada por meio:

“(...) A materialidade do teórico delito de homicídio doloso qualificado está comprovada por meio do laudo de exame em arma de fogo (f. 66-73), do laudo de exame de corpo de delito exame necroscópico e esquema de lesões (f. 76-80), dos esclarecimentos do perito de f. 150-1 e 239, auto de exibição e apreensão, referente às munições (f. 33), auto de apreensão, referente à capsula deflagrada (f. 35) e relatório do local do crime (f. 40)”

Do mesmo modo, foram colhidos suficientes indícios de autoria a consubstanciar a admissibilidade da imputação para sua submissão ao julgamento popular.

In casu, o d. Juiz *a quo* fez constar:

*“(...) Quanto a **autoria** atribuída ao acusado, entendo que **há indícios suficientes** no que se refere ao fato descrito na denúncia. O acusado, tanto na fase policial, como na judicial, confessou ter sido quem efetuou o disparo de arma de fogo contra Nassim, seu pai, causando-lhe a morte. Em seu interrogatório na fase policial, assim declarou (f. 16-7): “que, na noite de ontem, depois que pegou o revólver, o interrogando, alegando falta de perícia, engatilhou o revólver, ou seja, procedendo o recuo do percussor do revólver; que alega ainda que não haviam discutido com seu genitor, tampouco havia entre eles naquele momento qualquer tipo de animosidade, porém quando passou pelo corredor, onde seu pai estava, o revólver disparou, atingindo-o no braço; que, o interrogando apenas sentiu o estampido ocorrido e viu seu pai caindo”. Nesse mesmo sentido foi seu interrogatório na fase judicial (f. 381). Segundo os policiais que atenderam a ocorrência, Marcos Ambrósio e Anderson Braga de Carvalho (f. 7-8, 10-11 e 304), a mãe de Jihad teria lhes dito que o referido tinha pegado a arma de fogo do cofre e a estava manuseando, quando seu pai mandou guardá-la e, neste momento, ocorreu o disparo. Ainda, Marcos Ambrósio, no seu depoimento na fase policial, afirmou que a mãe*

14 *in* Manual de processo penal; volume único. 6. ed. JusPodivm; 2018; p. 1377

do acusado teria dito que, após o suposto disparo “acidental”, Jihad teria saído correndo do local e jogado a arma em um terreno baldio e, que antes de sair de casa teria ainda desmuniado a arma e guardado as munições no cofre. As testemunhas Samira e Nabil (f. 46-7 e 49-50), irmãos do ofendido, disseram em seus depoimentos realizados na fase policial que Nassim usava a arma de fogo para sua própria segurança e **que este não entregava a arma a ninguém. Afirmaram, ainda, que Nassim mantinha a arma dentro de um cofre e que não acreditam que o referido tenha entregado a arma a Jihad.** Ainda, segundo Nabil (f. 304), Jihad teria servido o Exército por 2 anos e teria capacidade para manusear uma arma de fogo. O irmão do acusado, Rachem Nassim Yehia, em juízo, disse que apenas escutou o tiro e que depois foi verificar o que havia ocorrido (f. 304). Disse que toda noite seu irmão levava a arma do cofre para o quarto. A própria mãe do acusado, que estava presente no local dos fatos, apesar de ter alegado em seu depoimento judicial que o disparo de arma de fogo efetuado por seu filho teria sido “acidental”, **disse que o referido era autorizado a pegar a arma toda a noite porque tinha conhecimento para o manuseio da arma, já que tinha servido ao Exército.** Disse que o disparo ocorreu quando pai e filho se encontraram no corredor. Afirmou que, após o ocorrido, Jihad teria desmuniado a arma, mas que saiu com ela da casa (f. 304). Outrossim, consta dos esclarecimentos prestados pelo perito à f. 150-1, referente ao laudo de exame necroscópico de f. 76-80, que o ferimento provocado pelo projétil, apresentava sinais de queimadura, concluindo que seria de uma distância de até 10 cm. Ainda, segundo o perito, “o projétil teve uma trajetória da esquerda para direita, de cima para baixo, em ângulo aproximado de 45° com sentido de frente para trás” (f. 150), de forma que não há como dar total plausibilidade à dinâmica dos fatos apresentada pelo acusado Jihad, quando alegou que carregava a arma na palma de sua mão, em posição horizontal, na altura dos ombros. Assim, apesar de a defesa ter alegado que o acusado não tenha agido com dolo, por ter sido o fato ocorrido por acidente, não há nos autos prova efetiva de que o acusado não tenha agido com animus necandi, de forma que se faz necessário seja o referido submetido a julgamento pelo Conselho de sentença. (...) Friso, mais uma vez que, nesta fase, somente poderia se proceder eventual desclassificação para homicídio culposo, na forma requerida pela defesa, se evidente e inquestionável o suporte fático a ensejá-la. Dessa maneira, inexistindo prova inconteste de que o réu não queria o resultado morte, nem assumira o risco de produzi-lo, cabe aos jurados a apreciação sobre a existência ou não do animus necandi.” (grifos originais)

O recorrente Jihad Nassim Yehia, ao ser interrogado na fase policial, às f. 16-17, relatou:

“(...) que, acerca dos fatos ocorridos o interrogando alega que possui com sua genitora um negócio no qual eles produzem camisetas, na própria casa onde moram; que, o interrogando possui um quarto localizado na frente do imóvel, o referido quarto não possui porta, sendo essa a razão pela qual o interrogando, todas as noites costumava levar consigo até o quarto, um revólver de propriedade do seu genitor, o qual ele possuía há muito tempo e o mantinha guardado dentro de um cofre existente no quarto dele; que, o interrogando alega que efetuava o mesmo procedimento todas as noites, consistindo em ir até o quarto dos seus pais, retirar a arma de fogo do cofre, daí então ele passava por outros cômodos da casa para chegar ao seu quarto; que, ele costumava dormir com o revólver próximo dele como forma de se sentir mais seguro e de dar mais segurança aos seus pais também, pois por ter seu quarto mais próximo da rua, teria como impedir um eventual assalto, ou uma invasão a sua casa; que, o interrogando alega que fazia isso para se sentir mais seguro por conta dele e de seus pais morarem no Jardim São Conrado, sempre conhecido como um bairro violento e perigoso; que, na noite de ontem, depois que pegou o revólver, o interrogando, alegando falta de perícia, engatilhou o revólver, ou seja, procedendo o recuo do percussor do revólver; que, alega ainda que não havia discutido com seu genitor, tampouco havia entre eles naquele momento qualquer tipo de animosidade, porém quando passou pelo corredor, onde seu pai estava, o revólver disparou, atingindo-o no braço; que, o interrogando apenas sentiu o estampido ocorrido e viu seu pai caindo; que, o interrogando se desesperou e se evadiu do local dos fatos (...)”.

Interrogado em juízo (audiência de f. 381), em resumo, negou a prática do crime afirmando que no dia dos fatos, como de costume, pegou a arma de fogo do seu pai, que ficava guardada em um cofre, para proteção

da sua casa. Ressaltou que a arma de fogo já estava engatilhada no cofre da família e que, assim que a apanhou, sem que puxasse o gatilho, acabou disparando contra seu pai, sem conseguir explicar o ocorrido.

Afirmou que a arma de fogo estava sobre a palma da sua mão – deitada –, não tendo ele, sequer, colocado o dedo no gatilho. Ao perceber que o disparo acertou seu pai, ligou para o 192 e repassou o telefone para sua mãe; desmuniu o revólver, guardando as munições no cofre; e, em seguida, dirigiu-se à residência do avô, tendo jogado a arma em um terreno baldio, justificando sua atitude por “não saber o que fazia na hora” (sic.).

Por derradeiro, asseverou que não havia motivos para matar seu pai, já que não possuíam problemas ou desavenças. Muito pelo contrário, todos viviam em harmonia. Acrescentou que seu pai possuía desentendimento com os irmãos (assistentes de acusação), inclusive a respeito de uma herança. Por fim, narrou que não sabia manusear arma de fogo.

Logo, das próprias declarações do recorrente, na polícia e em Juízo, restam claros os indicativos de que, de fato, o recorrente foi, em tese, o autor do disparo de arma de fogo que vitimou seu pai, Nassim Yehia, centrando a discussão quanto ao elemento subjetivo necessário à configuração do crime.

A versão do recorrente é a de que se tratou de um homicídio culposo, não conseguindo ele explicar como se deu o disparo de arma de fogo contra seu pai.

Da prova produzida, em especial as declarações de sua mãe, Leila Awadalla El Hajjar Yehia, assim como dos informantes Rachem Nassim Yehia (f. 304), e, ainda, Yussef Awadalla El Hajjar, Kaled Awadalla El Hajjar, Rabah Hag Awadalla El Hajjar (f. 354), trazem algumas contradições que, em sede de admissibilidade do julgamento popular, trazem em indícios de autoria aptos à manutenção da pronúncia.

É dizer, enquanto o recorrente afirma não conseguir explicar a forma pela qual houve disparo da arma de fogo, o informante Youssef, por exemplo, asseverou que ele (Jihad) efetuou o disparo quando foi fechar o tambor da arma, acreditando que ele pode ter “tropeçado”.

Da mesma forma, parte dos informantes e/ou testemunhas informam que o recorrente se apoderou da arma para permanecer com ela durante a noite, o que era um costume, sem que houvesse algum motivo que justificasse.

Por outro lado, parte dos informantes afirmou que naquela noite foram ouvidos barulhos, o que, então, o levou a apanhá-la no cofre do seu pai, o que, *in casu*, não é mencionado por Jihad.

Yussef Awadalla El Hajjar também afirmou que, de fato, a vítima sempre guardava a arma de fogo desmuniada dentro do cofre – o que, à primeira vista, é confirmado pelos informantes Samira e Nabil – e, naquela data, a vítima em tese mandou que Jihad a municiasse.

Todavia, tais declarações colidem com a versão apresentada pelo próprio recorrente, porquanto afirmou que apanhou a arma de fogo municada já engatilhada de dentro do cofre (não relata tê-la municada).

Essas e outras contradições reforçam, *prima facie*, as declarações de Nabil Ahmad Yehia e Samira Ahmad Yehia (f. 304), de que havia grande animosidade entre a vítima e o recorrente e que, exatamente por isso, jamais confiaria o porte de sua arma de fogo a Jihad.

Asseveraram, em resumo, que a família tornou a vida da vítima um “inferno” (sic.), já que chegaram, inclusive, a expulsá-lo de casa. Confirmou que a vítima deixava a arma de fogo desmuniada e, por isso, não seria crível a versão de Jihad.

Ademais, ainda no campo de tais contradições, observo, quanto à dinâmica dos fatos, que, conforme apontado no laudo pericial, registrou o d. magistrado singular, à f. 470:

“(…) Outrossim, consta dos esclarecimentos prestados pelo perito à f. 150-1, referente ao laudo de exame necroscópico de f. 76-80, que o ferimento provocado pelo projétil, apresentava sinais de queimadura, concluindo que seria de uma distância de até 10 cm.

Ainda, segundo o perito, “o projétil teve uma trajetória da esquerda para direita, de cima para baixo, em ângulo aproximado de 45° com sentido de frente para trás” (f. 150), de forma que não há como dar total plausibilidade à dinâmica dos fatos apresentada pelo acusado Jihad, quando alegou que carregava a arma na palma de sua mão, em posição horizontal, na altura dos ombros (...).” (grifei)

Desta forma, da análise dos depoimentos prestados, verifico a efetiva existência de indícios suficientes de autoria, pois, todo o conjunto probatório aponta o recorrente como suposto autor do disparo de arma de fogo que vitimou Nassin, e, exatamente por isso, imperiosa a sua submissão ao juiz natural, que é o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, afastando, por isso, o requerimento de despronúncia.

No que concerne à impronúncia, esclarece Renato Brasileiro de Lima:

“(...) Nos exatos termos do art.414 do CPP, o acusado deve ser fundamentadamente impronunciado pelo juiz sumariante quando este não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. [...]. De acordo com o art.419 do CPP, quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art.74 do CPP (homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto, em suas diversas modalidades), e não for competente para seu julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.[...] A desclassificação a que se refere o art.419 do CPP é para delito não doloso contra a vida, ou seja, para crime que não seja da competência do próprio Tribunal do Júri¹⁵”.

In casu, o recorrente pleiteia a impronúncia com a desclassificação para o delito de homicídio culposo, já que sustenta que, por imperícia, teria disparado acidentalmente a arma de fogo contra o seu genitor, com a consequente concessão de perdão judicial.

Todavia, como sabido, nesta fase é inviável o acolhimento da tese defensiva, porquanto somente ocorre a impronúncia e/ou a desclassificação quando houver provas inequívocas de que não se tratou de um crime doloso contra a vida e, conseqüentemente, havendo dúvidas, o caso deve ser submetido a julgamento popular¹⁶.

Nesse exato sentido, muito embora se trate de juízo precário de conhecimento, a desclassificação somente se opera clara e inequívoca situação de completa ausência de *animus necandi*, o que, pelas circunstâncias já retratadas neste *decisum*, não se amoldam à realidade deste processo.

A propósito, obtempera Edilson Mougenot Bonfim:

“(...) para a desclassificação, é imprescindível que se constate, de plano, a ausência de animus necandi na conduta do réu, de modo que, havendo dúvida, deverá o réu ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri”¹⁷.

Em sintonia é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DA AUTORIA – ANIMUS NECANDI – PRESENÇA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – NÃO CONHECIDO. (...) 2. A decisão de pronúncia não revela juízo de mérito mas apenas de admissibilidade da acusação, direcionando o julgamento da causa para o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Para tanto, basta a demonstração da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme disciplina o art. 413 do Código de Processo Penal. 3. Dessa forma, havendo, na r. decisão de pronúncia, elemento indiciário da existência de crime doloso contra a vida, não se revela despropositada a submissão ao Conselho de Sentença, da imputação da conduta prevista nos artigos 121, § 2º, incisos V e VII, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 488.155/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019 - grifei)

15 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013 p.1332-1336.

16 Nesse sentido: “deve ser mantida a decisão de pronúncia, porquanto esta não reclama o mesmo juízo de certeza de mister à condenação, senão que constitui mero juízo de admissibilidade da acusação, de sorte que a absolvição sumária somente vem de ser factível se e quando restar demonstrado, a mancheias, a ocorrência d’uma das hipóteses prescritas no art. 415 do CPP” (TJMT, RSE nº 77247/2014).

17 BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, verifico que a questão é totalmente controversa, havendo indícios de autoria suficientes para pronúncia do ora recorrente, sendo que todo o mérito deverá ser submetido ao Tribunal do Júri¹⁸ nos exatos termos do mandamento constitucional inserto no art. 5º, inciso XXXVIII, “d”, da Constituição Federal.

Em abono, trago julgados desta C. 1ª Câmara Criminal:

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO, CORRUPÇÃO DE MENORES E ENTREGA DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA – DESPRONÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – NÃO ACOLHIMENTO – PRESENÇA DE PROVA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRONÚNCIA MANTIDA – CORRUPÇÃO DE MENORES – INFRAÇÃO PENAL CONEXA – EXAME SOBRE A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE SOMENTE COMPETE AO CONSELHO DE SENTENÇA – MOTIVO FÚTIL, RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E PROMESSA DE RECOMPENSA – QUALIFICADORAS MANTIDAS – RECURSO IMPROVIDO. I – Constatando-se que o conjunto probatório é constituído por prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria, não conferindo amplo e unívoco amparo à tese de que o réu não foi o autor do homicídio, deve o caso ser submetido ao crivo do Tribunal do Júri a fim de que eventuais dúvidas sejam dirimidas, porquanto é o juiz natural da causa. II – Em sendo o acusado pronunciado por crime doloso contra a vida, as infrações penais conexas são atraídas para o Tribunal do Júri, de modo que o juízo de mérito a respeito desses delitos insere-se na competência exclusiva do Conselho de Sentença. III – Mantêm-se as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima diante do conjunto probatório munido de elementos capazes de indicarem a nítida desproporcionalidade entre as razões que desencadearam a conduta e o resultado final obtido, bem como a surpresa do ataque. Além disso, a qualificadora da promessa de recompensa também não se mostra manifestamente improcedente, tendo em vista a presença de indicativos de que o réu comprometeu-se a pagar determinada quantia em dinheiro ao adolescente para que executasse a vítima, devendo assim ser dirimida pelos jurados. IV - Recurso improvido. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0000741-83.2017.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Emerson Cafure, j: 23/01/2019, p: 24/01/2019 - grifei)

*EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DESPRONÚNCIA- IMPOSSIBILIDADE – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS – MATÉRIA A SER APRECIADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI – PRETENSA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA QUANTO AO CRIME DE HOMICÍDIO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NÃO DEMONSTRADA COM SEGURANÇA – RECURSO IMPROVIDO. A pronúncia restringe-se à verificação da presença do *fumus boni iuris*, admitindo as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência. Ao que se extrai dos autos, depoimentos de testemunhas revelam indícios de que o recorrente teria participado da execução do homicídio. Nessa quadra, o afastamento das qualificadoras do crime de homicídio somente deve ocorrer se completamente dissonantes das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade, no qual se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa. Não é possível declarar a absolvição sumária com base na legítima defesa, pois essa exige prova plena e incontestável que no caso não se evidenciou, pois não há elementos seguros a indicar repulsa a injusta agressão, então impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação, devendo a questão ser submetida ao Tribunal do Júri, juízo natural para a decisão. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0000548-68.2017.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 22/01/2019, p: 24/01/2019 - grifei)*

Portanto, havendo lastro probatório suficiente à admissibilidade da acusação, deve ser mantida a decisão de pronúncia a possibilitar a submissão do feito ao julgamento popular, cabendo a ele a análise do mérito e da inimputabilidade pleiteada pelo recorrente.

¹⁸ A este respeito, traço lição de Guilherme de Souza Nucci:“(…) Entendemos não caber ao magistrado, elaborando o juízo de admissibilidade da acusação, em relação aos crimes dolosos contra a vida, analisar se é procedente ou não a imputação feita pelo órgão acusatório no tocante aos delitos conexos. Havendo infração penal conexa, incluída na denúncia, devidamente recebida, pronunciado o réu pelo delito doloso contra a vida, deve o juiz remeter a julgamento pelo Tribunal Popular os conexos, sem proceder a qualquer análise de mérito ou de admissibilidade quanto a eles. Aliás, se eram grotescos, atípicos ou inadmissíveis os tais delitos conexos, tão logo fosse oferecida a denúncia, caberia ao magistrado rejeitá-la. Entretanto, se acolheu a acusação, deve repassar ao juiz natural da causa (Tribunal do Júri) o seu julgamento. Caberá, assim, aos jurados checar a materialidade e a prova da autoria das infrações conexas para haver condenação. Não tem cabimento o magistrado pronunciar pelo crime de sua competência e impronunciar pela infração penal conexa, cuja avaliação não lhe pertence. (...)” (in Tribunal do Júri. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2008, p. 73)

Por fim, quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Ante o exposto, acolho em parte a preliminar suscitada pelo recorrente, tão somente para autorizar juntada de gravação ambiental referida às f. 384-386, e, no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram em parte a preliminar, e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a Elizabete Anache, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0017380-62.2019.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª Elizabete Anache

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – MONITORAMENTO ELETRÔNICO – PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA ÁREA DE INCLUSÃO – IMPOSSIBILIDADE – PESCADOR PROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando de regime semiaberto, sendo disponibilizado, excepcionalmente, o cumprimento da pena com monitoramento eletrônico, não pode ser acolhido o pedido de ampliação do raio de alcance da tornozeleira, sob pena de inviabilizar a consecução das próprias funções da reprimenda penal.

Ademais, inexistindo nos autos prova de que o agravante exerce o ofício de pescador profissional, a manutenção da decisão de indeferimento é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de junho de 2019.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Marco Antônio de Souza em face da decisão interlocutória proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Interior que negou o pedido de ampliação da área de monitoramento eletrônico.

Sustenta, em apertada síntese, que trabalha como pescador e, por isso, precisa se deslocar por diversas regiões do pantanal.

A decisão foi mantida pelo juiz *a quo* (f. 36).

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 32-5 pelo conhecimento e improvimento do recurso, sendo em igual sentido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 46-8).

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Marco Antônio de Souza em face da decisão interlocutória proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Interior que negou o pedido de ampliação da área de monitoramento eletrônico.

Sustenta, em apertada síntese, que trabalha como pescador e precisa se deslocar por diversas regiões do pantanal. Pleiteia, assim, a ampliação da área de inclusão do monitoramento eletrônico.

O pedido do agravante foi indeferido pelo juiz *a quo*, *in verbis* (f. 23-4):

“(...) Muito embora o trabalho seja um instrumento fundamental para propiciar ao reeducando a sua ressocialização, objetivo precípua da execução da pena, vejo que não o pedido não deve ser deferido.

Inicialmente, ressalto, que o sentenciado cumpre sua pena de maneira monitorada e a fiscalização deve observar certas peculiaridades e, embora a utilização do aparelho de monitoramento eletrônico seja um avanço tecnológico, a fiscalização encontra certas dificuldades técnicas quando o sentenciado encontra-se em determinadas localidades, como a área rural dos municípios, fato que inviabiliza o correto cumprimento da pena.

Assim, o deslocamento para a área rural do município, especificamente, região do Pantanal, ante a ausência de sinal, impediria que este Juízo fiscalize de forma adequada o regular cumprimento da pena, ante o impedimento técnico acima mencionado.

Ademais, o sentenciado praticou um delito e por ele foi condenado, assim, deverá cumprir sua pena devidamente, nos termos e condições fixadas pelo Juízo.”

Pois bem.

Da análise dos autos, tenho que o agravo deve ser desprovido.

Inicialmente, destaque-se que o agravante cumpre pena por ter sido condenado pelo cometimento dos crimes previstos no art. 12 da Lei 6.368/76 e 33 da Lei 11.343/2006 (quatro condenações), art. 157, § 2º, I e II e 297, ambos do CP, bem como pelo art. 34, parágrafo único do, II, da Lei 9.605/98, somando uma pena total de trinta e um anos e seis meses, em regime inicial fechado (f. 11).

Atualmente o recorrente se encontra cumprindo pena em regime semiaberto. Tem, em seu histórico de pena, a ocorrência de uma falta grave decorrente de fuga ocorrida em 13-5-2012. Há, também, registro de outra evasão, cuja recaptura ocorreu em 29-11-2018, para a qual foi determinada abertura de PAD, segundo voto proferido por esta Relatora no Agravo de Execução Penal de nº 0005139-56.2019.8.12.0001.

Em 01 de fevereiro de 2019 foi determinado que o sentenciado passasse a utilizar tornozeleira eletrônica a fim de monitorar e fiscalizar o cumprimento da pena em caráter excepcional, mediante as seguintes condições (f. 730-1¹⁹):

*“1) Informar o seu endereço na Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual - UMMVE, no momento da instalação do aparelho de monitoração, o qual deverá ser imediatamente comunicado a este Juízo, com área de **delimitação no perímetro urbano da cidade**, sem autorização de saída da área delimitada; 2) Permanecer do período das 19 horas às 06 horas, em sua residência, no endereço fornecido a Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual UMMVE; 3) Permanecer domingos e feriados, durante todo o período, em sua residência, cujo endereço será fornecido a Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual UMMVE (item 1), até o próximo dia útil; 4) o sentenciado somente poderá se ausentar de seu endereço domiciliar, durante o período noturno, com prévia autorização judicial, cujo pedido deverá ocorrer com antecedência mínima de 48 horas, ou tempo hábil para comunicar e autorizar o deslocamento junto a Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual (UMMVE) da AGEPEN/MS; 5) caso o sentenciado, no momento da instalação se recuse a utilizar o aparelho, o fato deverá ser comunicado imediatamente à presente Vara, para análise da necessidade de permanência no estabelecimento prisional ou transferência para local adequado; 6) é de única e exclusiva responsabilidade do sentenciado o fornecimento do correto endereço e alterações, de onde possui ou estabelecerá sua residência e, se for o caso, do endereço de seu local de trabalho ou aquele onde poderá ser encontrado durante o período em que se submeterá ao cumprimento da pena durante a monitoração eletrônica; caso indique endereços incorretos, poderá acarretar em regressão de regime.” (grifo nosso)*

A questão discutida neste recurso restringe-se à viabilidade de ampliação do alcance dos locais para onde o sentenciado pode se locomover utilizando a monitoração eletrônica por motivos de trabalho.

É cediço que, nos termos do Código Penal, a pena possui a finalidade de retribuição, prevenção (especial e geral) e a ressocialização.

O artigo 59 do Código Penal estabelece que a pena será fixada “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. E, a LEP, em seu artigo 1º, faz referência à finalidade do processo de execução: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

In casu, o que se observa é que, não obstante o condenado tenha tentado comprovar que exerce a profissão de pescador profissional, juntou aos autos apenas documentos com prazo de validade extrapolado (f. 17), não se desincumbindo do seu ônus probatório.

Ademais, o recorrente já foi agraciado pela concessão do regime semiaberto com monitoração eletrônica, o que, certamente, lhe permite maior liberdade do que o regime em que deveria estar inserido.

Além disso, frise-se que não cabe ao réu escolher a forma de cumprimento da pena, adaptando-a ao que melhor lhe convier, pois, conforme anteriormente demonstrado, a sanção também possui o condão de reprovação e prevenção de delitos.

Eis a jurisprudência a respeito do tema:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – APENADO QUE SE ENCONTRA CUMPRINDO PENA NO REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO – PLEITO PELA AMPLIAÇÃO DO ALCANCE OU, ALTERNATIVAMENTE, PELA REMOÇÃO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA – CONDENADO QUE TRABALHA EM EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS EM OUTRAS LOCALIDADES, PARA AS QUAIS O MESMO PRECISARIA SE LOCOMOVER – IMPOSSIBILIDADE – FUNÇÕES DA PENA – CARÁTER DE RETRIBUIÇÃO, PREVENÇÃO (ESPECIAL E GERAL) E RESSOCIALIZAÇÃO QUE DEVEM SER ANALISADOS NO CASO CONCRETO – RÉU QUE NÃO PODE CUMPRIR PENA DA MANEIRA QUE MELHOR LHE CONVIER – AGRAVANTE QUE JÁ FOI AGRACIADO PELO REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO, O QUAL LHE PERMITE MAIOR LIBERDADE – RECURSO A QUE SE CONHECE E NEGA-SE PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C. Criminal - RA - 1601835-0 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Marcus Vinícius de Lacerda Costa - Unânime - J. 02.03.2017)

HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – “OPERAÇÃO BAGRE” – LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – MONITORAMENTO ELETRÔNICO – RETIRADA PELO TEMPO DE CUSTÓDIA – DESCABIMENTO – EXTENSÃO DO PERÍMETRO – NECESSIDADE NÃO-COMPROVADA – INDEFERIMENTO. 1. O tempo que permaneceu preso preventivamente não autoriza a retirada do monitoramento eletrônico, seja porque concedida liberdade provisória, seja porque incabível antecipação de hipotética pena na aferição dos requisitos da custódia preventiva - já substituída. 2. Ainda que a decisão do STJ, pelo trancamento da ação penal quanto ao delito de tráfico de drogas, afete futura sanção a ser aplicada em eventual condenação, a gravidade concreta das condutas imputadas justifica a fixação de medidas alternativas proporcionais ao abalo à ordem pública, que podem ser mantidas mesmo após prolação da sentença. 3. O monitoramento eletrônico não é regime de cumprimento de pena, nem sanção, mas forma de controle, e como medida cautelar diversa da prisão, cabe ao juízo decidir sobre a adequação da imposição do uso da tornozeleira ao caso concreto, nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal. 3. Trata-se de medida substitutiva da prisão adequada e necessária, não só para garantia da ordem pública e da instrução criminal, como também para manter a vinculação do paciente ao processo, pois subsiste a imputação pelo crime de associação para o tráfico internacional (art. 35 da Lei nº 11.343/2006). 4. Inexistindo indicação específica de quais atividades estariam sendo inviabilizadas pela medida, não se tem demonstrada

necessidade capaz de justificar o pedido de ampliação do perímetro de trânsito. (TRF 4ª R.; HC 5022099-94.2018.4.04.0000; Sétima Turma; Relª Desª Fed. Salise Monteiro Sanchotene; Julg. 23/10/2018; DEJF 25/10/2018)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – MONITORAMENTO ELETRÔNICO – TRABALHO EXTERNO – PEDIDO DE AMPLIAÇÃO OU FLEXIBILIZAÇÃO DA ÁREA FISCALIZADA – IMPOSSIBILIDADE. Cumprindo pena em prisão domiciliar fiscalizada pelo monitoramento eletrônico, o apenado pediu a ampliação da área fiscalizada para que pudesse circular por todo o perímetro urbano, o que inviabilizaria a fiscalização do trabalho. Impossibilidade de fiscalização e vigilância, o que desatende as normas da execução penal. Mantida a decisão de origem que indeferiu a ampliação da zona de fiscalização. Agravo desprovido. Unânime. (TJRS; AG 0138896-86.2018.8.21.7000; Vacaria; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Mello Guimarães; Julg. 14/06/2018; DJERS 02/07/2018)

Portanto, tendo em vista que as condições impostas e em respeito aos fins da pena, nego provimento ao recurso interposto Marco Antonio de Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 24 de junho de 2019.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000631-37.2011.8.12.0037 - Itaporã
Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FILMAGEM E REGISTRO DE CENAS DE SEXO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE E DIVULGAÇÃO DE VÍDEO OU REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRAFIA INFANTIL – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – CARACTERIZADA A MAJORANTE DO ART. 240, § 2º, II, DO ECA – FILME REALIZADO NO ÂMBITO DE RELAÇÃO DE HOSPITALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

No caso dos autos, os elementos probatórios reunidos durante todo o *iter* processual são suficientes para demonstração de que o réu filmou cena de sexo explícito com adolescente, bem como divulgou as imagens, aniquilando a moral e a imagem da menor perante comunidade local. A firme palavra da ofendida, os relatos de sua genitora e a cópia do vídeo disseminado, no qual ela aparece mantendo conjunção carnal com o réu, constituem firme conjunto probatório que se releva capaz de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a autoria e materialidade delitivas, impondo-se, assim, a condenação pelos crimes definidos nos art. 240 e 241-B, ambos da Lei nº 8.069/90.

Verificando-se que a filmagem e o registro de cena de sexo explícito com adolescente se deu no âmbito de relações domésticas e de hospitalidade, resta caracterizada a majorante do art. 240, § 2º, II, da Lei nº 8.069/90.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

E.C.S. interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã, que o condenou como incurso nas sanções do art. 240, caput e § 2º, e art. 241-A, caput, ambos da Lei nº 8.069/90 c/c art. 69 do Código Penal, infligindo-lhe a pena total de 08 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial fechado e 23 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas coligidas durante a instrução processual são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição. Subsidiariamente requer o afastamento da majorante do art. 240, § 2º, inc. II, da Lei nº 8.069/90 (f. 169-179).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 194-205).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 209-216).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

E.C.S. interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã, que o condenou como incurso nas sanções do art. 240, *caput* e § 2º, e art. 241-A, *caput*, ambos da Lei nº 8.069/90 c/c art. 69 do Código Penal, infligindo-lhe a pena total de 08 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial fechado e 23 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas coligidas durante a instrução processual são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição. Subsidiariamente requer o afastamento da majorante do art. 240, § 2º, inc. II, da Lei nº 8.069/90.

Passo ao exame do recurso.

O pleito absolutório não comporta acolhimento.

Vejamos.

A inicial acusatória narra que (f. 01-02):

“(...) entre os meses de fevereiro e abril de 2011, nesta cidade e comarca de Itaporã/MS, o denunciado E.C.S., prevalecendo-se de relações domésticas, filmou e registrou, em três oportunidades, por meio de um aparelho de telefone celular, cenas de sexo explícito envolvendo a adolescente F.V. da C., à época com 17 anos de idade (f. 05), bem como divulgou tais vídeos ao conhecimento público, conforme ocorrência de f. 03-04, laudo pericial de f. 24-28 e autos de entrega de f. 30-31.

Segundo apurado, no período acima mencionado, E. e a adolescente F. mantinham um relacionamento amoroso, com constantes relações sexuais, sendo que, em três desses encontros, o ora denunciado filmou e registrou, com seu telefone celular, as cenas de sexo explícito que praticava com a menor em questão, à época com 17 anos de idade, mesmo sabendo do caráter ilícito de sua conduta.

Apurou-se ainda que, além de filmar e registrar em três oportunidades, o ora denunciado igualmente divulgou ao conhecimento público tais vídeos, que passou a circular livremente ao conhecimento de todos na cidade de Itaporã.

Da responsabilidade penal

*Assim agindo, o denunciado E.C.S. incorreu nas sanções dos artigos 240, *caput* e § 1º, II (por três vezes), e 241-A, *caput*, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em concurso material (art. 69 do CP), motivo pelo qual o Ministério Público Estadual oferece a presente denúncia. (...).”*

A materialidade delitiva decorre do registro da ocorrência (f. 05-06), da certidão de nascimento (f. 07), do laudo pericial (f. 26-30), do auto de entrega (f. 32-33) e do arquivo de vídeo (f. 137).

A autoria, do mesmo modo, encontra-se suficientemente comprovada, pois a prova oral coligida aos autos, aliada à gravação existente nos autos, demonstram seguramente que o apelante E. filmou cenas de sexo explícito tendo como vítima uma adolescente, bem como divulgou esse material.

Na etapa inquisitorial, a ofendida F. relatou que constantemente relacionava-se sexualmente com E. e, numa dessas oportunidades, ele pediu para fotografá-la, tendo autorizado que registrasse pela câmera do aparelho celular apenas o seu rosto. Referiu que, entretanto, ele a filmou mantendo conjunção carnal, pois assistiu o vídeo em telefone de terceiros. Afirmou que sua idade era conhecida por E., com o qual, inclusive, chegou a conversar sobre o vídeo que se propagou na cidade, tendo ele confidenciado que realmente produziu o material pornográfico, porém negou que tivesse sido o responsável por divulgá-lo (f. 13-14):

“(...) Mantinha um relacionamento de cunho sexual com E., esclarecendo ‘a gente ficava, só ficava, isso já tem uns 6 ou 7 meses, depois que me separei do meu marido comecei a ficar com ele, quase todos os dias a gente ficava’; Afirma que em uma das vezes que mantinha relações sexuais com E. ele pediu para tirar foto do rosto da declarante, alegando que seria para ‘guardar de recordação no celular dele’, e que autorizou que a foto fosse tirada somente do rosto; Afirma que depois de um tempo ouviu comentários de que um vídeo estava sendo divulgado, contendo cenas de sexo da declarante e E.; (...) Informa que conversou com E. a respeito e ele disse ‘que não era louco de fazer isso, e que se tinha um vídeo não era com ele’, oportunidade em que romperam o relacionamento que tinham até então; Informa que na quinta-feira (07/abr/2011) um indivíduo, que morava perto da casa da declarante, cujo nome não sabe declarar, disse que tinha visto o vídeo e confirmou que era mesmo a declarante que aparecia nas cenas de sexo, ‘ele gravou nós, gravou meu rosto, meu corpo e o rosto dele’; (...) Afirma que depois que obteve o vídeo, novamente conversou com E., quando ele confessou que tinha produzido o vídeo e deixado armazenado no celular, mas negou que tivesse mostrado ou transmitido o vídeo para alguém, esclarecendo ‘ele jurou de pés juntos que não foi ele quem soltou o vídeo, ele falou que estava em um bar e deixou o celular junto com o capacete e depois viu que tinha uns caras mexendo no celular, ele falou que seu eu deixasse quieto e não viesse na polícia ele iria embora da cidade, ele tentou convencer e falou que se eu desse queixa ela já tinha advogado e não iria dar em nada para ele, no máximo ele iria pagar umas horas de serviço’ (...) Afirma que E. tinha conhecimento da idade da declarante, tendo dito ‘ele sabia, eu nunca menti minha idade para ele, no primeiro dia que a gente se conheceu ele falou a idade dele para mim e eu falei a minha idade para ele’”.

Em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a vítima F. confirmou o depoimento acima, tornando a narrar que apenas consentiu que o apelante E. fotografasse seu rosto, tendo ele se aproveitado da oportunidade para filmá-la durante o ato sexual. Enfatizou, também, que mantinha relação sexual com o E. por diversas vezes, o qual era ciente de sua condição de menor de idade, pois contou-lhe toda sua história de vida, inclusive sobre o trauma do relacionamento anterior. Acrescentou que a divulgação do vídeo causou-lhe extremo abalo emocional, pois além de ter sua moral e imagem seriamente comprometida perante a sociedade local, tal ainda vem causando transtornos e constrangimentos a si e aos familiares (f. 86).

Como é cediço, a firme e harmônica palavra da vítima assume particular relevância na apuração de crimes desta natureza, especialmente no presente caso, pois não se denota eventual mendacidade, ou seja, o vil propósito de gratuitamente prejudicar o apelante E., imputando-lhe falsamente a prática de delitos consideravelmente graves.

Guilherme Nucci, a esse respeito, leciona que:

“(...) a palavra isolada da vítima pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”
(Manual de processo penal e Execução Penal - 2ª. ed. rev., atual. e ampliada - São Paulo: Ed. RT, 2006, f. 367).

E não é só, pois a versão apresentada pela ofendida encontra-se robustamente secundada pelos demais elementos incorporados ao presente feito.

A sra. Z.V. da S., genitora da vítima, declarou em juízo ter tomado conhecimento do vídeo de sua filha por intermédio de terceiros, ficando “apavorada” ao ser informada que o filme de conteúdo impróprio havia se espalhado pela cidade. Disse, ainda, que após o ocorrido a ofendida ficou seriamente traumatizada, necessitando de medicamentos para levar sua vida adiante (f. 86).

Além dos relatos acima, a mídia juntada à f. 137 confirma que o material de conteúdo pornográfico envolvia a ofendida, pois ela ostensivamente aparece mantendo relação sexual com o apelante.

Inexiste dúvida, portanto, que E. filmou a cena de sexo explícito e posteriormente a divulgou, tendo em vista ser incontroverso que o material partiu de seu próprio aparelho celular.

Não se olvida, evidentemente, da versão por ele declinada no interrogatório, no sentido de que registrou a conjunção carnal com o expreso consentimento da menor, e que não foi o responsável por difundir o material perante a comunidade de Itaporã-MS (f. 86).

Ocorre que a versão apresentada se revela nitidamente fantasiosa, pois afirma que perdeu o aparelho celular enquanto transitava pelas ruas da cidade, notando alguns dias depois, ao sair do trabalho, que alguém havia devolvido o telefone, deixando-o furtivamente sobre sua motocicleta.

Ora, é impossível imaginar que terceiro indivíduo tenha agido com tamanha perversidade, a ponto de se apoderar o aparelho e encaminhar o material pornográfico a várias pessoas, e depois, num gesto de generosidade e cortesia, se preocupado em identificar o local de trabalho do apelante para restituir-lhe o celular.

Muito embora tal relato coincida de certa forma com o depoimento de R.A. de A., ambos são carentes de comprovação e ainda encontram-se em manifesta afronta aos robustos elementos produzidos no curso da persecução penal, impossibilitando, assim, que lhe seja atribuído qualquer grau de verossimilhança.

Aliás, a tendência para construção de versões absurdas sobre a realidade dos acontecimentos constitui-se de fator muito comum ao indivíduo pressionado a livrar-se da responsabilidade pelos atos que sabe ter cometido, haja vista que:

“(...) o inocente negará a imputação e poderá fazê-lo com absoluta competência, porque nenhum crime praticou. Ao culpado, a situação se apresentará mais difícil, porque a sua negativa mentirosa o obriga a rodeios e ginástica de dialética que acabarão por deixar vestígios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais” (Marques, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, 1ª edição, Bookseller, f. 299).

A d. Defesa ainda sustenta que a ofendida possuía maturidade suficiente para permitir-se ser gravada durante a conjunção carnal, acarretando na atipicidade da conduta.

No entanto, bastam as simples ações de filmar ou fotografar menores em cena de sexo explícito para a caracterização do crime do art. 240 da Lei nº 8.069/90, tendo em vista que a norma penal dispensa eventual consentimento por parte de crianças e adolescentes, presumindo a vulnerabilidade dessas pessoas a fim de resguardar-lhes a imagem e a moral.

No mesmo sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ACÓRDÃO RECORRIDO – OMISSÕES – AUSÊNCIA – ART. 240 DO ECA – DOLO ESPECÍFICO – PRESENÇA – CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – INEXISTÊNCIA – IRRELEVÂNCIA – ESTUPRO – NATUREZA HEDIONDA – CAUSA DE AUMENTO – ART. 9º DA LEI Nº 8.072/1990 – LESÃO CORPORAL OU MORTE – DESNECESSIDADE – APLICAÇÃO – NOVA REDAÇÃO – ART. 217-A DO CF – NORMA MAIS BENÉFICA – CRIME CONTINUADO – CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES – RECONHECIMENTO – INVIABILIDADE – ART. 240 DO ECA – CRIME ÚNICO – VERIFICAÇÃO – INVIABILIDADE – SÚMULA 7/STJ – CONTINUIDADE DELITIVA – FRAÇÃO DE AUMENTO – REGRA ESPECIAL – ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO – CRIMES PRATICADOS CONTRA A MESMA VÍTIMA – UTILIZAÇÃO – DESCABIMENTO. 1. O acórdão recorrido não possui as omissões apontadas pelo recorrente, pois analisou a controvérsia que lhe foi trazida em sua inteireza, tendo apenas rechaçado as alegações que foram por ele suscitadas em sua apelação. 2. Não prospera a alegação de ofensa aos arts. 240 e 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que demonstrada a presença do dolo específico na conduta do recorrente, consistente nos fins primordialmente sexuais, tendo em vista que as fotografias por ele tiradas têm conteúdo pornográfico, conforme concluíram as instâncias ordinárias. 3. As instâncias ordinárias afastaram a existência de consentimento da vítima na realização das fotografias, sendo que a revisão dessa conclusão demandaria reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula 7/STJ. 4. O consentimento da vítima, ainda que existente, não afastaria a ocorrência do delito do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se consuma pelas condutas

de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente para fins sexuais. Isso porque a vítima não possui disponibilidade do bem jurídico tutelado pela norma penal em questão e, por essa razão, o crime se consuma com a realização das condutas, mesmo que consentidas. 5. A sentença e o acórdão recorrido afirmam que as fotografias tiradas identificavam a vítima, de forma que também não merece acolhida a tese de atipicidade da conduta, trazida sob o argumento de que não poderia ser individualizado quem estaria figurando nas aludidas fotos. Rever essa conclusão importa em reexame de provas, vedado em recurso especial. (...). 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, a fim de reduzir para 1/5 a fração decorrente do crime continuado, ficando as penas redimensionadas nos termos do voto. (REsp 1334405/BA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015) – grifei.

Sendo assim, ainda que a vítima tivesse concordado com a conduta do apelante Eder em filmá-la mantendo relações sexuais, tal circunstância, por si só, não seria suficiente para isentá-lo da pena.

Por todos os elementos probatórios acima apontados, resta devidamente comprovada a ocorrência dos fatos delituosos descritos na denúncia, impondo-se, portanto, a manutenção do édito condenatório.

O apelante requer ainda o afastamento da majorante do art. 240, § 2º, da Lei nº 8.069/90.

Sem razão, entretentes.

A referida causa especial de aumento é assim definida:

Art. 240. (...)

§ 2º. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I - no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III - prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

O conjunto probatório retrata que a vítima, por ocasião dos fatos, encontrava-se afetivamente suscetível e acabou cedendo à investida do apelante E., pois aparentemente a tratava com amabilidade e cortesia, de modo que passaram a relacionarem-se sexualmente com determinada frequência.

Embora sem o compromisso mútuo de fidelidade, estabeleceu-se entre eles uma relação íntima de afeto, esta que, por sua vez, representa uma das formas como se configuram as relações domésticas (art. 5º, inc. III, da Lei nº 11.340/06).

Além disso, as relações sexuais se davam essencialmente na residência dele, oportunidade em que a menor era recepcionada e acolhida no local (vide, inclusive, o teor do interrogatório judicial).

Logo, não há dúvidas de que a majorante restou plenamente caracterizada, pois o vídeo produzido no âmbito de relações que se qualificam mutuamente como doméstica e de hospitalidade.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 23 de abril de 2019.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001304-86.2014.8.12.0049 - Água Clara
Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO E EM CONTINUIDADE DELITIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA JUNTADA DE GRAVAÇÃO UNILATERAL – DESCABIMENTO – PROVA LÍCITA QUE ESTEVE À DISPOSIÇÃO DA DEFESA DURANTE TODO O CURSO DA AÇÃO PENAL – PREFACIAL REJEITADA.

É admita como prova no processo penal a gravação unilateal de conversa telefônica realizada por menor de idade a pedido de sua genitora, objetivando coibir o abuso sexual e, ao mesmo tempo, assegurar o respeito à integridade e dignidade da criança. Outrossim, se gravação e a prova pericial dela extraída estiveram à disposição das partes durante todo o curso da ação penal, não se pode aventar a ocorrência de cerceamento ou violação ao contraditório e ampla defesa.

Prefacial rejeitada.

MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – CONDENAÇÃO MANTIDA – ATENUANTE INOMINADA – POBREZA – NÃO RECONHECIMENTO – AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE – RÉU QUE REITERADAMENTE PRATICOU ATOS LIBIDINOSOS AO LONGO DE CONSIDERÁVEL LAPSO DE TEMPO – REQUISITOS DO ART. 71 ATENDIDOS – FRAÇÃO MÁXIMA APROPRIADA AO CASO DOS AUTOS – RECURSO IMPROVIDO.

No caso dos autos, os elementos probatórios reunidos durante todo o *iter* processual são suficientes a demonstrar que o réu, ao longo de aproximadamente 05 anos, praticou contra sua neta diversos atos libidinosos, como beijos na boca, sexo oral, masturbação, dentre outros. O firme relato apresentado pela ofendida em todas as oportunidades que foi ouvida, devidamente secundado por gravação unilateral de conserva telefônica e depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos harmônicos e coerentes entre si, comprovam suficientemente os fatos narrados na inicial acusatória, impondo-se, assim, a manutenção do édito condenatório.

A miserabilidade ou a pobreza não ensejam o reconhecimento da atenuante do art. 66 do Código Penal, porquanto a honestidade deve imperar mesmo em situação de carência econômica, impossibilitando, assim, que justifique a redução do grau de censura que deve recair sob o episódio delitivo.

Observando-se que o réu reiteradamente praticou crimes de estupro contra sua neta de 2009 a 2014, valendo-se de similares condições de tempo, lugar, modo de execução, bem como mediante unidade de desígnios, incide o crime continuado em detrimento do concurso formal ou material. Em relação ao índice de aumento, o critério determinante relaciona-se com o número de infrações cometidas, razão pela qual, diante da constatação de que os abusos sexuais ocorreram de forma reiterada ao longo aproximadamente 04 anos, tem-se como apropriada a exasperação na fração máxima de 2/3, conforme decidiu o julgador monocrático.

No mérito, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. A revisora faz considerações.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

J.A.P. interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Água Clara, que o condenou como incurso nas sanções do art. 217-A c/c art. 226, inc. II, e art. 71, todos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 20 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Nas razões, suscita preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ante a “*juntada de provas produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa*”. No mérito, aduz, em suma, que o conjunto probatório amealhado no curso da ação penal é insuficiente para a sustentação do édito condenatório, porquanto incapaz de demonstrar a materialidade e autoria delitivas, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer: a) o reconhecimento da atenuante do art. 66 do Código Penal, e; b) a exclusão da continuidade delitiva, ou, sua incidência na fração mínima (f. 352-369).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito improver o recurso defensivo (f. 386-417).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela:

“(...) pela rejeição da preliminar defensiva de cerceamento de defesa, tendo em vista sua inocorrência, conforme os argumentos expostos neste parecer; no mérito, pelo não provimento do recurso, mantendo-se a sentença in totum por seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos” (f. 421-435).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

J.A.P. interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Água Clara, que o condenou como incurso nas sanções do art. 217-A c/c art. 226, inc. II, e art. 71, todos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 20 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Nas razões, suscita preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ante a “*juntada de provas produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa*”. No mérito, aduz, em suma, que o conjunto probatório amealhado no curso da ação penal é insuficiente para a sustentação do édito condenatório, porquanto incapaz de demonstrar a materialidade e autoria delitivas, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer: a) o reconhecimento da atenuante do art. 66 do Código Penal, e; b) a exclusão da continuidade delitiva, ou, sua incidência na fração mínima (f. 352-369).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito improver o recurso defensivo (f. 386-417).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela:

“(...) pela rejeição da preliminar defensiva de cerceamento de defesa, tendo em vista sua inocorrência, conforme os argumentos expostos neste parecer; no mérito, pelo não provimento do recurso, mantendo-se a sentença in totum” (f. 421-435).

É o relatório.

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente em relação à preliminar de nulidade, sustenta a d. Defesa que a gravação da conversa telefônica entre o apelante e a vítima, bem como que sua juntada aos autos constitui manifesto cerceamento de defesa em razão da inobservância ao contraditório e ampla defesa.

Sem razão, entretentes.

Segundo depreende-se dos autos, a genitora da vítima resolveu gravar diálogo telefônico entre sua filha e seu pai, pois notou alteração no comportamento da menor, ao passo que percebeu certa obsessão do genitor em estar na companhia dela.

Assim, apropriou-se do chip da ofendida, inseriu-o em aparelho telefônico com recurso para gravação e, durante a conversa, pediu que sua filha dissesse estar sozinha, constatando, assim, o abuso que ela vinha experimentando.

Esse material foi apresentado à autoridade policial e, ao depois, serviu de embasamento tanto para a denúncia como também para a sentença condenatória.

Pois bem.

Primeiramente cumpre ressaltar que a gravação do diálogo não representa violação à intimidade ou ao sigilo telefônico, pois deu-se com a ciência da vítima, tornando dispensável a prévia autorização judicial, até por que a medida não se assemelha à hipótese de interceptação telefônica, em que a captação é realizada por terceiro sem o consentimento dos interlocutores.

Conquanto a ofendida tenha sido assistida pela genitora, recebendo dela a instrução para dizer que estava sozinha, tal não invalida a prova, uma vez que na condição de responsável legal pela menor, possuía o dever de protegê-la (art. 227, *caput* e § 4º da Constituição Federal).

Note-se que a sra. R. em momento algum agiu imbuída do propósito de violar a intimidade de seu pai, mas sim de se assegurar da ocorrência dos abusos sexuais, a fim de adotar as providências necessárias para resguardar a integridade da menor e propiciar a responsabilização do autor do fato delituoso.

Enfim, a gravação unilateral realizada nessas circunstâncias não é ilícita como meio de prova no processo penal, conforme, inclusive, já se manifestou o e. Superior Tribunal de Justiça em casos similares ao presente:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINARES – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA – VALIDADE DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR DOIS INTERLOCUTORES – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – DISPENSÁVEL – PRECEDENTES – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURADO – ARGUIÇÃO DE OFENSA DO ART. 386, II, V E VII, DO CPF – INVIABILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADAS PELA CORTE ESTADUAL COM BASE NO ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS – REEXAME – ÓBICE DA SÚMULA Nº 7/STJ – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – CULPABILIDADE – BIS IN IDEM COM A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CF – OCORRÊNCIA. 1. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de justiça admitem ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na hipótese, em interceptação telefônica, esta, sim, sujeita à reserva de jurisdição (RE nº 583.937 Qo-Rg/RJ, Ministro Cezar Peluso, Plenário, Dje 18/12/2009; APN 644/BA, ministra Eliana Calmon, Corte Especial, Dje 15/2/2012). 2. As gravações telefônicas, ainda que realizadas com apoio de terceiro, contavam sempre

com a ciência e permissão de um dos interlocutores, entre eles, a própria vítima do crime de estupro. A conduta é, portanto, lícita, sendo despicienda, para tanto, a autorização judicial. E, ainda, a situação dos autos não se confunde com a interceptação telefônica, em que a reserva de jurisdição é imprescindível. 3. Não há falar em cerceamento de defesa, porquanto o acusado contou com ampla oportunidade de se manifestar a respeito do conteúdo apurado nas gravações telefônicas; além disso, a sua condenação não teve como único fundamento a gravação telefônica. 4. O tribunal estadual, após análise das provas constantes dos autos, reconheceu a culpabilidade do agente pela prática delitiva, razão pela qual conclusão em sentido contrário esbarraria no óbice da Súmula nº 7/STJ. 5. Há bis in idem na exasperação da pena-base pela negativação da culpabilidade do agente, que foi considerada elevada em razão da confiança que a família tinha para com ele, assim como o bom nome que tinha na sociedade, para satisfazer sua lascívia, quando há também a aplicação da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal. 6. Agravo regimental parcialmente provido, a fim de excluir a negativação da culpabilidade e restabelecer a aplicação da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal, redimensionando-se a reprimenda nos termos do presente voto. (STJ; AgRg-AREsp 754.861; Proc. 2015/0187295-4; PR; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 23/02/2016) -destaquei

RECURSO ESPECIAL – ARTIGO 214 C/C O ART. 224, “A”, DO CP (ANTIGA REDAÇÃO) – ART. 619 DO CPF – VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA – GRAVAÇÃO DE CONVERSA EM TERMINAL TELEFÔNICO PRÓPRIO, COM AUXÍLIO DE TERCEIRO – PODER-DEVER DE PROTEÇÃO DO FILHO MENOR – PROVA LÍCITA – ADMISSIBILIDADE – PALAVRA DA VÍTIMA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL – SÚMULA Nº 284/STF – REGIME PRISIONAL INICIAL – MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA – SÚMULA Nº 211/STJ – RECONHECIMENTO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE – CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Não existe a violação ao artigo 619 do código de processo penal quando o acórdão recorrido decidiu a controvérsia de forma fundamentada, sem incorrer em qualquer omissão. 2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. **No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil. E ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda. A iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal.** 4. O Recurso Especial, quanto à tese de condenação com base exclusiva na palavra da vítima, prestada na fase inquisitorial, não comporta conhecimento, pois o recorrente olvidou de apontar o dispositivo federal interpretado de forma divergente por outro tribunal, o que atrai, por analogia, a aplicação da Súmula nº 284/STF. 5. Também quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Recurso Especial não comporta conhecimento, pois, apesar da oposição dos aclaratórios, a matéria não foi apreciada pelo tribunal de origem, o que atrai o óbice da Súmula nº 211/STJ. 6. Todavia, verificada a flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, fundamentado exclusivamente na determinação legal prevista no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, já declarada inconstitucional, é possível a concessão de habeas corpus de ofício para sanar a coação ilegal à liberdade de ir e vir do recorrente. 7. Com efeito, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, tem-se que tal preceito não se afigura idôneo a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos, do Código Penal. 8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar que o tribunal de justiça avalie a possibilidade de fixar o regime inicial diverso do fechado, consoante as diretrizes do artigo 33 do Código Penal. (STJ; REsp 1.026.605; Proc. 2008/0019794-6; ES; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 13/06/2014)

Além da plena eficácia probatória, não se observa a ocorrência de cerceamento de defesa.

Ora, a captação instruiu a denúncia (f. 06-07 e 30) e inclusive foi anexada aos autos (f. 52), tendo a d. Defesa, em resposta à acusação, estrategicamente preferido silenciar-se quanto ao conteúdo da gravação (f. 74-75).

Posteriormente, no curso da ação penal, foi juntado o laudo pericial em aparelho celular com a transcrição da gravação (f. 165-176), sendo em seguida o nº Causídico intimado para a fase do art. 402 do Código de Processo Penal (f. 216). Contudo, na ocasião, manifestou-se apenas pelo prosseguimento da ação penal (f. 224-225).

Nesse prospecto, não se pode dizer que a Defesa tenha sido surpreendida com a juntada da prova, muito menos é possível sustentar que referido elemento tenha deixado de ser submetido ao contraditório, uma vez que esteve amplamente à disposição das partes durante toda a instrução.

Ademais, inexistindo impugnação no momento apropriado, considera-se sanada a nulidade decorrente de eventual omissão de formalidade essencial, nos exatos termos do art. 572 do Código de Processo Penal.

É igualmente insubsistente a afirmação de que “*referida prova não foi submetida a nenhuma espécie de comprovação pericial para averiguar o seu teor e sobretudo, a sua autenticidade*”, haja vista o teor do exame técnico de f. 165-176.

Portanto, inexistindo o aventado cerceamento, rejeito a prefacial.

No mérito, o pleito absolutório não comporta acolhimento.

Vejamos

A inicial acusatória dita que:

“(...) no período compreendido entre 2.009 a 2.014, na rua Noroeste, Centro Velho, nesta cidade e comarca de Água Clara/MS, o denunciado J.A.P., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, praticou atos libidinosos com menor de 14 (quatorze) anos, qual seja N.R.P., sua neta, que atualmente conta com 10 (dez) anos de idade”.

A materialidade encontra-se suficientemente demonstrada através do boletim de ocorrência de (06-07), certidão de nascimento da vítima (f. 08) e exame pericial em aparelho celular (f. 165-176).

Não se olvida do teor do laudo de exame de corpo de delito de f. 205-208, que aponta para a inexistência de elementos para conjunção carnal ou atos libidinosos de natureza recente.

Ocorre que tal constatação não se reverte em fator determinante a ponto de inviabilizar a comprovação da materialidade do delito, porquanto embora se trate de importantíssimo instrumento de convicção posto à disposição do julgador, não só desse elemento poderá valer-se o magistrado na formação de seu convencimento.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“(...) Por fim, vale destacar que, conquanto tenha sido considerado nulo durante o curso do processo, o primeiro laudo, cuja validade o impetrante pretendia que fosse reconhecida por esta Corte Superior, foi efetivamente considerado e apreciado na sentença condenatória, sendo o seu resultado afastado pelo Juiz de Direito em observância ao princípio do livre convencimento motivado, por meio do qual se confere ao julgador a liberdade de formar as suas convicções ponderando as provas que desejar, valorando-as conforme o seu entendimento, desde que o faça fundamentadamente, não estando, outrossim, vinculado às conclusões formuladas no laudo pelo perito, nos termos do artigo 182 do Código de Processo Penal. (...)” (HC: 113471, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, em 28/03/2011)- destaquei

Na mesma senda é o escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira:

“(...) No direito brasileiro vige o princípio do convencimento motivado ou da persuasão racional, conforme o artigo 155 do CPF. V. todavia a regra do parágrafo único do mesmo artigo 155 quanto ao estado da pessoa.

Assim, desde que não tenha sido formado com base exclusivamente em elementos inquisitivos produzidos durante as investigações policiais, mas, ao contrário, em estrita obediência ao contraditório e à ampla defesa, o convencimento do juiz é livre, embora esteja o magistrado obrigado a demonstrar, na sentença, e com base nas provas, o caminho que o conduziu a determinada conclusão (...)” (Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2012, f. 330-331)

Conforme narrativa constante da denúncia, os atos libidinosos consistiram em “*beijá-la na boca, passar as mãos, lambar e chupar o corpo da vítima, praticar sexo oral na infante, obrigá-la a pegar no pênis do denunciado para fins de masturbação e tentar constranger a menor a ter com ele conjunção carnal, além de dormir sem roupas com a vítima na mesma cama*”, de modo que a constatação acerca da ausência de ruptura himenal ou de sinais de abusos sexuais é incapaz de conferir amparo à tese defensiva, concernente à ausência de prova da materialidade.

Ora, nem sempre o estupro deixará vestígios detectáveis pela via do exame de corpo de delito, mormente em situações como a retratada nos autos, em que houve a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, razão pela qual o laudo técnico não se faz necessário para a comprovação do crime.

Aliás, embora inexista vestígio material da conduta, sabe-se que infrações desta estirpe frequentemente deixam vestígios imateriais, especialmente na memória das vítimas, de modo que sua existência pode ser constatada através de depoimentos sobre o acontecido, o que restou verificado pelas oitivas da menor na etapa inquisitorial, bem como por seu depoimento judicial, que adiante serão explorados de forma mais aprofundada.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE – GRAVIDADE DO DELITO PERPETRADO – ABUSO DE CONFIANÇA DA INFANTE EM DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO DE PARENTESCO – LESÕES NÃO ATESTADAS NO LAUDO DE CONJUNÇÃO CARNAL – RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da corte suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. A prisão preventiva do acusado foi mantida para a garantia da ordem pública, evidenciada pela periculosidade concreta do agente, que se aproveitou da condição de tio e padrinho da vítima, uma criança de apenas 7 anos de idade, para a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. 3. Não há que se falar em ausência de lesividade à vítima pelo fato de o laudo de conjunção carnal haver concluído pela inexistência de lesões, visto que os atos libidinosos praticados não consistiram em conjunção carnal e, portanto, podem não ter deixado vestígios capazes de serem apurados mediante exame de corpo de delito. 4. Na hipótese, conforme consignado pelo juízo sentenciante, “a materialidade delitiva, considerando os atos executórios do crime descritos na denúncia, consubstancia-se pela prática concreta de atos libidinosos que embora não tenham deixado vestígios físicos a serem apurados por ocasião da realização do exame de corpo de delito, deixaram sequelas psíquicas detectadas por profissionais da área”. 5. Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ; HC 258.943; Proc. 2012/0236376-8; MT; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 27/05/2014) - destaquei

Portanto, comprovada está a materialidade do crime.

A autoria, de igual modo, é inconteste.

Na etapa preparatória, o apelante J. admitiu que começou a abusar de sua neta N. a partir dos 05 anos de idade, dizendo que “*deitava na cama pelado com a menina*”, “*chupava o corpo da neta e passava a língua nela*”, “*obrigava a neta a bater punheta nele*”, “*chupava a vagina da neta*” e que “*já tentou penetrar a menina*”. Esclareceu, na ocasião, que “*os abusos ocorriam todas as vezes que a menina ia para a casa dele*” e que “*dava presentes e dinheiro para a vítima*”. Afirmou, inclusive, que embora tivesse “*conhecimento de que contra ele havia sido registrado boletim de ocorrência no ano passado, também por estupro de vulnerável envolvendo sua neta N.*”, “*não foi ouvido ano passado em relação a esse procedimento, razão pela qual continuou praticando os abusos acreditando que nunca daria em nada*” (f. 25-26).

A ofendida, na fase extrajudicial, também relatou que desde tenra idade seu avô frequentemente lhe submetia a sexo oral, dizia para tocá-lo no órgão genital e masturbá-lo, beijava-a na boca e também tentava penetrá-la. Mencionou, ainda, que ele oferecia dinheiro e presentes para que dormissem juntos, bem como era muito ciumento, não permitindo que convivesse com outros familiares (f. 11-12):

“(...) É abusada pelo avô materno desde os 08 anos de idade; que o avô mora sozinho; que a vítima vai para a casa do avô toda semana; que se a vítima não vai para a casa dele, ele fica nervoso e xinga a mãe da declarante; que o autor a busca na escola e a leva para a casa dele; que a vítima sempre dorme na casa dele; que a vítima dorme na mesma cama que o avô; que na casa há outro quarto com cama, mas o autor não a deixa dormir lá, dizendo “se você for pro outro quarto eu vou também”; que quando a vítima dorme na casa do autor, ele manda que ela tire a roupa; que o autor também tira a própria roupa; que o avô lambe o corpo da vítima; que o autor mandava a vítima pegar no pênis dele e “bater punheta”; que o avô passava a mão e lambia a vagina da vítima; que o autor tentava colocar o pênis na vagina, mas a declarante não deixava; que algumas vezes já doeu, mas nunca saiu sangue; que o avô gosta de beijar a boca da declarante; que todas as vezes que os abusos aconteceram ninguém estava por perto, pois o avô mora sozinho; que o avô proibia de contar o que acontecia pra sua mãe; que o avô dava dinheiro e presente para a declarante toda vez que ela dormia na casa; que o autor dizia a vítima que estava fazendo macumba para a mãe do declarante não arrumar ninguém e caso ela contasse para alguém ele iria fazer uma macumba ainda mais forte; que o autor ficava questionando a declarante se a mãe dela estava conseguindo pagar as contas da casa e se ela estava morando com alguém; que a mãe da declarante separou-se do marido há um ano e meio; (...); que a declarante informa que o avô sentia muito ciúme da menina; que não deixava ela ir para a casa dos tios paternos e nem brincar com os primos (...)”.

Em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a infante N. ratificou integralmente a versão declinada na fase inquisitorial, dizendo, com convicção, que o apelante J. praticava com ela sexo oral, masturbação e inclusive tentava a conjunção carnal, acrescentando que ele também a fotografava com um aparelho celular. Destacou que embora gostasse do seu avô, tinha medo dele e que “*por isso que eu ia na casa dele*”, pois “*ele falou assim que se eu contasse ele ia matar a minha mãe*” (f. 98-99 e 269-276).

Impende ressaltar que em casos de crimes sexuais praticados furtivamente, a firme e harmônica palavra daquele que é submetido aos abusos assume particular relevância, especialmente na presente hipótese, pois não se denota eventual mendacidade, ou seja, o vil propósito de gratuitamente prejudicar o apelante, imputando-lhe falsamente a prática de delito tão grave.

Note-se que a confirmação judicial do abuso ocorreu após transcorridos aproximadamente 09 meses da oitiva realizada pela autoridade policial, tornando inviável imaginar que a menor tenha simplesmente inventado ou fabulado a ocorrência dos fatos.

Guilherme Nucci, a esse respeito, leciona que:

“(...) a palavra isolada da vítima pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução” (Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2ª ed. rev., atual. e ampl, RT, 2006, f. 367).

Em abono, assim manifesta-se a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) De acordo com a jurisprudência desta Corte, ‘nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima é de suma importância para o esclarecimento dos fatos, considerando a maneira como tais delitos são cometidos, ou seja, de forma obscura e na clandestinidade’ (AgRg no AREsp 652.144/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015). 4. No caso, a vítima prestou depoimentos coerentes, os quais foram corroborados pelos demais testemunhos, razão pela qual se mostra totalmente inviável o acolhimento da tese de insuficiência de provas necessárias para a condenação. (...)”. (STJ; AgRg-AREsp 1.077.594; Proc. 2017/0078224-9; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 01/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ – DOSIMETRIA DA PENA – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA Nº 284 DO STF. 1. Para a análise da tese recursal, de que o agravante não teria cometido o delito de estupro de vulnerável, mostra-se, no caso, imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de Recurso Especial, em virtude do disposto na Súmula nº 7 desta Corte. Precedentes. 2. Outrossim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nos crimes de natureza sexual, os quais nem sempre deixam vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes. 3. No tocante à dosimetria, nas razões do Recurso Especial, o recorrente limitou-se a postular que a pena-base fosse fixada no mínimo legal, por ser primário e de bons antecedentes, mas deixou de apontar em que consistiu a falta de fundamentação no aumento ocorrido, o que impossibilitou a compreensão da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula nº 284/STF. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-REsp 1.198.672; Proc. 2010/0116721-1; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; DJE 26/06/2017)

Mas não é só, pois a versão apresentada pela vítima encontra-se robustamente secundada pelas demais provas e elementos incorporados ao presente feito.

A sra R.M.P., em seu depoimento judicial, disse que já desconfiava que seu próprio pai havia abusado de sua filha durante o período em que residiam numa mesma casa, tendo inclusive procurado a polícia anteriormente, porém não tinha elementos seguros para amparar sua suspeita. Ressaltou que mais recentemente, quando passou a residir com o atual companheiro, percebeu que seu pai frequentemente queria levar consigo a vítima sob os mais diversos pretextos, e, ao mesmo tempo, notou que sua filha passou a apresentar comportamento incomum, pois estava *“com vergonha de mim, com medo, parece que queria falar alguma coisa, mas estava com medo”*. Referiu que tais acontecimentos fizeram-lhe mais uma vez suspeitar que a menor pudesse ter sido abusada, e então não mais permitiu que fosse à casa do avô. Relatou que, nos dias seguintes, resolveu colocar o chip da ofendida em seu aparelho com intuito de gravar a conversa entre eles, a partir da qual teve a certeza da ocorrência dos abusos sexuais, de modo que comunicou o fato ao Conselho Tutelar e Polícia (f. 98-99 e 250-265).

Corroborando sua versão, tem-se o áudio do mencionado dialogo (f. 52) e, inclusive, a degravado dessa captação (f. 235-240):

“(...) J.: Você está sozinha de novo?”

N.: Estou.

J.: A gostosa do fofo. Eu ligo porque eu não esqueço de você, a sua mãe não está aí não?”

N.: Não.

(...)

J.: Eu não consigo ficar longe de você, minha neguinha. Eu estou aqui, estou lavando roupa.

N.: Uhum.

J.: Estou aqui no banheiro agora e só pensando em você. Estou doido que você (ininteligível) comigo de noite aqui em casa. Você vai fazer o que eu quero?

N.: Que?

J.: Se você vir dormi aqui, você vai fazer o que eu quero?

N.: O que vô?

J.: Você vai fazer o que eu quero, a hora que você tiver aqui de noite comigo?

N.: Vou.

J.: Jura? Fala para o vô o que que você vai fazer então? Fala, vamos ver, você sabe o que?

N.: O que você quer.

J.: Então fala para mim.

N.: É o que você quer.

J.: (ininteligível) peladinha. Do jeito que nasceu?

N.: Não sei.

J.: Ah, então não vou não, buscar você não. Você falou que não sabe? Está com vergonha?

N.: Estou.

J.: Ah com vergonha, você tem vergonha do vô?

N.: Tenho.

J.: Ah não acredito. Vamos ver se você advinha onde que eu estou?

N.: Não sei.

J.: Uhum?

N.: Não.

J.: Eu estou aqui em casa, estou no banheiro. Advinha o que que eu estou fazendo no banheiro?

N.: O que?

J.: Advinha o que que eu estou fazendo no banheiro?

N.: Não sei.

J.: Você sabe? Só porque você ligou agora. Fala (ininteligível).

N.: O que?

J.: Só porque você ligou agora. Advinha?

N.: Não sei.

J.: Advinha? Você sabe o que que é, quando você está no banheiro. Vamos ver, (ininteligível)?

N.: O que?

J.: Se você advinha eu passo aí, e deixo deizão com você amanhã. Fala?

N.: O que que foi vô?

J.: Fala (ininteligível) advinha o que que eu estou fazendo aqui no banheiro fazendo o que?

N.: Eu não sei.

J.: Se você advinha eu te dou deizão amanhã.

N.: O que?

J.: Se você advinha te dou deizão amanhã. Advinha? Você sabe o que que o vô faz, você já fez em mim outra vez.

N.: O que?

J.: Você já fez uma vez para o vô. Advinha?

(...)

N.: Não sei não.

J.: Fala (ininteligível). Fala.

N.: Não sei.

J.: Você na o(ininteligível) agora.

N.: O que?

J.: Eu estou batendo uma punheta, fala.

N.: O que?

J.: Batendo punheta. Fala. Fala N.

N.: Não.

J.: Ah você é besta mesmo hein. Adivinhou? (ininteligível) se você falar é porque você gosta do vô. Fala.

N.: Falar o que?

J.: O que eu te falei agora.

N.: Não.

J.: Uhum.

N.: Não.

J.: Ah N., você está muito esquisita com o vô heim. Eu acho que eu não vou mais aí não, uhum? O que que você acha?

N.: Porque?

J.: Pedindo para você falar as coisas e você não fala, você está meio esquisita com a gente. Tudo que eu mando você falar, você não fala. Então fala, fala, batendo.

N.: Bater.

J.: Batendo.

N.: Bater.

J.: Uma.

N.: Pum.

J.: Não. Fala, uma.

N.: Uma.

J.: Punheta.

N.: Punheta.

J.: Isso. Agora você fala direitão então, agora fala.

N.: Batendo punheta.

J.: É. E eu quero (ininteligível). Você vai deixar.

N.: O que?

J.: Você vai deixar?

N.: O que?

J.: Lamber sua xanã? Vai?

N.: Não sei.

J.: Aí oh, então eu não deixo você vir. Se você, para eu deixar você vir aqui, aí eu deixo vintão para você. Uhm? Vai vir?

N.: Não sei, tem que ver com ela.

J.: Hã?

N.: Tem que ver com ela, para saber se ela vai deixar.

J.: O que?

N.: Tem que ver com ela, para ver se ela vai deixar.

J.: Então ver com ela, vê se ela deixa, fala com ela que o, semana que vem ela tira o caro, e eu deixo ela dar uma volta com o carro.

N.: Está.

J.: Está?

N.: Está.

J.: Mas se ela não deixar, eu não deixo o carro na mão dela não. Você (ininteligível) tem que falar. Está bom?

N.: Está.

J.: Eu quero ver então.

N.: Agora eu vou tomar banho.

J.: Porque que você vai tomar banho?

N.: O que?

J.: Para que?

N.: Porque sim.

J.: Uhum.

N.: É porque eu estou suja.

J.: Então você lava ela bem lavadinho, está? Deixa bem limpinha, está?

N.: Está.

J.: Então está minha neguinha.

N.: Tchau.

(...)

J.: Vamos ver se você advinha o que que eu estou fazendo no banheiro agora, com mão onde? Advinha?

N.: O que?

J.: Vamos ver se você advinha o que que eu estou fazendo no banheiro.

N.: Não sei.

J.: Eu falei aquela hora para você falar. Só porque você está conversando comigo.

N.: Vou falar mais não vô.

J.: Uhum?

N.: Vou falar mais não.

J.: Vai falar mais não?

N.: Não.

J.: Então está, não vou falar mais não, vou escutar você então. Então está bom, um beijinho lá, escutou?

N.: O que?

J.: Um beijinho nela, na xaninha.

N.: Está.

J.: E o outro? Um beijinho lá, e o outro, uhum? Neguinha? Nega?

N.: O que?

J.: Você não quer conversa com o vô eu não sei, quando eu estou aí você conversa, (ininteligível) você conversa. (ininteligível) fica muda.

N.: Eu vou desligar, minha mãe está chegando aqui.

(...).”

No mesmo eito são os depoimentos do policial Bruno Duarte e dos conselheiros Rosimar Soares de Oliveira e Devair Aparecido Santos, relatando que foram acionados pela mãe da vítima, que na ocasião informou-lhes que o avô materno abusava de sua filha, conforme áudio gravado no aparelho celular (f. 241-242, 266-268 e 280-282).

Greice Aparecida de Andrade Vida e Ane Caroline Maciel Neves, respectivamente assistente social e psicóloga do CREAS, afirmaram em uníssono que durante o atendimento a vítima confirmou os abusos e apresentou relato coerente, demonstrando não estar fantasiando ou mentindo por influência de terceiros (f. 277-279 e 283-286).

Por outro lado, as demais pessoas ouvidas em juízo (M. de S. S. à f. 243-245 e J.A. à f. 246-249) apenas vieram aos autos atestar o comportamento do apelante J., não passando, assim, de meras testemunhas referenciais. Nada obstante isso, trouxeram elementos que se alinham com os demais depoimentos, pois confirmaram que anteriormente houve rumor sobre a ocorrência de abusos (“quando ele era meu vizinho, a filha dele, proibia ele de ter qualquer tipo de contato, devido o fato de dizer que tinha acontecido isso há quatro anos atrás”) e que a ofendida diariamente frequentava a casa do apelante.

É certo, portanto, que a palavra da ofendida, firme e coerente, em conjunto com os elementos colhidos nas fases administrativa e judicial, deve prevalecer sobre a isolada negativa de autoria declinada pelo apelante J., porquanto suficientemente demonstrado o crime de estupro de vulnerável narrado na exordial acusatória.

Impõe-se, assim, a manutenção do édito condenatório.

Almeja a Defesa o reconhecimento da atenuante nominada do art. 66 do Código Penal, sob a argumentação de que “o réu é miseravelmente pobre”.

Melhor sorte não lhe socorre.

Diz o art. 66 do Código Penal:

Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

A aplicação da atenuante em questão exige a presença de circunstância diretamente relacionada com o delito praticado que mereça, do julgador, especial consideração, porquanto capaz de justificar a redução do grau de censura inerente ao comportamento criminoso.

Entretanto, no caso vertente, apesar do empenho do combativo causídico, não se extrai dos autos qualquer fator relevante capaz de atenuar a robusta reprovabilidade que deve recair sob o episódio delitivo.

Primeiramente, convenhamos, inexistente demonstração de que o apelante seja realmente miserável do ponto de vista econômico, até porque, em seu interrogatório, chegou a sugerir que a mãe da vítima, ao comunicar os fatos à polícia, teria como propósito “tomar de mim, os bens” (f. 200 e 232-234).

Muito além disso, observa-se que a causa determinante para o crime não se relaciona à eventual premência econômica, e sim à ânsia em satisfazer lascívia própria mediante atos sexuais com criança.

Tal circunstância, evidentemente, exige resposta penal vigorosa, uma vez que a dignidade sexual de vulneráveis (sobretudo de menor de 14 anos) é erigida a bem jurídico de extrema relevância.

De qualquer modo, é impossível reduzir a pena levando em conta fatores como a miserabilidade ou a pobreza, pois não constituem justificativa aceitável para o cometimento de crimes, já que a honestidade e os bons valores sociais devem imperar mesmo em situação de carência econômica.

A esse respeito:

“(...) 10. A Defensoria Pública pleiteia a aplicação da atenuante inominada do art. 66 do CP, alegando estado de pobreza e falta de oportunidade. Contudo, não restou demonstrado nos autos que as alegações constantes em razões recursais, ademais, a condição de miserabilidade do agente, por si só não é elemento suficiente para garantir ao mesmo a atenuante inominada. Para ser garantida a atenuante mencionada é necessário que o agente tenha uma condição de especial relevância, pessoal e específica do agente, que não seja comum a muitas pessoas, sob pena de servir de subterfúgios para práticas criminosas. (...)”. (TJPA; APL 0019971-82.2011.8.14.0401; Ac. 187656; Belém; Terceira Turma de Direito Penal; Rel. Des. Mairton Marques Carneiro; Julg. 27/03/2018; DJPA 02/04/2018)

“(...) IV) Improsperável o pleito do reconhecimento e aplicação da atenuante inominada descrita no art. 66 do CP: Embora o Estado de fato não tenha conseguido resolver as questões sociais que causam o sofrimento da população carente, necessitada das condições básicas para uma vida digna, isto não justifica que tais pessoas deixem de viver honestamente e optem pela senda criminosa para compensar tais deficiências. Não é concebível que a situação de pobreza sirva de justificativa para a prática de crimes como o caso em comento tampouco para reduzir a pena. (...)”. (TJRJ; APL 0003041-09.2016.8.19.0034; Miracema; Quarta Câmara Criminal; Rel^a Des^a Gizelda Leitão Teixeira; DORJ 02/10/2017; Pág. 195)

“(...) 30. A atenuante inominada (artigo 66 cp) não pode ser invocada a título de dívida social do estado ou situação de pobreza. (...)”. (TRF 3^a R.; ACr 0000058-32.2015.4.03.6119; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. José Lunardelli; Julg. 26/04/2016; DEJF 06/05/2016)

Portanto, incabível a atenuante do art. 66 do Código Penal.

Pleiteia também a Defesa o afastamento da continuidade delitiva.

A pretensão, novamente, não comporta acolhimento.

Como é cediço, a continuidade representa modalidade de concurso de crimes caracterizada quando os delitos forem da mesma espécie, praticados mediante unidade de desígnios e com similares condições de tempo, de lugar e maneira de execução.

É o que dita o art. 71 do Código Penal:

“(...) Art. 71 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (...).

Conforme exaustivamente demonstrado anteriormente, a conduta expressamente narrada na denúncia encontra-se devidamente comprovada pelas provas angariadas aos presentes autos, havendo, assim, demonstração de que o apelante J., por reiteradas vezes, entre 2009 e 2014, submeteu sua neta às mais diversas formas de atos libidinosos.

Presentes, assim, os requisitos objetivos (pluralidade de condutas da mesma espécie, condições de tempo, lugar, modo de execução) e a unidade de desígnios, deve incidir a continuidade delitiva no lugar do concurso material ou formal.

Por fim, requer o apelante J. a fixação da fração do crime continuado no mínimo de 1/6.

O pedido, mais uma vez, deve ser rejeitado.

Na hipótese vertente, a *fictionis juris* do art. 71 do Código Penal foi aplicada no importe de 2/3, pelos seguintes motivos:

“(...) No caso dos autos, o acusado, mediante mais de uma ação, praticou crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem os subsequentes serem havidos como continuação do anterior; nos termos do artigo 71, do Código Penal, conforme fundamentação. Assim, deve ser aplicada a pena de um dos crimes cometidos, haja vista serem idênticas, aumentada de 2/3 (dois terços), uma vez que os estupros de vulnerável foram praticados diversas e reiteradas vezes no período de, aproximadamente, quatro anos. Com efeito, fixo a pena definitiva dos crimes de estupro de vulnerável em 20 (vinte) anos de reclusão. (...)” - destaquei

De fato, o índice de aumento nos casos de continuidade delitiva se baseia no número de infrações ou de condutas ilícitas cometidas, conforme leciona 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: Ed. RT, 2007, f. 345)

Ainda sobre tema, eis 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)

Conquanto não se tenha o número exato de crimes de estupro praticados contra a vítima, certo é que ocorreram por inúmeras vezes entre 2009 a 2014.

Logo, correta a exasperação em 2/3.

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* se confundir com o tema debatido.

Destarte, com o parecer, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

A Sr^a. Des^a. Elizabete Anache. (Revisora)

Com o relator para rejeitar a preliminar de nulidade arguida pela defesa técnica de J.A.

Não há cerceamento de defesa ou prova ilícita a serem reconhecidos.

Verifica-se que a genitora da vítima N. – abusada sexualmente dos 5 aos 9 anos – por seu avô J.A., ora apelante, desconfiada da situação, gravou uma conversa telefônica entre os dois.

Tal ato se insere no chamado “*poder-dever de proteção da filha menor*” (Cf. STJ. Resp Nº 1.712.718 - AC (2017/0308395-7). Relator: Min. Felix Fischer. Data da Publicação: 03/04/2018).

Outrossim, referida gravação está descrita na denúncia, anexada no processo antes da defesa prévia, fazendo menção a ela o relatório da autoridade policial, não havendo falar-se em cerceamento de defesa.

No mérito, acompanho o relator para negar provimento ao recurso.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso. A revisora faz considerações.

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, 23 de abril de 2019.

1ª Câmara Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 0840613-26.2017.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME – DELITO DE DIFAMAÇÃO – AFIRMAÇÃO PROFERIDA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E NO INTERESSE DO DEFENDIDO – NEXO DE CAUSALIDADE E PERTINÊNCIA COM O OBJETO DO PROCESSO – IMUNIDADE PROFISSIONAL RECONHECIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Na forma do art. 133 da CF, do art. 142 do CP e do art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Assim, não há se falar em ofensas à honra ou excesso punível, pois a afirmação tida por difamatória ocorreu no exercício da advocacia e no interesse do defendido, com nexo de causalidade e de pertinência com o objeto do processo, sendo evidente a ausência de *animus diffamandi*, insito à caracterização do fato típico.

Recurso em sentido estrito desprovido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Alcione Nogueira da Fonseca Boniatti em face da decisão (f. 51-52) pela qual o Juízo da 5ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande/MS, nos Autos da Ação Penal Privada nº 0840613-26.2017.8.12.0001, por ela movida em desfavor de Haslan Pisciotano da Silva e Município de Aparecida do Taboado, rejeitou a integralidade da queixa-crime quanto ao segundo réu, por ilegitimidade passiva, e recebeu-a quanto ao primeiro apenas no tocante ao crime de calúnia.

Em suas razões (f. 62-68), a recorrente requer a parcial reforma da decisão hostilizada, com o consequente recebimento da queixa-crime no tocante ao crime de difamação. Aduz que a imunidade concedida aos advogados, no exercício de seu ofício, não é absoluta, tendo o réu remanescente incorrido em excesso punível quando da apresentação de defesa técnica em representação tramitante no Tribunal de Contas da União.

A decisão hostilizada foi confirmada pelo Juízo *a quo* (f. 102).

O recorrido, em contrarrazões (f. 94-98), e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 113-121), manifestam-se pelo desprovimento do recurso em sentido estrito.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Consoante relatado trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Alcione Nogueira da Fonseca Boniatti em face da decisão (f. 51-52) pela qual o Juízo da 5ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal Privada nº 0840613-26.2017.8.12.0001, por ela movida em desfavor de Haslan Pisciotano da Silva e Município de Aparecida do Taboado, rejeitou a integralidade da queixa-crime quanto ao segundo réu, por ilegitimidade passiva, e recebeu-a quanto ao primeiro apenas no tocante ao crime de calúnia.

Em suas razões (f. 62-68), a recorrente requer a parcial reforma da decisão hostilizada, com o consequente recebimento da queixa-crime no tocante ao crime de difamação. Aduz que a imunidade concedida aos advogados, no exercício de seu ofício, não é absoluta, tendo o réu remanescente incorrido em excesso punível quando da apresentação de defesa técnica em representação tramitante no Tribunal de Contas da União.

A decisão hostilizada foi confirmada pelo Juízo *a quo* (f. 102).

O recorrido, em contrarrazões (f. 94-98), e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 113-121), manifestam-se pelo desprovemento do recurso em sentido estrito.

Passo à análise do recurso.

A querelante Alcione Nogueira da Fonseca Boniatti acusa o querelado Haslan Pisciotano da Silva de ter praticado, na condição de advogado, o crime de difamação no bojo da defesa técnica apresentada, em 27/10/2017, nos autos da Representação Administrativa nº 027.267/2017-2, movida pelo cônjuge da querelante em desfavor do Município de Aparecida do Taboado/MS e em trâmite no Tribunal de Contas da União.

Confira-se o teor da parte essencial da acusatória (f. 2):

“(...) A querelante é cônjuge do Sr. ‘Adi Antônio Boniatti’, o qual é o responsável legal pela empresa ‘A.A.B. Unidade de Serviços de Campo Grande EIRELI -ME’.

Inconformado com as condutas administrativas adotadas pelo primeiro querelado em procedimentos licitatórios para gestão de recursos da Caixa Econômica Federal - ‘Tomada de Preços nº 010/2017’ (Edital 071/2017) e ‘Tomada de Preços nº 011/2017’ (Edital 072/2017) -, o cônjuge da querelante peticionou uma Representação ao Tribunal de Contas da União, questionando o que entendeu ser irregularidades nas referidas concorrências públicas.

(...)

O Tribunal de Contas da União conheceu da representação manejada pelo cônjuge da querelante (TC-027.267/2017-2) e, ato contínuo, expediu notificação em face do Primeiro Querelado para, querendo, responder às acusações que lhe foram imputadas.

*Ocorre, que, num ato vil e desprovido de legalidade, o primeiro querelado [Município de Aparecida do Taboado] - **em petição firmada pelo segundo querelado [o recorrido Haslan Pisciotano da Silva]** optou em se defender das acusações que lhe foram imputadas praticando os crimes de calúnia e difamação em face da querelante (documento anexo) - a qual, sequer, figurava/figurou como parte na representação ajuizada junto à Corte de Contas.*

*As declarações apresentadas pelos querelados ao Tribunal de Contas da União afirmam, expressamente, que a querelante ‘falsificou documentos para participar de outro processo licitatório’ (calúnia), bem como que **a acusação contida nos autos seria ‘fruto de sua mente doentia’ (difamação)**” (grifo nosso).*

Em análise perfunctória da defesa técnica apresentada pelo querelado na referida representação (f. 35-42), não há se falar em ofensas à honra ou em excesso punível, pois a afirmação tida por difamatória (f. 41) ocorreu no exercício da advocacia e no interesse do Município de Aparecida do Taboado/MS, com nexo de causalidade e de pertinência com o objeto da representação, sendo evidente a ausência de *animus diffamandi*, ínsito à caracterização do fato típico.

Sobreleva destacar que a própria Constituição da República, em seu art. 133, dispõe que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O Código Penal também realça, em seu art. 142, que “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador”, não constitui injúria ou difamação punível, ou seja, trata-se excludente de ilicitude.

Aliado a isso, o Estatuto da Advocacia, em seu art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, afasta os delitos de injúria e difamação nas manifestações realizadas no exercício da advocacia, sendo que eventuais excessos estão, de acordo com o mesmo dispositivo legal, sujeitos às sanções disciplinares pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Vê-se, assim, que a decisão do Juízo *a quo* garante o exercício profissional de forma livre, não havendo a utilização do processo criminal como instrumento de persuasão e limitação arbitrária das prerrogativas profissionais do advogado garantidas por lei.

Nesse sentido, já decidiu o c. STJ:

“PROCESSUAL PENAL – RECURSO EM HABEAS CORPUS – ARTS. 138 E 140, C/C O ART. 141, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – FALTA DE JUSTA CAUSA – ATIPIA DA CONDUTA – EXPRESSÕES UTILIZADAS NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NÃO CARACTERIZADORAS DO DELITO DE CALÚNIA – ANÁLISE DA NARRAÇÃO DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DO ESPECIAL FIM DE AGIR – IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 7º, § 2º, DO ESTATUTO DA OAB QUANTO AO DELITO DE INJÚRIA – INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE – RECURSO PROVIDO. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que se verifica na presente hipótese. 2. Dispõe o art. 133 da Constituição da República que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” 3. O art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994 preceitua que o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, pelos excessos que cometer, não constando do rol dos crimes nos quais o advogado estaria albergado pela imunidade profissional o delito de calúnia. 4. Na hipótese, limitou-se o paciente a afirmar, no bojo dos aclaratórios manejados, que não possuía conhecimento de que a Procuradora-Geral do município era ex-esposa do magistrado, então vítima das supostas ofensas, e que este não teria vislumbrado “impedimento legal ou moral em julgar processos da municipalidade, tanto que não se deu por impedido ou suspeito”, consignando que gostaria “de deixar claro que esta postura deixa este causídico e as partes desconfortáveis e causa evidente constrangimento”. 6. Ao denunciar o paciente, o Ministério Público limitou-se a afirmar que o denunciado, ao opor embargos de declaração, endereçado ao Juízo da causa, teria realizado “alusões pejorativas e graves contra sua honra, insinuando que o magistrado teria prevaricado (art. 319, do CP), pois estaria favorecendo sua ex-esposa”, transcrevendo excerto da peça processual. 7. Não se desincumbiu o Parquet, portanto, de descrever, na incoativa, o especial fim de agir referente ao delito de calúnia, não se depreendendo que, das expressões exaradas pelo paciente em seu labor, possa exsurgir, primo ictu oculi, o animus calumniandi insito à caracterização do fato típico. 8. Na linha intelectual dos precedentes desta Corte, “Expressões eventualmente contumeliosas, quando proferidas em momento de exaltação, bem assim no exercício do direito de crítica ou de censura profissional, ainda que veementes, atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar aos tipos penais definidores dos crimes contra a honra” (RHC nº 44.930/RR, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/9/2014, DJe 7/10/2014). 9. Quanto ao delito de injúria, é cediço, no âmbito deste Tribunal, que “A prática de atos pelo advogado submete-se e restringe-se ao exame da estrita legalidade, não podendo ser invocada a imunidade profissional, que não é absoluta, para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos, pois, do contrário, apresentar-se-ia de modo inconciliável com a dignidade da profissão, atentando contra todo o conjunto normativo que lhe rege o exercício regular e legítimo” (RHC nº 47.013/SP, rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta

Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 27/2/2015). 10. No entanto, “A previsão do art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, alcança apenas os crimes de difamação e injúria quando as supostas ofensas forem proferidas no exercício da atividade profissional” (HC nº 258.776/BA, rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 27/5/2014), como de fato ocorreu na hipótese vertente, em que a suposta injúria teria sido praticada pelo advogado (ora paciente) por ocasião do seu labor em juízo, no exercício do seu múnus, ao manejar o recurso de embargos de declaração. Ressalva esta, portanto, abrangida pela legislação de regência, na qual incide a imunidade prevista no proêmio do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.906/1994. II. Recurso provido para trancar a ação penal, com extensão dos efeitos à corré. (RHC 93.648/RO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 13/08/2018).

“RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – ATO PRATICADO APÓS O EXERCÍCIO FUNCIONAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DIFAMAÇÃO E INJÚRIA – AUTOR: PROMOTOR DE JUSTIÇA APOSENTADO, NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – VÍTIMA: MAGISTRADA DO TRABALHO – IMUNIDADE PENAL JUDICIÁRIA – IMUNIDADE PROFISSIONAL – “ANIMUS DEFENDENDI”. Com o cancelamento da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, o entendimento é que a competência especial por prerrogativa de função cessa com o fim do exercício funcional que lhe dá causa. Inaplicabilidade da Lei nº 10628/02, que preserva a competência especial por prerrogativa de função após a cessação do exercício da função pública, mas tão-somente em relação a atos administrativos do agente. A falta de justa causa para a ação penal deve ser reconhecida quando, de plano, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a extinção da punibilidade, a ilegitimidade da parte ou a ausência de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (CPP, artigo 43, I, II e III). A imunidade conferida ao advogado, no exercício do seu mister, compreende a imunidade profissional (Constituição da República, artigo 133; Lei nº 8906/94, artigo 7º, § 2º) e a imunidade penal judiciária (Código Penal, artigo 142, I). A imunidade do advogado não é limitada subjetivamente quanto à ofensa irrogada contra magistrado, porque inexistente no ordenamento jurídico tal restrição, entendimento que, com maior rigor, deve prevalecer após a nova ordem constitucional que instituiu a imunidade profissional, mais abrangente que a imunidade judiciária. Embora excessiva, desnecessária e censurável a manifestação do advogado em face da conduta do magistrado, se verificada no contexto da discussão da causa e mediante provocação do juiz do feito quanto à sua atuação, impõe-se o reconhecimento da inviolabilidade profissional. Recurso provido, ordem concedida para trancar a ação penal” (RHC 14.166/RJ, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 20/11/2003, DJ 06/09/2004, p. 310).

Portanto, não merece guarida a pretensão recursal, devendo ser mantida a decisão hostilizada, que recebeu a queixa-crime somente no tocante ao crime de calúnia.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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 Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

1ª Câmara Criminal

Agravo de Execução Penal nº 0000472-16.2019.8.12.0037 - Itaporã

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PENA RESTRITIVA DE DIREITO IMPOSTA COMO CONDIÇÃO AO REGIME ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – *BIS IN IDEM* – EXCESSO DE EXECUÇÃO – RECURSO PROVIDO

Muito embora, conforme previsão do art. 115 da LEP, tenha o magistrado discricionariedade para estabelecer condições especiais ao regime aberto, as penas restritivas de direito, em razão de seu caráter autônomo e substitutivo, não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade, sob pena de, nas palavras de Norberto Avena, “receber o apenado do regime aberto pena em dobro para um mesmo ilícito penal, sem que isso tenha sido imposto na sentença condenatória.” (Execução Penal, Editora Método, 5ª ed., 2018, p. 245).

Nesse sentido, a tese fixada pelo STJ, em sede de Recursos Repetitivos:

“(…) É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável *bis in idem*, importando na aplicação de *dúplice sanção*.

Inclusive, a matéria já foi sumulada na Corte Superior, por meio do enunciado 493 do STJ, que estabelece: “é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

André Luiz da Silva Barros interpõe recurso de agravo em execução, manifestando seu inconformismo com a decisão do Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Itaporã/MS (f. 23), que indeferiu requerimento de modificação das condições de cumprimento da pena em regime aberto.

Sustenta o agravante que houve excesso de execução, uma vez que o magistrado estabeleceu pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade como condição especial para cumprimento da pena em regime aberto.

Argumenta que cumular pena restritiva de direitos com privativa de liberdade configura evidente *bis in idem* e não tem respaldo legal nem jurisprudencial.

Requer, por isso, a reforma da decisão guerreada para o fim de excluir a condição referente à prestação de serviços à comunidade.

Em contrarrazões, o *Parquet* pede a manutenção da decisão combatida.

Em juízo regressivo, a decisão foi mantida.

Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto por André Luiz da Silva Barrosa contra a decisão do Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Itaporã/MS (f. 23), que indeferiu requerimento de modificação das condições de cumprimento da pena em regime aberto.

Conforme se observa da sentença, às f.10-14, o agravante foi condenado a cumprir pena em regime aberto, tendo-lhe sido negada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nada obstante, em sede de execução, o magistrado estabeleceu as seguintes condições para o cumprimento da pena imposta (f.15-16):

“(...) 1. Certifique o cartório se há em desfavor do reeducando mais algum procedimento desta natureza e, caso haja, proceda o apensamento, soma, unificação e elaboração do cálculo de pena, com posterior intimação do Ministério Público e à Defesa para manifestação em cinco dias, retornando conclusos na fila de iniciais.

2. Caso não haja, intime-se o reeducando para, em cartório, participar de audiência admonitória, a fim de cientificar-se das condições impostas para cumprimento de pena que fora condenado.

2.1. Excepcionalmente, considerando a superlotação carcerária desta comarca e o regime imposto ser o aberto, em vez de pernoitar na DEPOL de Itaporã/MS, determino seu comparecimento diário (segunda a sexta), no horário de expediente, perante a DEPOL de Itaporã/MS ou Douradina/MS, conforme o caso, para assinar folha de presença, bem como para prestar serviços à comunidade na DEPOL de Douradina/MS, devendo comparecer em dez dias perante o referido órgão para iniciar os serviços.

2.2. Informe ao reeducando que deverá prestar o serviço à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, CP), sendo 07 horas Semanais.

2.3. Oficie-se à DEPOL Douradina/MS com cópia deste despacho e do termo de audiência admonitória.

2.4. Além disso, deverá pernoitar em sua residência nesta comarca, obrigando-se a se recolher a partir das 19h, sendo que para a fiscalização dessa condição determino a expedição de mandado de fiscalização com prazo de sessenta dias, devendo o oficial de justiça aleatoriamente realizar três diligências nesse período, certificando cada diligência, nada obstando que as fiscalizações sejam realizadas por oficiais de justiça diferentes.”

Irresignado, o agravante requereu ao juiz a reconsideração da mencionada decisão, para excluir a condição de prestação de serviços à comunidade, o que, no entanto, restou indeferido.

Em razões recursais, sustenta o agravante que houve excesso de execução, uma vez que o magistrado estabeleceu pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade como condição especial para cumprimento da pena em regime aberto.

Argumenta que cumular pena restritiva de direitos com privativa de liberdade configura evidente bis in idem e não tem respaldo legal nem jurisprudencial.

Com razão o agravante.

Isto porque, muito embora, conforme previsão do art.115 da LEP, tenha o magistrado discricionariedade para estabelecer condições especiais ao regime aberto, as penas restritivas de direito, em razão de seu caráter autônomo e substitutivo, não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade, sob pena de, nas palavras de Norberto Avena, “receber o apenado do regime aberto pena em dobro para um mesmo ilícito penal, sem que isso tenha sido imposto na sentença condenatória.” (Execução Penal, Editora Método, 5ª ed., 2018, p. 245)

De fato, é o título executivo, a sentença condenatória que dá lastro à execução. Em outras palavras, é o título executivo que impõe as balizas à execução penal.

Não por outra razão, decidiu o STJ, em sede de Recursos Repetitivos, o seguinte:

“PENAL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – REGIME ABERTO – CONDIÇÕES ESPECIAIS – ART. 115 DA LEP – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – BIS IN IDEM – RECURSO DESPROVIDO.

1. É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável bis in idem, importando na aplicação de dúplice sanção.

2. Recurso Especial desprovido. (REsp 1107314/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 05/10/2011)”

Inclusive, posteriormente, a matéria foi sumulada na Corte Superior, por meio do enunciado 493, que estabelece: “*é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.*”

À vista deste panorama, impor ao condenado, como fez o juiz da execução, pena restritiva de direito cumulativamente à pena privativa de liberdade implica evidente excesso de execução, por consistir na imposição de outra pena que não foi imposta na sentença condenatória.

É importante consignar, nessa oportunidade, que os precedentes qualificados devem ser observados por todos os juízes e tribunais do país, como explicita o artigo 927 do NCPC, o qual disciplina a eficácia vertical dos acórdãos proferidos no âmbito de resolução de demandas repetitivas, a fim de garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, evitando que aos jurisdicionados em posições idênticas sejam proferidas decisões divergentes.

Portanto, é de rigor a reforma da decisão agravada para excluir a prestação de serviços à comunidade das condições para o cumprimento do regime aberto imposto ao condenado.

Finalmente, quanto ao prequestionamento suscitado, despicienda a análise pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que a matéria neles contemplada foi completamente examinada.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso interposto por André Luiz da Silva Barros, para o fim de excluir a prestação de serviços à comunidade das condições para o cumprimento do regime aberto imposto ao condenado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram 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, 23 de abril de 2019.

1ª Câmara Criminal

Habeas Corpus Criminal nº 1403096-67.2019.8.12.0000 - Itaquiraí

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – HABEAS CORPUS – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – AMEAÇA – RENITÊNCIA DA PRÁTICA DE DELITOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MESMA VÍTIMA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE EM FUNDAMENTOS IDÔNEOS – RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA – ORDEM DENEGADA.

A segregação na hipótese de descumprimento de medidas protetivas, prevista no art.313, III, do CPP (que é o caso dos autos) justifica-se por ela mesma, para garantir a efetividade de outras medidas cautelares já impostas e descumpridas. Vale dizer, conforme leciona Eugênio Pacelli, que a finalidade da medida é de coerção para a observância de determinações judiciais específicas, justificando-se plenamente, do ponto de vista da efetiva proteção de direitos fundamentais. (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, Atlas, 2017, 10. ed, p.715).

Não bastasse, no caso, está presente a necessidade de se garantir a ordem pública, tendo em vista que o paciente é contumaz em delitos dessa natureza, porquanto foi condenado recentemente na Ação Penal nº.0000337-59.2019.8.12.0051, nas penas do crime de ameaça, praticado contra a mesma vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 30 de abril de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, almejando, basicamente, a revogação da prisão preventiva, decretada em desfavor de Remerson da Silva Loveira, devidamente qualificado nos autos.

Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí- MS.

Em suas razões, enfatiza a impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que a decisão que decretou a prisão preventiva carece de fundamentação concreta.

Por isso, em sede de liminar, requer a revogação da prisão cautelar decretada. No mérito, pugna pela confirmação dos efeitos da liminar.

Liminar indeferida às f. 71-73.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Analisando os autos, observo que a autoridade policial representou pela prisão preventiva do paciente, porque este teria ameaçado com uma faca sua ex-convivente e, ainda, descumprido medidas protetivas impostas em seu desfavor.

A autoridade apontada como coatora decretou a custódia cautelar, fundamentando-a na necessidade de garantia da ordem pública.

Em suas razões, enfatiza a impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que a decisão que decretou a prisão preventiva carece de fundamentação concreta.

Impetrado esse writ, indeferi a liminar pleiteada, porquanto não vislumbrei os requisitos ensejadores da concessão da tutela de urgência.

São esses os fatos que merecem relevância.

Passo à análise do mérito da impetração.

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, os quais, no caso, ressaem do depoimento da vítima e do boletim de ocorrência.

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.

Na hipótese, a decisão que decretou a custódia excepcional está idoneamente fundamentada. Veja-se, a propósito, excerto do *decisum* atacado:

“(...) Quanto ao fato noticiado, verifica-se que o representado estava escondido atrás de uma árvore esperando a vítima retornar do trabalho e, assim, que ela desceu do ônibus, já de madrugada, ele começou a correr atrás de Maria Elvira e, munido de uma faca, passou a ameaçá-la de morte. Consta dos documentos colacionado aos autos outros registros de crimes da mesma natureza, isto é, envolvendo violência doméstica, inclusive contra a mesma vítima (f. 19-20). Ademais, há nos autos de demonstração de que a ofendida tinha a seu favor medidas protetivas de urgência anteriormente deferidas, justamente para assegurar sua integridade (f. 28-30). Dessa forma, não resta outra conclusão, se não a de que a prisão preventiva é imperativa para impedir a reiteração criminosa, especialmente em face da mesma vítima, restando, pois, satisfeitos os requisitos do art. 312, do CPP. De qualquer forma, a prisão preventiva é necessária para a garantir a aplicação de medida protetiva de urgência, anteriormente deferida, a qual vem sendo descumprida pelo autuado, razão pela qual também está satisfeito o requisito do art.313, inciso III, da mesma lei processual”

Como se vê, o decreto prisional está amparado em dados concretos extraídos dos autos, a evidenciar a necessidade de acautelamento da ordem pública, considerando o descumprimento de medida protetiva de urgência anteriormente estabelecida em favor da mesma vítima, o que, nos termos do art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal, constitui motivo suficiente para embasar a segregação cautelar.

Além disso, imperioso destacar a gravidade concreta da conduta, porquanto utilizou-se o paciente de arma branca para perpetrar a ameaça.

Registre-se, outrossim, que a segregação na hipótese de descumprimento de medidas protetivas, prevista no art. 313, III, do CPP (que é o caso dos autos), justifica-se por ela mesma, para garantir a efetividade de outras medidas cautelares já impostas e descumpridas. Vale dizer, conforme leciona Eugênio Pacelli, que a finalidade da medida é de coerção para a observância de determinações judiciais específicas, justificando-se plenamente, do ponto de vista da efetiva proteção de direitos fundamentais. (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, Atlas, 2017, 10. ed, p.715).

A propósito, o E.STJ vem ratificando as prisões preventivas decretadas em caso de descumprimento de medidas protetivas, ainda que os crimes perpetrados pelo agente possuam penas máximas inferiores a 4 anos, conforme se vê do seguinte aresto:

“HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIMES PREVISTOS NO ART. 147, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/1941, NA FORMA DA LEI Nº 11.340/2006 – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A prisão preventiva do Paciente encontra-se devidamente fundamentada, haja vista que a jurisprudência considera idônea a decretação da custódia cautelar fundada no descumprimento de medidas protetivas, de acordo com o previsto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal.

2. Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos que autorizem a decretação da medida extrema.

3. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão.

4. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 464.737/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018)”

Ademais, está presente a necessidade de se garantir a ordem pública, tendo em vista que o paciente é contumaz em delitos dessa natureza, porquanto foi condenado recentemente na Ação Penal nº 0000337-59.2019.8.12.0051, nas penas do crime de ameaça, praticado contra a mesma vítima.

Assim, é evidente a idoneidade da fundamentação da decisão da autoridade apontada como coatora, porquanto, segundo a percuciente lição de Renato Brasileiro, para a corrente que sempre prevaleceu nos Tribunais Superiores,

“(…) entende-se garantia da ordem pública como risco de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade. O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo. (Brasileiro Renato, Curso de Processo Penal, p.906/907, RJ, Impetus, 2013).

Outrossim, condições pessoais favoráveis, como trabalho e residência fixa não têm o condão de afastar a custódia preventiva, quando presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, como na hipótese.

Demais disso, não vislumbro situação nova, apta a descaracterizar a imprescindibilidade da prisão cautelar, a qual segue a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, deve ser mantida, enquanto estiverem presentes os requisitos e pressupostos ensejadores de sua decretação.

Pelas razões expendidas, denego a ordem de *habeas corpus*, mantendo a custódia cautelar de Remerson da Silva Loveira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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, 30 de abril de 2019.

1ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0009035-18.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – FURTO E ROUBO IMPRÓPRIO – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – HABITUALIDADE DELITIVA – CONCURSO DE CRIMES – INAPLICABILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO IMPRÓPRIO PARA FURTO TENTADO INVIÁVEL – CONTINUIDADE DELITIVA INAPLICÁVEL – CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS – RECURSO IMPROVIDO

Caracterizada a habitualidade delitiva e a prática do crime de furto em concurso com outro delito mais grave, não há como aplicar o princípio da insignificância, pela acentuada reprovabilidade do comportamento.

Conforme demonstrado nos autos, antes de empregar a violência, o apelante manteve a posse da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo, de modo que a subtração se consumou, nos termos do posicionamento do STJ, cristalizado na Súmula 582 daquela Corte.

Ademais, embora a defesa alegue que o apelante não pode ser punido por roubo impróprio, porque empregou a violência com o intuito de se evadir do local, tal finalidade é equivalente à descrita no tipo penal (art.157, § 1º do CP), qual seja, assegurar a impunidade do crime. Portanto, inviável a desclassificação do delito de roubo impróprio para furto tentado.

Via de consequência, afastada a desclassificação, o pleito de aplicação do princípio da insignificância fica prejudicado, até porque tal postulado é inaplicável aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Para a incidência do concurso de crimes na modalidade da continuidade delitiva, conforme reclama o art.71 do CP, necessário se faz que os crimes praticados sejam da mesma espécie, vale dizer, devem ser idênticos os bens jurídicos tutelados pelas normas definidoras dos delitos.

Tratando-se de delitos, como o roubo e o furto, não tipificados pelo mesmo dispositivo legal e que tutelam bens jurídicos distintos, uma vez que o roubo, além do patrimônio, tutela a integridade física, incabível a aplicação do crime continuado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de junho de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Lúcio Nildo Gonçalves de Souza contra a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS que o condenou à pena total de 06 anos e 01 mês de reclusão e 26 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos descritos nos artigos 155, caput, c/c 157, § 1º, c/c 69, todos do Código Penal.

Em razões recursais, a defesa suplica: pela absolvição do delito de furto, invocando a aplicação do princípio da insignificância; pela desclassificação do delito de roubo impróprio (art. 157, § 1º, CP) para o delito de furto tentado (art. 155, c/c artigo 14, do Código Penal), com a consequente absolvição em razão do princípio da insignificância e pela aplicação do concurso continuado entre os delitos. Por fim, prequestiona a matéria recorrida.

Nas contrarrazões, o parquet pugna pelo improvimento do apelo.

Parecer ministerial pelo parcial provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Lúcio Nildo Gonçalves de Souza contra a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS que o condenou à pena total de 06 anos e 01 mês de reclusão e 26 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos descritos nos artigos 155, caput, c/c 157, § 1º, c/c 69, todos do Código Penal.

O apelante foi denunciado e, após instrução do feito, condenado porque, segundo narra a inicial acusatória:

“(...) no dia 25 de novembro de 2017, sábado, por volta das 20h20min, no estabelecimento comercial denominado Supermercado Thomé, localizado na Avenida Capitão Olinto Mancini, nº 4053, bairro Jardim Alvorada, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Lucio Nildo Gonçalves de Souza subtraiu, para si, 01 (um) pacote de carne pertencente ao referido estabelecimento comercial.

Consta dos autos, ainda, que, na mesma data, por volta das 20h40min, no supermercado acima mencionado, o denunciado Lucio Nildo Gonçalves de Souza, logo depois de subtrair, para si, 02 (dois) pacotes de carne, avaliados em R\$ 84,91 (oitenta e quatro reais e noventa e um centavos), de propriedade do referido estabelecimento, empregou violência contra funcionários do local a fim de assegurar a detenção da coisa para si e a impunidade do crime.”

Irresignada, em razões recursais, a defesa suplica: pela absolvição do delito de furto, invocando a aplicação do princípio da insignificância; pela desclassificação do delito de roubo impróprio (art. 157, § 1º, CP) para o delito de furto tentado (art. 155, c/c artigo 14, do Código Penal), com a consequente absolvição em razão do princípio da insignificância e pela aplicação do concurso continuado entre os delitos.

Passo à análise da insurgência.

De início, anote-se que:

“o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público” (STF, HC 84.412/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 19/11/2004).

Assim, a incidência do princípio bagatelar, consoante entendimento sufragado pelas Cortes Superiores, depende da concomitância dos requisitos acima elencados, de modo que, à falta de um dos vetores, o afastamento do princípio da insignificância é de rigor.

Vertendo-se esse raciocínio para o caso presente, percebo que a conduta do acusado não se amolda aos requisitos reclamados pela jurisprudência para que se configure a atipicidade material do fato.

Em primeiro lugar, porque, embora não há nos autos avaliação do bem furtado (um pacote de carne), o réu é criminoso renitente, registrando diversas anotações de crimes contra o patrimônio, dentre outros (f. 51-74).

Portanto, ainda que seja inexpressiva a lesão jurídica provocada, ante a habitualidade delitiva, é acentuada a reprovabilidade do comportamento, de modo a inviabilizar a caracterização da atipicidade material do fato.

Além disso, como se observa dos autos, no mesmo dia, o apelante voltou ao supermercado e subtraiu mais dois pacotes de carne, quando foi abordado por seguranças e outros funcionários do local e empregou violência contra tais pessoas para assegurar a detenção da coisa.

Ou seja, não se pode tratar como irrelevante a conduta praticada em concurso material com outro delito mais grave.

Diante deste contexto, a reiteração no cometimento de infrações penais reveste-se de relevante reprovabilidade e se mostra incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, demandando a atuação do Direito Penal, conforme tem entendido o STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DESCAMINHO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – CARACTERIZAÇÃO DA HABITUALIDADE – AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme orientação dominante do Superior Tribunal de Justiça, não há como aplicar o princípio da insignificância no caso concreto, pois caracterizada a habitualidade delitiva do réu. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1668016/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)”

Com essas considerações, rejeito o pleito absolutório.

Outrossim, alega a defesa que o apelante não praticou a violência para assegurar a impunidade do crime ou para deter a coisa para si, mas com o único intuito de se evadir do local logo que foi surpreendido pela vítima, pedindo a desclassificação do delito de roubo impróprio (art. 157, § 1º, CP) para o delito de furto tentado (art. 155, c/c artigo 14, do Código Penal), com a consequente absolvição em razão do princípio da insignificância.

O pedido deve ser negado.

De fato, a configuração do delito de roubo impróprio ou por aproximação pressupõe que, logo depois de subtraída a coisa, o agente empregue violência ou grave ameaça contra a pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro (art.157, § 1º, do CP).

Na hipótese, ficou demonstrado nos autos que o apelante primeiramente subtraiu os pacotes de carne e, quando abordado, entrou em luta corporal com os funcionários do mercado.

Portanto, antes de empregar a violência, o apelante manteve a posse da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo, de modo que a subtração se consumou, nos termos do posicionamento do STJ, cristalizado na Súmula 582 daquela Corte.

Ademais, embora a defesa alegue que o apelante não pode ser punido por roubo impróprio, porque empregou a violência com o intuito de se evadir do local, tal finalidade é equivalente à descrita no tipo penal, qual seja, assegurar a impunidade do crime.

Conforme depoimento da vítima, Almir Lopes da Silva, uma funcionária do estabelecimento visualizou o momento em que o acusado subtraiu o primeiro pacote de carne do referido estabelecimento comercial,

todavia, por medo, não comunicou os funcionários no momento em que o réu se encontrava no interior do mercado, avisando-os em seguida, os quais saíram no encalço do acusado, contudo não o encontraram. Posteriormente, segundo informado pelo depoente, o acusado retornou no estabelecimento, onde novamente subtraiu dois pacotes de carne, colocando-os dentro da calça e, na saída do mercado, os funcionários abordaram o acusado, o qual agrediu os empregados, e pelo fato do pacote de carne ter caído de suas vestes, confessou a prática delitiva.

Ainda, relatou o policial Wilton que os funcionários do mercado disseram que o apelante passou umas mercadorias pelo caixa e manteve a carne dentro da roupa. Disse, ainda que, quando chegaram na calçada do mercado, os funcionários estavam segurando o apelante, que estava muito violento, chutando os empregados, dando socos e somente parou quando viu a viatura.

No mesmo sentido, o depoimento do policial militar, Alex, o qual disse que, quando se aproximou do local para atender a ocorrência, conseguiu visualizar o apelante lutando com as pessoas.

Logo, a conduta do apelante se enquadra perfeitamente à descrita no tipo 157, § 1º do CP, não havendo que se cogitar em desclassificação.

Via de consequência, afastada a desclassificação, o pleito de aplicação do princípio da insignificância fica prejudicado, até porque tal postulado é inaplicável aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Por outro lado, para a incidência do concurso de crimes na modalidade da continuidade delitiva, conforme reclama o art. 71 do CP, necessário se faz que os crimes praticados sejam da mesma espécie, vale dizer, devem ser idênticos os bens jurídicos tutelados pelas normas definidoras dos delitos.

Nesse contexto, tratando-se de delitos não tipificados pelo mesmo dispositivo legal e que tutelam bens jurídicos distintos, uma vez que o roubo, além do patrimônio, tutela a integridade física, incabível a aplicação do crime continuado, como, aliás, defende a iterativa jurisprudência do STJ. Veja-se:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – FURTO EM CONCURSO MATERIAL COM ROUBO SIMPLES TENTADO – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CONFISSÃO PARCIAL – POSSIBILIDADE – ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE – APONTADA EXISTÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA – FURTO E ROUBO – IMPOSSIBILIDADE – DELITOS DE ESPÉCIES DIVERSAS E DEFINIÇÕES AUTÔNOMAS – PRECEDENTES – REGIME INICIAL – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO – PENA FINAL QUE PERMANECE EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS – MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NA DOSIMETRIA DA PENA – REDIMENSIONAMENTO PELO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - O tema do apontado constrangimento ilegal pela aplicação da pena-base acima do mínimo legal não foi devidamente enfrentado pelas instâncias ordinárias, o que impede a atuação desta Corte, pela vedação de supressão de instância. - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, quando utilizada pelo juiz para fundamentar a condenação, incide a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, ainda que a confissão tenha sido parcial, entendimento que resultou na edição do enunciado nº 545 da Súmula desta Corte.

- No caso, o Tribunal a quo deixou de aplicar a referida atenuante pelo fato de o paciente ter assumido a prática de delitos de furto, deixando de reconhecer o emprego da

violência inerente ao delito de roubo. Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte, embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial (HC 396.503/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017), de forma que a pena deve ser reduzida, pela aplicação do benefício, na segunda fase da dosimetria. - Quanto ao alegado constrangimento ilegal pela aplicação ao caso do concurso material de crimes, em detrimento do crime continuado, deve-se ressaltar que o crime continuado é ficção jurídica aplicável quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie, em conexão de tempo, lugar, maneira de execução e outras características, nos termos do art. 71, caput, do Código Penal.

- Entretanto, em caso como o dos autos, nos quais foram cometidos os delitos de roubo e de furto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há como se reconhecer a continuidade delitiva entre os referidos delitos, pois são infrações penais de espécies diferentes e que têm definição legal autônoma. Precedentes.

- Permanecendo a pena final em patamar superior a 4 anos, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime inicial fechado, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 24 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 299.516/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

Por fim, no que tange ao prequestionamento, despidiend a abordagem específica das normas legais indicadas, pois a matéria nelas contemplada foi inteiramente examinada.

Pelas razões expendidas, contra o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Lúcio Nildo Gonçalves de Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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, 24 de junho de 2019.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0005334-94.2013.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – CONDENAÇÃO – PROVAS SUFICIENTES – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO DE MODULADORA EQUIVOCADAMENTE NEGATIVADA – REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA DE OFÍCIO – SIMETRIA NECESSÁRIA – MENORIDADE RELATIVA – ATENUANTE CONFIGURADA – COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE ETÁRIA – MAJORANTES – CONFIGURADAS – REDUÇÃO DO *QUANTUM* CORRESPONDENTE – SÚMULA 443 DO STJ – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA PECUNIÁRIA.

Exsurgindo do caderno processual elementos de convicção suficientes, em conjunto probatório consistente e seguro, acerca da autoria, materialidade e comportamento doloso imputados, voltados ao cometimento do roubo, não há falar em absolvição tampouco em incidência do *in dubio pro reo*.

Mantém a valoração negativa da vetorial culpabilidade, pois o fato de o grupo ter desenvolvido toda a ação criminosa em uma residência ocupada apenas por mulheres, criança e idoso, impingindo-lhes desespero, cenário aterrorizante, delineia reprovação mais acentuada da conduta, um *plus*, máxime diante das inevitáveis e conhecidas sequelas emocionais acarretadas. Acresça-se que quando uma criança foi vista fugindo da casa, um dos assaltantes chegou até mesmo a apontar a arma para efetuar disparo, só não o fazendo porque cedeu à suplica nesse sentido.

Circunstâncias do crime são as modalidades da ação criminosa, atinentes à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após, enfim, cenário que se amolda perfeitamente ao fundamento empregado para a negatização da moduladora.

No tocante às consequências do crime, versando o caso sobre crime patrimonial, o prejuízo sofrido pela vítima concerne à própria tipificação penal, não servindo, pois, à exasperação da pena-base, desde que não se revele excessivamente vultoso ou exacerbado. Por conseguinte, verificando-se que, no caso concreto, houve a recuperação do veículo, sendo que as avarias na lataria e no para-brisas não podem ser tidas como de grande monta e, embora as vítimas noticiam ter sido subtraído dinheiro de uma delas, destinado a pagamento de aluguel da casa, aparelhos celulares, R\$ 300,00, sem, contudo, especificação dos respectivos valores, não comprovadamente exacerbados, portanto, a despeito da dilação assegurada, a neutralização da vetorial se afigura inevitável.

A exasperação deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

A pena de multa deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade e em conjunto com a análise das circunstâncias judiciais, devendo ser reduzida, ainda que de ofício, quando fixada de forma exacerbada.

Demonstrada nos autos a menoridade relativa do agente, a incidência da correspondente atenuante se afigura inevitável, sem que isso possibilite a redução da pena aquém do mínimo legal, notadamente à luz da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Comprovada documentalmente a existência de condenação anterior definitiva, cujo trânsito em julgado se concretizou antes dos fatos aqui narrados, o reconhecimento da reincidência emerge inafastável.

Verificada a atenuante de confissão espontânea e a agravante do artigo 61, II, 'h', do Código Penal (etária), é devida a compensação entre elas, porquanto equivalentes. Ademais, é de se ver que o sentenciado já havia sido beneficiado na primeira compensação, formalizada em primeiro grau, notadamente em se tratando de reincidência específica.

A incidência da causa de aumento concernente ao emprego de arma de fogo prescinde da apreensão e perícia, máxime quando comprovada a sua utilização durante o roubo, por outros meios de prova. Ademais, em situações desse naipe, competiria ao acusado demonstrar que a arma por ele utilizada durante o roubo não se revestiria de potencialidade lesiva.

Despontando do caderno processual que os assaltantes colocaram as vítimas em um quarto da residência e lá as mantiveram sob a mira de arma de fogo durante expressivo lapso temporal, aproximadamente uma hora, tanto que inclusive consumiram produtos alimentícios que estavam na geladeira e ingeriram até bebida alcoólica, *whisky*, e de lá somente saíram quando uma criança conseguiu sair correndo para pedir correndo, inegável se revela a caracterização da causa de aumento prevista no inciso V, § 2º, do artigo 157 em comento.

Nos termos da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, 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.

A fixação do regime prisional não se apresenta vinculada unicamente ao *quantum* porventura especificado, mas, também, às diretrizes elencadas no artigo 59 do Código Penal, conforme preconizado pelo artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Por corolário, emergindo tratar-se de acusado reincidente, que ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fulminar, inclusive, a incidência da Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça, não há falar em abrandamento de regime prisional. Pelas mesmas razões, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão de suspensão condicional da reprimenda.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recurso conhecido e parcialmente provido, e, de ofício, reduzida a pena pecuniária.

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 e, de ofício, reduzir a pena pecuniária, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Miqueias Fábio Campos de Souza interpõe recurso de apelação, porquanto inconformado com a sentença (f. 333-335) que o condenou a 12 anos de reclusão e pagamento de 240 dias-multa, como incurso no artigo 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 372-396) pleiteia a absolvição por falta de provas suficientes ao embasamento de decreto condenatório; redução da pena-base, face à ausência de fundamentação idônea a exasperação, devendo ser observada, ainda, a fração de 1-8 por circunstância eventual negativada; aplicação da atenuante da menoridade, ainda que a reprimenda resulte abaixo do mínimo legal; afastamento da agravante da reincidência, vez que tal deriva de erro de sistema de informação da justiça; afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, por ausência de demonstração da potencialidade lesiva; afastamento da majorante da restrição da liberdade, pois não ultrapassados os limites da subjugação necessária; redução da fração de aumento pelas majorantes, por falta de fundamentação idônea; fixação de regime prisional mais brando.

Contrarrazões (f. 407-432) pelo improvimento.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 522-531) pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas quanto ao reconhecimento da atenuante da menoridade e aplicação da fração de aumento pelas majorantes no mínimo legal.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Miqueias Fábio Campos de Souza interpõe recurso de apelação, porquanto inconformado com a sentença (f. 333-335) que o condenou a 12 anos de reclusão e pagamento de 240 dias-multa, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 372-396) pleiteia a absolvição por falta de provas suficientes ao embasamento de decreto condenatório; redução da pena-base, face à ausência de fundamentação idônea a exasperação, devendo ser observada, ainda, a fração de 1/8 por circunstância eventual negativada; aplicação da atenuante da menoridade, ainda que a reprimenda resulte abaixo do mínimo legal; afastamento da agravante da reincidência, vez que tal deriva de erro de sistema de informação da justiça; afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, por ausência de demonstração da potencialidade lesiva; afastamento da majorante da restrição da liberdade, pois não ultrapassados os limites da subjugação necessária; redução da fração de aumento pelas majorantes, por falta de fundamentação idônea; fixação de regime prisional mais brando.

Contrarrazões (f. 407-432) pelo improvimento.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 522-531) pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas quanto ao reconhecimento da atenuante da menoridade e aplicação da fração de aumento pelas majorantes no mínimo legal.

Da prefacial acusatória desponha que no dia 31 de julho de 2013, por volta das 19h00, no interior da residência situada à rua Prudente de Moraes, nº 135, bairro da Granja, na cidade e comarca de Ponta Porã/MS, o recorrente, agindo em unidade de desígnios com terceira pessoa não identificada, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu para si o veículo Toyota/Corolla, cor prata, placas EVF-9212, pertencente a Marcelo Bereny Rodrigues, sendo que para tanto rendeu e manteve em seu poder, restringindo a liberdade das vítimas Hermínia Ibarra (idosa com 69 anos na época do fato) e Dirce Tâmara Vargas, por cerca de uma hora.

Absolvição - falta de provas:

Aduz o recorrente que inexistem provas suficientes para embasar decreto condenatório, mesmo porque o reconhecimento fotográfico é frágil para apontar a autoria delitiva.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão recursal neste particular deduzida não comporta acatamento.

Mister se faz salientar que praticara o delito com o rosto descoberto, à mostra, sem nenhum obstáculo à pela visualização por parte das vítimas, tal como esclareceram em juízo. E, nesse eito, não há porque negar credibilidade ao reconhecimento havido (f. 40), máxime considerando que os assaltantes permaneceram na residência por considerável lapso temporal, quase uma hora, na companhia da vítima Dirce, inclusive mediante diálogo para que se acalmassem.

Note-se que a referida vítima, conforme consignado no referido termo, reconheceu o acusado como um dos autores do roubo, ‘*sem sombras de dúvidas*’.

É de se ver, também, que o réu, embora tenha alegado que não cometeu o crime, externou que iria assumir o “*b.o.*” porque seu documento pessoal foi encontrado no interior do veículo subtraído da vítima, abandonado durante a fuga.

Evidente que tal circunstância não induziria, por si só, à assunção da autoria do crime, notadamente diante da variedade de hipóteses que a ensejariam, até mesmo eventual extravio. Note-se que o próprio acusado afirmou não ter sido coagido ou constrangido a assumir, ressaltando nem experimentar medo de represálias por parte de facção.

Ademais, competia-lhe comprovar ao longo da instrução eventual justificativa ou alibi, inclusive extravio do documento, de cujo ônus, todavia, não conseguiu se desincumbir.

Insta notar, igualmente, que o recorrente, tal como externou em juízo, foi preso aproximadamente nove dias depois no Estado de Mato Grosso, oportunidade em que restou flagrado transportando, juntamente com um adolescente, cerca de 273 kg de maconha, provenientes do Paraguai. E isso se amoldar perfeitamente ao que foi esclarecido pela vítima Dirce, no sentido de que os assaltantes mencionavam que o veículo seria roubado e empregado no tráfico de drogas.

Acresça-se que o cometimento do roubo se afina perfeitamente ao comportamento que tem sido adotado pelo acusado, tanto que registra condenação anterior, no ano de 2012, por prática delituosa à semelhança, na modalidade tentada, na comarca de Campo Novo dos Parecis/MT (f. 192).

Por outro prisma, não se vislumbrou motivo algum para que as vítimas mentissem. Nem conheciam o réu, tampouco possuíam razões para incriminá-lo injustamente. Ademais, que vantagem levariam em apontar inocente, deixando às soltas o autor do roubo, correndo até mesmo o risco de serem por ele novamente assaltadas?

A palavra da vítima, em tema de roubo, é de suma importância, inclusive preponderante para o deslinde do feito, pois incidindo sobre o proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados, narrando-lhes a atuação, e não acusar inocentes.

Gizem-se, a propósito, os seguintes arestos, perfeitamente aplicáveis ao caso em pauta:

A palavra da vítima, dada em juízo, incriminando de forma segura e firme o acusado, é suficiente como prova condenatória. Especialmente, quando não se aponta elementos concretos que permita suspeitar de equívoco, sugestão, ou má-fé. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa idônea séria não irá acusar outro cidadão da prática de uma subtração, se esta não aconteceu. Além disso, não se pode argumentar de acusação motivada por vingança ou qualquer outro motivo, quando os envolvidos, como é o caso em tela, não mantêm qualquer vínculo de amizade ou inimizade. Condenação mantida. Unânime.” (TJRS ACr 70006124705, rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 18.06.2003)

“Em sede de crime de roubo, a palavra da vítima é de especial importância, sendo suficiente para embasar a condenação quando se apresenta firme e coerente na descrição dos fatos e na incriminação do agente, mesmo porque não teria sentido sustentar-se que ela pudesse incriminá-lo indevidamente, se nem conhecia o acusado.” (TACrimSP, ap.1047.903, j. 08.05.97)

Oportuno destacar, nessa esteira, o posicionamento realçado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que:

(...) a palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso. (STJ, HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 2.8.2010)

E disso não destoam o posicionamento vislumbrado nesta Corte Estadual de Justiça:

*EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – TENTATIVA DE FURTO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDO – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA – DESPROVIDO, COM O PARECER – REDUÇÃO DA PENA MULTA EX OFFICIO – POSSIBILIDADE. Não há falar em absolvição se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são firmes e seguros a amparar a condenação imposta pela sentença impugnada. **Em crimes contra o patrimônio, em que o contato é direto entre o acusado e a vítima, normalmente praticado às escondidas de outras pessoas, a palavra desta é de relevância fundamental, especialmente quando coerente e segura no decorrer de toda a instrução processual, apontando o acusado como autor do fato criminoso. A pena de multa deve ser fixada em estrita observância e proporcionalidade com a pena privativa de liberdade cominada.** (TJMS. Apelação nº 0001674-64.2014.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 06/03/2017, p: 07/03/2017) (g.n.)*

*EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – RECURSO DA DEFESA – PENAL E PROCESSO PENAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – RECONHECIMENTO PESSOAL, DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – REDUZIDA – REGIME PRISIONAL ABRANDADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. **A condenação deve ser mantida ante a comprovação da materialidade e autoria delitiva, com especial relevo à palavra das vítimas, que nessas espécies delitivas assume significativa importância, ainda mais quando prestadas de forma firme e coerente, aliada aos demais elementos probatórios dos autos.** (...). (TJMS, Apelação APL 00398315720148120001 MS 0039831-57.2014.8.12.0001, Des. Manoel Mendes Carli, 1ª Câmara Criminal, DJ. 12/01/2016) (g.n.)*

Não há, portanto, que se falar em absolvição tampouco em incidência do *in dubio pro reo*.

Redução da pena-base para o mínimo legal:

O sentenciante, ao desenvolver a primeira fase da dosimetria, considerou negativas três vetoriais, quais sejam, culpabilidade do agente, circunstâncias e consequências do crime. Note-se:

A reprovabilidade da conduta ou culpabilidade foi acentuada por terem invadido uma casa com mulheres e crianças, utilizado de ameaças contra eles, sendo um grupo de aproximadamente 04 pessoas.

As circunstâncias são também especialmente reprováveis, pois o roubo foi previamente arquitetado, fizeram levantamento do local e esperaram o melhor dia e momento para que assim estivesse diminuída, pois se tratava de um grupo criminoso voltado ao tráfico de drogas, e como o réu já estava há dois meses esperando para poder fazer o transporte, o grupo indicou a casa das vítimas onde haveria dinheiro e ouro.

As consequências foram especialmente graves, pois foram subtraídos vários bens não recuperados.

Melhor sorte não é reservada ao recorrente.

Do comando constitucional espelhado nos artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso IX, referentes à individualização da pena, emana que cada circunstância judicial deve ser examinada à luz de elementos concretos, coletados ao longo da instrução e reunidos nos autos, evitando-se a duplicidade e a valoração daqueles que integrem o próprio tipo penal.

Ao discorrer sobre a culpabilidade, giza Ricardo Augusto Schmitt que corresponde ao:

“(...) grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base. Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 8ª ed. Juspodivm, p. 88)

No caso versando, o fato de o grupo ter desenvolvido toda a ação criminosa em uma residência ocupada apenas por mulheres, criança e idoso, impingindo-lhes desespero, cenário aterrorizante, delineia reprovação mais acentuada da conduta, um *plus*, máxime diante das inevitáveis e conhecidas sequelas emocionais acarretadas. Acresça-se que, segundo relatado em juízo, quando uma criança foi vista fugindo da casa, um dos assaltantes chegou até mesmo a apontar a arma para efetuar disparo, só não o fazendo porque cedeu à suplica nesse sentido.

Circunstâncias do crime, enfatiza Ricardo Augusto Schmitt, são:

“(...) os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, (...) não podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora. (op.cit.,5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p.104)

São, portanto, as modalidades da ação criminosa, atinentes à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após.

Nesse contexto, idôneo se afigura o fundamento utilizado pelo sentenciante, no sentido de que são também especialmente reprováveis, pois o roubo foi previamente arquitetado, fizeram levantamento do local e esperaram o melhor dia e momento para que assim estivesse diminuída, pois se tratava de um grupo criminoso voltado ao tráfico de drogas, e como o réu já estava há dois meses esperando para poder fazer o transporte, o grupo indicou a casa das vítimas onde haveria dinheiro e ouro. Tanto que os autores, conforme apurado, ficavam o tempo todo recebendo orientação por telefone de outro indivíduo, realçando o planejamento da operação, que em muito difere da ação motivada por ímpeto.

No tocante às consequências do crime, versando o caso sobre crime patrimonial, o prejuízo sofrido pela vítima concerne à própria tipificação penal, não servindo, pois, à exasperação da pena-base, desde que não se revele excessivamente vultoso ou exacerbado.

Deparando-se com situação à semelhança, exteriorizou a Terceira Câmara Criminal desta Corte, no julgamento da Apelação nº 0033601-33.2013.8.12.0001, Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, que:

(...) Tratando-se de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio. A não recuperação dos bens subtraídos não é motivo idôneo à valoração negativa da circunstância judicial das consequências do delito, vez que tal situação é inerente ao tipo penal.

Nessa linha, realçou o Superior Tribunal de Justiça que,

(...) Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio (...) (HC 187.011; Proc. 2010/0184495-0; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze;Julg. 12/03/2013; DJE 18/03/2013).

No caso em tela, verificou-se a recuperação do veículo, sendo que as avarias na lataria e no para-brisas, como demonstram as fotografias acostadas, não podem ser tidas como de grande monta. As vítimas noticiam

ter sido subtraído dinheiro de uma delas, destinado a pagamento de aluguel da casa, aparelhos celulares, R\$ 300,00 da vítima idosa Dirce, roupas e outros bens, em momento, todavia, não comprovadamente exacerbado, a despeito da dilação assegurada.

Daí por que a moduladora em destaque deve ser neutralizada.

Fração a ser adotada por cada vetorial negativada:

Aduz o apelante que deve ser aplicada a fração de 1/8 por cada circunstância negativa constatada, o que restou inobservado pelo sentenciante.

A exasperação deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério sugerido por Ricardo Augusto Schmitt (op. cit.), deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

No crime de roubo a pena varia entre 04 a 10 anos de reclusão, delineando elastério correspondente a seis anos ou 72 meses. Por conseguinte, a incidência da fração citada sobre tal diferença culminará em acréscimo, por cada vetorial negativada, equivalente a nove meses.

Portanto, *in casu*, considerando que remanescem negativadas apenas duas moduladoras, a pena basilar deve ser reduzida para 05 anos e 06 meses de reclusão, bem como, diante da simetria que deve revestir a pena pecuniária, ao pagamento de quatorze (14) dias-multa, à razão unitária citada, observando-se, dessa forma, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

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.

Sobre a simetria a ser resguardada durante a dosimetria das reprimendas, oportuno trazer a lume aresto emanado desta Corte de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ART. 14 DA LEI 10.826/03 – PENA DE MULTA E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO – LIMITES LEGAIS – RECURSO PROVIDO.

I - A pena de multa e a pena restritiva de direito de prestação pecuniária devem guardar simetria com a pena privativa de liberdade e em conjunto com a análise das circunstâncias judiciais, devendo ser reduzida quando fixadas de forma exacerbada.

II - Recurso provido. Contra o parecer. (Apelação nº 0001060-24.2012.8.12.0019, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva)

A propósito, ainda, o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

“(…) observamos que nada impede – ao contrário, tudo recomenda – utilize o julgador o mesmo critério estabelecido pelo art. 68 do Código Penal para concretização do número de dias-multa. Portanto, levava em consideração não somente as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), como também as agravantes e atenuantes, além das causas de aumento e diminuição

da pena. Tal medida permite ao réu conhecer exatamente os passos que levaram o magistrado a chegar a determinado número de dias-multa.” (Código Penal Comentado, 16ª ed., 2016, p. 429).

No mesmo pórtico, o Superior Tribunal de Justiça:

“(…) A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País.” (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 14/02/17).

Na segunda fase da dosimetria, foram compensadas a agravante da reincidência com a atenuante da confissão (f. 335), bem como remanesceu incidência da agravante prevista no artigo 61, II, “h”, do Código Penal.

Argumenta-se que deveria ser igualmente considerada a atenuante alusiva à menoridade relativa do agente.

Assiste razão ao apelante, vez que, demonstrada nos autos a menoridade relativa do agente, a incidência da correspondente atenuante se afigura inevitável. Não que isso possibilite, e nem será o caso, como mais adiante se verá, a redução da pena aquém do mínimo legal, notadamente à luz da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta-se que a única condenação que configuraria reincidência se refere à incidência espelhada à f. 192, concernente ao processo nº 616-22.2012.8.11.0050, dando como data do fato 16/03/2012 e do trânsito em julgado 14/05/2015.

Ocorre que o recorrente apontou equivocadamente a data do trânsito em julgado dessa sentença condenatória anterior. Na mencionada f.192, sobre o feito em questão, consta, na realidade, o seguinte:

CARTA DE GUIA – AUTOS Nº 616-22.2012.811.0050; CAPITULAÇÃO – ART. 157, § 2º, INCISO III, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – PENA – 02 (DOIS) ANOS DE 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 07 (SETE) DIAS-MULTAS EM REGIME ABERTO – DATA DO FATO: 16/03/2012 – TRÂNSITO EM JULGADO: 14/05/2012 – COMARCA DE CAMPO NOVO DOS PARECIS - MT.

Destarte, caracterizada, sim, a reincidência.

Causa de aumento - emprego de arma de fogo - ausência de prova da potencialidade lesiva:

Sem razão o recorrente.

Como cediço, a incidência da causa de aumento enfocada prescinde da apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada a sua utilização durante o roubo, por outros meios de prova, tal como se observou no caso presente.

Nesse sentido o entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO EVIDENCIADA – CONDENAÇÃO FUNDADA IGUALMENTE EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO – WRIT NÃO CONHECIDO.

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. *O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou, ainda, o afastamento de majorante, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedente.*

3. *Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ter sido empregada arma de fogo na senda criminosa, a análise das alegações concernentes ao pleito de afastamento da majorante correspondente demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.*

4. *A teor do art. 155 do Código de Processo Penal, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. Contudo, mister se faz reconhecer que tais provas, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada do juiz, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório. Precedentes.*

5. *Malgrado a vítima não tenha sido localizada para, em juízo, confirmar os relatos apresentados perante a autoridade policial, verifica-se que tais declarações foram confirmadas pelos policiais que acompanharam os depoimentos prestados na fase inquisitorial e que foram responsáveis pela prisão em flagrante do paciente.*

6. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

7. *Writ não conhecido. (HC 330.625/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) (g.n.)*

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO MAJORADO – 1) PENA-BASE – EXASPERAÇÃO – 1.1) CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – 1.2) COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA – JUSTIFICATIVA CONCRETA – AFASTAMENTO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 7 DO STJ – 1.3) CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – R\$ 12.000,00 NO ANO DE 2012 – PREJUÍZO EXACERBADO – AFASTAMENTO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 7 DO STJ – 2) EMPREGO DE ARMA NÃO APREENDIDA – AFASTAMENTO DA MAJORANTE – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA – SUFICIÊNCIA DA PROVA ORAL – SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A exasperação da pena-base em razão das circunstâncias do fato não foi discutida perante o Tribunal de origem, motivo pelo qual carece a alegação de prequestionamento.*

2. *O comportamento da vítima foi classificado como neutro mediante justificativa concreta, pois, apesar do portão da residência estar aberto, a vítima estava na calçada de sua casa e os réus demonstraram conhecer a residência. O pleito de afastamento da neutralidade demanda o reexame fático-probatório, providência vedada pelo enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.*

3. *As consequências do crime extrapolaram o prejuízo inerente ao tipo penal de roubo para a vítima, considerando a perda de R\$ 12.000,00 no ano de 2012. Para se afastar tal justificativa concreta, é necessário o revolvimento fático-probatório, providência vedada pelo enunciado 7 da Súmula do STJ.*

4. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp nº 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da majorante de emprego de arma prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

5. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1022315/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017) (g.n.)

A ausência do exame ou perícia não altera esse entendimento à medida que nem mesmo a ausência de apreensão da arma impediria o reconhecimento da causa de aumento de pena, máxime considerando que das provas reunidas evidenciou-se a sua efetiva utilização.

Não se pode desconsiderar, ainda, em circunstâncias dessa natureza, o poder de intimidação do meio executório, mesmo porque às vítimas fora transferida a versão de que estavam à mercê de disparos que poderiam ser desferidos a qualquer momento.

Ademais, consoante exteriorizado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, em situações desse naipe, competiria ao acusado demonstrar que a arma por ele utilizada durante o roubo não se revestiria de potencialidade lesiva:

CRIMINAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO – EMPREGO DE ARMA – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA – INCIDÊNCIA DA MAJORANTE – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.” (EResp 961863/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011) (g.n.)

Causa de aumento alusiva à restrição de liberdade das vítimas:

Sustenta que a majorante deveria ser afastada, porque não ultrapassados os limites da subjugação necessária.

Não é, contudo, o que emerge dos elementos de convicção reunidos neste caderno.

As vítimas Hermínia e Dirce declararam em audiência que os assaltantes as colocaram em um quarto da residência e lá permaneceram sob a mira da arma de fogo pelo período aproximado de 01 (uma) hora (áudio e vídeo à f. 284).

No mesmo sentido as declarações da vítima Marcelo Bereny Rodrigues (f. 38) ao ressaltar que os autores do roubo permaneceram em sua casa por cerca de uma (01) hora e que também, possivelmente, estariam esperando alguém da sua casa chegar. Aliás, o considerável lapso temporal em que lá permaneceram resulta inclusive do fato de que consumiram produtos alimentícios que estavam na geladeira e ingeriram até bebida alcoólica, Whisky. Além disso, somente saíram do local depois que o neto da vítima Dirce conseguiu sair correndo para pedir socorro.

Nesse contexto, inegável se revela a configuração da majorante em tela.

Quantum alusivo às causas de aumento:

Emerge da sentença que, a respeito, o magistrado primevo adotou aumento correspondente à metade e, para tanto, levou em consideração unicamente a quantidade de majorantes configuradas. Note-se (f. 335):

Na terceira fase aplica-se o parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal e são três causas de aumento, aumentando-se a pena pela metade. Assim, a pena fica em (...)

Ocorre que, em se tratando de roubo majorado por mais de uma circunstância, para a fixação do aumento da pena acima do mínimo legal, na terceira fase da dosimetria, se faz necessária fundamentação idônea, a tanto não bastando o número de majorantes porventura configuradas. Nessa esteira, inclusive, a Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 443. 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.

Por conseguinte, a exasperação, nessa parte, deve situar-se em 1/3, patamar mínimo a tanto previsto.

Dosimetria:

Na primeira fase, diante do posicionamento alhures realçado, a basilar deve ser situada em 05 anos e 06 meses de reclusão, bem como, diante da simetria que deve revestir a pena pecuniária, ao pagamento de quatorze (14) dias-multa, à razão unitária citada.

Na segunda fase, mantém-se a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, assim como da atenuante alusiva à menoridade com a agravante prevista no artigo art. 61, II, “h”, do Código Penal (etária), também equivalentes. A propósito:

EMENTA–APELAÇÃO CRIMINAL–ROUBO MAJORADO–RECURSO DEFENSIVO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – NÃO CONFIGURADA – DOSIMETRIA RELATIVA AO CORRÉU – ANÁLISE DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – MODULADORA REFERENTE ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NEUTRALIZADA – FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL – COMPENSAÇÃO ENTRE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE E AGRAVANTE – DEVIDA – SUMULA 231, DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, EM PARTE COM O PARECER.

A atipicidade material da conduta, mediante a aplicação do princípio da insignificância, somente é possível quando a lesão ao bem jurídico for irrisória, a ponto de não justificar a atuação da máquina judiciária, de modo que o valor da res furtiva não deve ser o único critério a ser considerado em situações desse jaez, mas, igualmente, a presença dos requisitos concernentes à mínima ofensividade da conduta do agente, à ausência total de periculosidade social da ação, ao ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e à inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

Descabida a aplicação da causa de diminuição concernente à participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP), se o agente participou efetivamente da empreitada delituosa, prestando relevante contribuição à consecução do crime, em clara divisão de tarefas para o alcance do fim colimado.

É possível a análise, de ofício, de questões que envolvam a individualização da pena, ainda que não tenham sido suscitadas nas razões recursais.

Versando o caso sobre crime patrimonial, o prejuízo sofrido pela vítima concerne à própria tipificação penal, não servindo, pois, à exasperação da pena-base, desde que não se revele excessivamente vultoso ou exacerbado.

Não havendo apontamento de qualquer situação concreta que justifique a valoração negativa das circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP, deverão tais moduladoras serem tidas como neutras, possibilitando a fixação da pena-base no mínimo legal previsto para o tipo.

Verificada a atenuante de confissão espontânea e a agravante do artigo 61, II, 'h', do Código Penal, é devida a compensação entre elas, seguindo inalterada a pena intermediária.

Nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é vedado reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecidas duas circunstâncias atenuantes.

Recurso conhecido e parcialmente provido. Em parte, com o parecer. (TJMS. Apelação nº 0001720-11.2014.8.12.0031, Caarapó, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 26/04/2018, p: 27/04/2018)

Ademais, é de se ver que o sentenciado já havia sido beneficiado na primeira compensação, formalizada em primeiro grau, notadamente em se tratando de reincidência específica. No entanto, tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, nada pode ser reparado neste particular.

Na terceira fase, majoro as reprimendas em 1/3, resultando-as definitivas em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, à razão unitária especificada.

Por outro prisma, sabe-se que a fixação do regime prisional não se apresenta vinculada unicamente ao *quantum* porventura especificado, mas, também, às diretrizes elencadas no artigo 59 do Código Penal, conforme preconizado pelo artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

No caso em tela emerge tratar-se de acusado reincidente, que ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fulminar, inclusive, a incidência da Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, nem mesmo a Súmula 269 acima citada conduziria à fixação de regime prisional mais ameno, pois sua incidência somente se justifica quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis, ou seja, hipótese não detectada no caso em pauta.

Gize-se, a propósito, o entendimento firmado pela Terceira Câmara Criminal deste Sodalício no julgamento da Apelação Criminal nº 0003403-71.2017.8.12.0001, Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – LEI 10.826/03 – PENA – REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SÚMULA 269 DO STJ – INAPLICABILIDADE – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – RECURSO DESPROVIDO.

I - Pela inteligência dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, somada à existência de circunstância judicial desfavorável, obriga à fixação de regime prisional mais gravoso, ainda que a pena imposta seja inferior a quatro anos de reclusão. A Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente apenas quando todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

II – Com o parecer. Recurso desprovido.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – ART. 16 § ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003 – PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE CARTUCHOS INTACTOS E PACIENTE QUE EXERCIA A SEGURANÇA EM

PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR – PENA MANTIDA – REGIME PRISIONAL FECHADO – MANUTENÇÃO – PACIENTE REINCIDENTE E COMPENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, ANTE A PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 269/STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula nº 440/STJ. Por outro lado, segundo o Enunciado Nº 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. Hipótese em que, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o acusado possuir circunstância judicial desfavorável, que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime inicial fechado estabelecido pelo acórdão recorrido. Precedentes – Habeas corpus não conhecido. (STJ; HC 411.870; Proc. 2017/0199556-5; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 20/10/2017). (g.n.)

Nesse contexto, visando à reprovação e, sobretudo, à prevenção, inerentes à suficiência da reprimenda, o regime prisional adotado pelo sentenciante deve ser mantido. Pelas mesmas razões, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou a concessão de *sursis*.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento, impende salientar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para o fim de afastar da dosimetria valoração negativa da vetorial consequências do crime, assim como para o fim de reconhecer a incidência da atenuante alusiva à menoridade relativa, compensada na segunda fase com a agravante etária, bem, ainda, adotar a fração de 1/8 por cada moduladora negativada e, na terceira fase da dosimetria, adotar a fração de 1/3, (v) reduzir de ofício a pena pecuniária, assim, diante do consequente redimensionamento, fixar a pena definitiva do recorrente em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, remanescendo inalterados os demais termos da sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento e, de ofício, reduziram a pena pecuniária, nos termos do voto do relator.

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^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 25 de abril de 2019.

3ª Câmara Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 0000761-65.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – PRELIMINARES DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS – EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA – ILEGALIDADE DAS PRORROGAÇÕES EM PROSPECÇÃO – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONTAMINAÇÃO DE PROVAS – PLEITOS AFASTADOS – DECISÃO DE PRONÚNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE – IMPRONÚNCIA INCABÍVEL – SUBMISSÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI – *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS, COM O PARECER.

Exsurge do encadernado que, quando da decretação da interceptação telefônica, faziam-se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, atinentes aos incisos do art. 2º da Lei nº 9.296/96, o que rechaça a nulidade da medida por suposta ausência de indícios razoáveis de autoria.

A excepcionalidade da medida decorre de diligências anteriormente empreendidas, a exemplo de busca e apreensão, a reforçar que, naquele momento, outros meios de obtenção de provas não estariam disponíveis, confirmando, pois, que a quebra do sigilo telefônico não se tratou de *conditio sine qua non* para comprovar a autoria, mas medida *ultima ratio* à colheita de provas para corroborar e conferir robustez aos elementos até então angariados nesse sentido.

Não se verifica a prospecção da interceptação telefônica na hipótese em que foi obedecida a natureza pós-delitiva da quebra do sigilo, levado a efeito apenas após obtidos elementos que demonstravam a existência de indícios razoáveis da autoria concernente ao crime de homicídio.

Não se constata ilegalidade nas prorrogações da interceptação telefônica, deferidas em atendimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, garantia insculpida no art. 93, IX, da Constituição da República, até porque, desde a primitiva decretação, foi autorizada mediante clara descrição da situação objeto das investigações, com indicação e qualificação dos alvos, apontando-se expressamente os terminais telefônicos cujos sigilos foram retirados, contextualização concreta que serve para, além de rebater a aventada interceptação de prospecção, constatar a inexistência de comando genérico nas decisões de prorrogação.

A autorização judicial de renovação da interceptação telefônica é casuística, podendo ser prorrogada por mais de uma vez, desde que o Estado-Juiz aponte concretamente os motivos e circunstâncias a tanto, respeitando-se a razoabilidade e proporcionalidade.

Inexiste ilegalidade da escuta que atinge familiares do investigado, tampouco se no curso das investigações sobrevierem fatos delitivos outros que não o em apuração, porquanto é cediço que o ordenamento jurídico recepcionou o encontro fortuito de provas, sobretudo no caso de interceptação telefônica legalmente autorizada, na qual a *serendipidade* é imanente à medida restritiva.

A autoridade judicial pode, até mesmo de ofício, retirar o sigilo telefônico, autorização legal (art. 3º, *caput*, Lei 9.296/96) que permite exegese no sentido de que a ausência de prévia ciência do órgão ministerial não macula a medida, notadamente se, após a decretação, o Ministério Público, cientificado, não se insurge, anuindo, pois, à providência de caráter restritivo, situação que caracteriza a imprescindibilidade e regularidade da interceptação da comunicação.

A higidez da interceptação telefônica deve ser relegada a momento oportuno, em confrontação com as provas colhidas sob o crivo do contraditório, tudo voltado à formação da livre convicção do juiz natural competente para análise do crime doloso contra a vida, restando evidenciado panorama que, de forma alguma, redunde em contaminação de provas, seja originária ou as daí derivadas, de tal sorte que não procede o esforço para se nulificar a persecução penal.

Embora possam existir elementos a sustentar a versão defensiva, inviável a impronúncia, porquanto não se pode olvidar que na fase de *judicium accusationis* descabe posicionamento acerca do melhor enquadramento jurídico ao caso, tampouco interpretação e análise aprofundada dos fatos, bastando indícios suficientes ao embasamento da imputação estampada na proemial e confirmação alusiva à materialidade, afigurando-se prescindível prova incontroversa, mesmo porque a presunção neste momento é contra o réu, pois qualquer dúvida deve ser resolvida em benefício da sociedade.

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, 9 de maio de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Alexandre Henrique Mendes e Cristian Lucas Tomazini Garcia interpõem recursos em sentido estrito contra sentença de pronúncia proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas (f. 699-712), que submeteu os réus a julgamento perante o Tribunal do Júri, pelas condutas descritas no art. 121, § 2º, III e IV, *c/c* art. 29, *caput*, do Código Penal.

Cristian Lucas Tomazini Garcia, em suas razões (f. 742-792), suscita nulidade da interceptação telefônica pela ausência de indícios razoáveis da autoria ou participação no homicídio, pela prorrogação ilegal da medida praticada em prospecção para apuração de supostos delitos, pela excepcionalidade e possibilidade de produção de provas por outros meios, pela ausência de fundamentação idônea a justificar as prorrogações do monitoramento e pela ausência de intimação do Ministério Público para ciência do procedimento investigativo. Ademais, sustenta que o processo é nulo desde o início, já que todas as provas obtidas a partir da maculada interceptação telefônica estão contaminadas e, assim, ilícitas por derivação. Subsidiariamente, postula sua impronúncia, por ausência de indícios que comprovem a participação no crime.

Alexandre Henrique Mendes, em seu arrazoado (f. 860-869), pleiteia a impronúncia, alegando não haver indícios suficientes de autoria do crime de homicídio.

Contrarrazões pela manutenção do *decisum* (f. 797-823 e 879-893).

Parecer pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (f. 898-912).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recursos em sentido estrito manejados por Alexandre Henrique Mendes e Cristian Lucas Tomazini Garcia contra sentença de pronúncia proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas (f. 699-712), que submeteu os réus a julgamento perante o Tribunal do Júri, pelas condutas descritas no art. 121, § 2º, III e IV, c/c art. 29, *caput*, do Código Penal.

Preliminar de nulidade

O réu Cristian aduz que a interceptação telefônica é nula por desrespeitar a legislação inerente, porquanto deferida sem que houvesse indícios de autoria, bem assim pela possibilidade de produção de provas por outros meios, também porque teria sido ilegalmente prorrogada, em desfavor de terceiros alheios, inclusive por não ter o Ministério Público sido intimado sobre o monitoramento, situação que acarretaria mácula desde a quebra do sigilo, com a contaminação derivada dos elementos colhidos.

No entanto, a despeito da argumentação defensiva, não se verifica nulidade na interceptação telefônica legítima e legalmente decretada para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Não se descarta que o art. 5º, XII, da *Lex Fundamental* assegura a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas, a qual, por não se tratar de garantia absoluta, pode ser afastada, mediante ordem judicial fundamentada, para fins de investigação criminal, nos termos da Lei nº 9.296/96.

Para deferimento da quebra de sigilo telefônico, necessário, então, ponderar a eficácia do procedimento investigativo e as garantias individuais do indivíduo, pelo que se percebe inexistir discussão sobre a viabilidade da medida, sobretudo porque, na hipótese em testilha, a ingerência estatal na esfera de direitos constitucionalmente protegidos (intimidade, privacidade) revelou-se, indene de dúvidas, imprescindível.

Ao contrário do que sustenta o recorrente, o sigilo telefônico foi mitigado por autorização judicial em compasso com o ordenamento jurídico aplicável à espécie.

Com efeito, a medida restritiva foi deferida na origem nos Autos Sigilosos de nº 0009277-11.2016.8.12.0021, para apuração de homicídio cometido contra a vítima Alex de Lima Ferreira.

Embora se alegue que não havia indícios razoáveis de autoria ou participação de Cristian no homicídio objeto da persecução penal, exsurge do encadernado que, quando da decretação da interceptação telefônica, faziam-se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que, em consonância com os incisos do art. 2º da Lei nº 9.296/96, são inerentes à medida.

Aliás, segundo enfoque de Eduardo Luiz Santos Cabette²⁰:

“(...) A lei determina como imprescindível à interceptação a existência de indícios razoáveis, querendo, portanto, dizer com isso, que é necessário um conjunto de fatores a indicar a existência de uma prática criminosa e ainda levar à conclusão de fortes e veementes suspeitas contra o futuro sujeito passivo da interceptação telefônica.”

Com efeito, enfatizou o magistrado primevo sobre a necessidade da medida para angariar elementos, porquanto estariam presentes indícios da autoria e participação dos investigados. *In verbis*:

“(...) O direito ao sigilo telefônico é, sem dúvida, garantido para preservar a privacidade do cidadão. Todavia, este direito não é absoluto e deve ser relativizado, aliás, com a grande maioria dos outros direitos e garantias constitucionais que, em virtude de princípios como o da unidade da constituição e da harmonização ou concordância prática, acabam por ter seu âmbito de incidência restringido, em favor de outros direitos ou interesses.

²⁰ *Interceptação telefônica*, Saraiva, 2015, p. 89

No caso em tela, onde se investiga delitos extremamente graves, a relativização se dá em razão do interesse público, que se sobrepõe ao interesse individual, sendo certo que o crime foi cometido de inopino, com ares de execução, hipótese em que a medida pretendida revela-se meio necessário e adequado para a consecução de outras provas, inclusive quanto a possíveis mandantes, o que dificilmente se conseguiria de outra maneira.

No mais, os fatos conferem indícios razoáveis de autoria ou participação dos investigados e, tratando-se de crime apenado com reclusão, tem-se por preenchidos os requisitos do art. 2º, da Lei nº 9.296/96, impondo-se o acolhimento da pretensão.”

E, ao analisar o caderno processual, verifica-se que os indícios de autoria recaiam sobre os acusados.

Constata-se que, minutos antes do homicídio de Alex de Lima Ferreira, Reginaldo Francisco dos Santos, vulgo Regi, estava na companhia de Lucas Cavalcante Bacurau, alcunha bacurau, quando o acusado Alexandre Henrique Mendes, apelido gordão, juntamente do réu Cristian Lucas Tomazini Garcia, denominado boy, estavam rondando a região com um VW GOL, cor preta, momento em que teriam avistado Reginaldo e tentado ceifar-lhe a vida, o que não ocorreu porque fugiu, pois percebeu que um dos corréus estava portando arma de fogo, sendo que todo o evento teria sido presenciado por Lucas.

Reginaldo, em declarações, mencionou que conhecia o acusado Alexandre e passou as características físicas do segundo investigado, inclusive afirmando que este último portava a arma de fogo na mão esquerda, de modo que, na oitiva perante a autoridade policial, reconheceu Cristian em álbum de fotos da Delegacia.

A testemunha Lucas Cavalcante Bacurau, ouvida, apresentou as mesmas características físicas em relação ao indivíduo que estava acompanhando o acusado Alexandre, restando evidenciado no Relatório Policial 214/2016 que Lucas, por meio de fotografia, apontou de pronto Cristian como sendo aquele que portava a pistola no dia dos fatos.

Por isso o panorama enfocado torna incontestes a existência de indícios razoáveis da autoria de Cristian no homicídio em apuração, a justificar a quebra do sigilo telefônico para colheita de elementos.

Ademais, presente o *periculum in mora* caracterizado pela excepcionalidade da medida, notadamente porque, conforme levantado nas apurações, o temor das testemunhas é evidente, pelo que a quebra do sigilo telefônico não se tratou de *conditio sine qua non* para comprovar a autoria, mas para corroborar e conferir robustez aos elementos até então angariados nesse sentido.

Constata-se, inclusive, que outras diligências já haviam sido empreendidas, a exemplo de busca e apreensão, a reforçar que, naquele momento, outros meios de obtenção de provas não estariam disponíveis, confirmando, pois, a excepcionalidade da interceptação telefônica, aplicada, no caso concreto, como medida *ultima ratio* à colheita de provas.

Inclusive, no que toca ao assunto, o Superior Tribunal de Justiça perfilho do seguinte entendimento:

“(…) É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável. Precedentes.” (AgRg nos EDcl no HC 483.481/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019).

A propósito, anota Vicente Greco Filho:

“(…) Dificil será a decisão do juiz a respeito, mas desde logo deve-se entender que os meios disponíveis são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação. Meios que surgirem posteriormente não a invalidariam.” (Interceptação Telefônica. 1996. p. 17).

Igualmente são os escólios de Ada Pellegrini Grinover ao discorrer sobre o momento de admissibilidade da interceptação telefônica e aferição pelo Estado-Juiz da existência ou não de outros meios de provas disponíveis:

“(...) Dúvidas poderão surgir, na práxis judiciária, quando a interceptação tiver sido ordenada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio disponível de colheita de prova, demonstrando-se, após, que outros existam. Penso que nesse caso a prova obtida pela interceptação não poderá ser considerada ilícita por configurar o disposto no inc. II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova: se, naquele momento, à cognição sumária do juiz à quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios.”

E, nesse contexto, sem sustentáculo à propalada prospecção da interceptação, na medida em que, no caso, obedecida a natureza pós-delitiva da quebra do sigilo telefônico, levado a efeito apenas após obtidos elementos que demonstravam a existência de indícios razoáveis da autoria concernente ao crime de homicídio.

Assim, não há falar que a medida foi deferida com supedâneo em conjecturas que visavam desvendar se o investigado realmente tinha participado do delito, sobretudo por ser cediço que *“somente quando se vislumbra viabilidade de real de punição é que se deve autorizar a interceptação telefônica”* (Luiz Flávio Gomes, Raul Cervini, *in* Interceptação Telefônica. Revista dos Tribunais. p. 180).

Tampouco se constata ilegalidade nas prorrogações da interceptação telefônica, concedidas pelo julgador *a quo*, embora de forma relativamente sucinta, sempre com espeque nos requisitos da Lei nº 9.296/96, logo, em atendimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, corolário da ampla defesa e externado na garantia principiológica insculpida no art. 93, IX, da Constituição da República, direitos indissociáveis do Estado Democrático.

Outrossim, certo é que:

“(...) o fato da decisão ser mais ou menos sucinta não interferir na sua validade. Ser a fundamentação resumida ou sucinta não é sinônimo de ser desmotivada ou insuficientemente fundamentada. Isso dependerá da maior ou menor capacidade de síntese de cada julgador” (Eduardo Luiz Santos Cabette, Interceptação Telefônica. 3. ed., 2015. p. 131/132).

Este é, também, o entendimento jurisprudencial:

“(...) O acórdão recorrido está em consonância com a posição da jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de não haver nulidade quando a decisão, ainda que sucinta, demonstra a presença de elementos concretos aptos a justificar o deferimento da interceptação telefônica” (REsp 1501855/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 30/05/2017).

De outro vértice, desde a primitiva decretação, a interceptação de comunicações, *ex vi* do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.296/96, foi autorizada mediante clara descrição da situação objeto das investigações (homicídio de Alex), com indicação e qualificação dos alvos (Cristian e Alexandre), apontando-se expressamente os terminais telefônicos cujos sigilos foram retirados, contextualização concreta que serve para, além de rebater a aventada *“interceptação de prospecção”*, constatar a inexistência de comando genérico nas decisões de prorrogação.

Oportuno destacar, ainda, que não se descarta do teor do art. 5º da Lei nº 9.296/96.

Entrementes, a autorização judicial de renovação da interceptação telefônica é casuística, podendo ser prorrogada por mais de uma vez, desde que o Estado-Juiz aponte concretamente os motivos, panorama que, de todo modo, restou configurado no caso concreto, tendo em vista a existência das mencionadas circunstâncias que demandaram as prorrogações, levadas a cabo pelo magistrado da origem com esteio na razoabilidade e proporcionalidade.

Tanto é assim que, no curso das investigações, surgiu a necessidade de se interceptar novas linhas telefônicas utilizadas pelo sujeito passivo, de sorte que novos pedidos foram formulados pela autoridade policial ao magistrado condutor do feito, incluindo-se aí, por consequência e ato contínuo, requerimentos de prorrogação à medida que elementos emergiam, tudo a denotar a estrita legalidade e licitude da medida restritiva.

Neste eito é o posicionamento do STJ. *In litteris*:

“Conforme a orientação pacífica da jurisprudência desta Corte Superior, a prorrogação das interceptações telefônicas não está limitada a apenas um novo período de 15 dias, podendo ser efetivada sucessivas vezes, desde que fundamentada a decisão, como ocorreu no caso concreto.” (REsp 1501855/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 30/05/2017).

“A complexidade dos fatos investigados, com grande número de integrantes, autoriza a renovação do prazo da interceptação telefônica, por mais de uma vez, porquanto lastreada em decisão fundamentada na sua necessidade, não configurando ofensa ao art. 5º da Lei 9.296/96.” (REsp 1482076/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019).

“É assente na jurisprudência que a prorrogação da interceptação telefônica não está limitada a apenas um período, mas pode ocorrer por mais vezes, bastando que haja fundamentação.” (REsp 1488028/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016).

Daí porque, aliás, não há falar em ilegalidade da escuta por ter atingido familiares do recorrente, tampouco se no curso das investigações sobrevieram fatos delitivos outros que não o homicídio em apuração.

Como sabido, o ordenamento jurídico recepcionou o encontro fortuito de provas, sobretudo no caso de interceptação telefônica legalmente autorizada, na qual a serendipidade é imanente à medida restritiva.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento uníssono acerca do tema, no sentido de que:

“(...) descabe se falar em nulidade das provas, quando obtidas a partir interceptação telefônica, realizada em fase inquisitorial de investigação de crime punido com pena de reclusão, em que se obtém encontro fortuito de provas de outros delitos, punidos com pena de detenção (AgRg no REsp nº 1.717.551/PA, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 30/5/2018)” (HC 366.070/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018).

Colhe-se a respeito o enfoque de Lênio Kuiz Streck, citado por Eduardo Luiz Santos Cabette:

“(...) a informação fortuitamente obtida terá validade sempre que tiver ligação com o fato investigado, destacando a realidade das grandes empreitadas criminosas, nas quais será muito difícil, senão impossível, prever logo de início todas as gamas de atividades ilícitas e todos os implicados numa rede complexa de ligações, situações, circunstâncias, práticas e táticas criminosas” (in *Interceptação Telefônica*. 3. ed., 2015. p. 101).

No mesmo diapasão, esclarece Vicente Greco Filho:

“A autorização da interceptação, portanto, parece-nos irrecusável, abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquele que justificou a providência. Caso contrário, a interceptação seria praticamente inútil. Pode ocorrer, até, que se verifique a inocência daquele que justificou a interceptação e o envolvimento de outros. Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou.”

Logo, tendo em vista que, com a interceptação de terminais do acusado, surgiram elementos que demonstravam a relação dos parentes com os fatos em apuração, nada justifica que, por tais motivos, sejam nulificadas as escutas.

A propósito, há muito emana da Corte Suprema este posicionamento:

“(...) Informativo nº 134: Escuta Telefônica e Terceiros - É lícita a prova obtida mediante escuta telefônica que incrimina outra pessoa, e não o investigando cujo nome constava o telefone objeto da autorização judicial prevista na Lei 9.296/96. Com esse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus - impetrado em favor de paciente, condenado por tráfico de drogas, que se utilizava da linha telefônica de sua concubina para transações criminosas -, em que se pretendia a nulidade do processo, alegando-se a necessidade da individualização do paciente para a validade da escuta telefônica autorizada judicialmente.” (HC 78.098-SC, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, 1º.12.98).

Frisem-se, no mesmo tom, outros precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“(...) INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE – ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS – ADMISSIBILIDADE – PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS– AUSÊNCIA DE EXAME DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL A QUO – ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE – INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL– AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas a posteriori, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente. Precedentes: HC 120.027, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão, Min. Edson Fachin, DJe de 18/02/2016 e HC 121.719, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27/06/2016. 2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016. 3. In casu, o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e encontra-se preso preventivamente. (...)” (HC 137438 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017, Processo Eletrônico DJe-133 Divulg 19-06-2017 Public 20-06-2017).

“PETIÇÃO – AGRAVOS REGIMENTAIS – INQUÉRITO CRIMINAL – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 102, I, “N”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS POR ORDEM DE AUTORIDADE JURISDICIONAL INCOMPETENTE – HIPÓTESE NÃO VERIFICADA – PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DAS APURAÇÕES – FALTA DE JUSTA CAUSA – INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Com assento constitucional no art. 5º, LVI, a vedação à obtenção de provas por meio ilícito compreende aquelas ultimadas sem a devida observância do princípio do juiz natural, igualmente consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LIII). 2. Em se tratando de investigação deflagrada contra envolvidos sujeitos à jurisdição comum, o ulterior encontro fortuito de provas atinentes a autoridade com foro por prerrogativa de função, à míngua de indícios da realização de investigação paralela, não detém o condão de invalidar aquelas obtidas originalmente. 3. Agravos regimentais desprovidos.” (Pet 7808, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2018, Acórdão Eletrônico DJe-261 Divulg 04-12-2018 Public 05-12-2018).

Além do mais, a respeito da suposta eiva por ausência de intimação do Ministério Público para ciência da interceptação telefônica, igualmente sem razão ao recorrente.

Isso porque, segundo enfatiza João Roberto Parizatto²¹, “o acompanhamento pelo órgão do Ministério Público é facultativo, parecendo-nos de difícil ocorrência, pois que a diligência poderá demorar diversos dias, dificultando-se sobremaneira o acompanhamento da mesma”.

Insta rememorar que a autoridade judicial pode, até mesmo de ofício, retirar o sigilo telefônico, autorização legal (art. 3º, *caput*, Lei 9.296/96) que permite exegese no sentido de que a ausência de prévia ciência do órgão ministerial não macula a medida.

Não bastasse, observa-se que, após a decretação da medida, o Ministério Público, embora tenha tomado ciência da medida, não se insurgiu, situação que caracteriza a imprescindibilidade e regularidade da interceptação telefônica, anuindo, pois, à providência.

A respeito, a construção jurisprudencial da Corte da Cidadania:

“A ausência de prévia oitiva do Ministério Público para as determinações de quebra de sigilo telefônico e de busca e apreensão não redundam em pecha, haja vista que as medidas podem ser decretadas de ofício pela autoridade judicial, consoante preceituam os artigos 3.º da Lei nº 9.296/1996 e 242 do Código de Processo Penal, avultando-se, ademais, que o Parquet, tomando ciência das diligências, não apontou qualquer eiva no deferimento/execução das medidas cautelares.” (HC 367.956/AC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

“Consignou expressamente o acórdão recorrido ter o Ministério Público tomado ciência e anuído com a decretação da interceptação bem como de todas as prorrogações, inexistindo a nulidade suscitada. Não há nulidade quando o Parquet é cientificado após a decretação da medida, com a qual vem a concordar.” (AgRg no REsp 1433251/SE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016).

Em verdade, contrariamente ao alegado, o que se percebe é cenário de respeito ao devido processo legal, o que remete à percepção de que se busca nulidade sem comprovar o efetivo prejuízo.

Incide na espécie, pois, o art. 563 do Código de Processo Penal, o qual traz em seu bojo o adágio Francês denominado *pas de nullité sans grief*, incorporado ao Direito Brasileiro como “*princípio geral de que inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais*” (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 15. ed., 2016. p. 1154).

A respeito do tema, frise-se posicionamento da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

“O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que, no caso de nulidades processuais, a lei processual penal vigente adota o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual somente será declarada a nulidade se for alegada em tempo oportuno e estiver demonstrada nos autos a efetiva ocorrência de prejuízo para a parte.” (AgRg no REsp 1581805/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016)

Assim é que a higidez da famigerada interceptação telefônica deve ser relegada a momento oportuno, em confrontação com as provas colhidas sob o crivo do contraditório, tudo voltado à formação da livre convicção do juiz natural, situação que de modo algum acarreta nulidade do elemento de prova, não se justificando, dessarte, acolher a pretensão que visa emplacar teoria estadunidense conhecida pela metáfora jurídica *fruits of the poisonous tree*.

Infere-se, pois, panorama que de forma alguma redundam em contaminação de provas, seja originária ou as daí derivadas, de tal sorte que, nada obstante o esforço para se nulificar o feito, a tese em questão é igualmente desprovida de guarida.

21 Comentários à Lei nº 9.296, de 24-07-96 – interceptação de comunicações telefônicas, p. 74.

Enfim, por qualquer ângulo que se analise, a tão contestada interceptação telefônica mostra-se lícita e dentro dos parâmetros legais, o que impede o acolhimento de nulidade da persecução penal.

Pleito de impronúncia

Cristian Lucas Tomazini Garcia, às f. 780-790, postula a impronúncia, alegando não haver provas, sequer indiciárias, de ser o recorrente autor dos disparos efetuados contra Alex. Sustenta que a sentença baseou-se em depoimento prestado pela testemunha Reginaldo no inquérito policial, bem assim pela interceptação telefônica. Aponta que, no entanto, a testemunha Reginaldo, diferente da versão apresentada na delegacia, em juízo não reconheceu o apelante como sendo autor do crime. Quanto à interceptação, afirma que não se indicaram suspeitas de ser Cristian quem matou a vítima Alex. E, ainda, aduz que nenhuma das testemunhas presenciais e que estavam próximas ao local apontam Cristian como autor.

Alexandre Henrique Mendes, nas razões de f. 860-869, também pleiteando a impronúncia, alega não haver indícios suficientes de autoria do crime de homicídio, ao fundamento de que não estava com o autor dos disparos, não o levou como passageiro no veículo gol e não se fazia presente no local do crime, pois na ocasião estava trabalhando, inexistindo testemunha que demonstre o contrário.

Mister se faz salientar, inicialmente, que só se admite a impronúncia, absolvição sumária ou mesmo a desclassificação, quando a evidência dos autos não permitir a mais tênue dúvida a respeito nem outra versão ou hipótese, pois, caso contrário, o acusado há de ser julgado pelo seu juiz natural, que é o Tribunal do Júri.

É certo que nesta fase não deve o julgador realizar apreciação aprofundada das provas, entretanto, mesmo sob essa ótica, da análise dos elementos de convicção até o momento coligidos, chega-se à necessidade da pronúncia, máxime considerando tratar-se de mero juízo de admissibilidade da acusação, consoante emerge do artigo 413 do Código de Processo Penal, não se afigurando indispensável prova incontroversa.

Quanto aos fatos em apuração, consta na denúncia, em relação ao homicídio que, em síntese, no dia 28/11/2016, por volta das 12h40min, Alexandre conduziu um veículo gol preto, levando Cristian como passageiro, até a Rua Alexandre Abrão, nº 2280, imóvel onde este entrou, empurrou Meire Aparecida Mercadante e efetuou diversos disparos contra a vítima Alex de Lima Ferreira. Em seguida Cristian entrou no mesmo carro e Alexandre dirigiu saindo do local.

A materialidade é demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 08-11), pelo laudo de exame necroscópico (f. 20-26), reconhecimento pessoal (f. 61), autos de apreensão (f. 30 e 182-185), relatório das interceptações de comunicações telefônicas (f. 89-104) e laudo de exame de local de homicídio (f. 166-176).

A testemunha presencial Meire Aparecida Mercadante, à f. 35 do inquérito policial, especificamente quanto aos autores, afirma que estava saindo no portão da casa de sua irmã, quando viu um homem segurando um revólver, que a empurrou e começou a disparar contra a vítima. Nesse momento, saiu correndo para dentro da casa. Conseguiu ver um carro “hatch” de cor escura, que estava parado na frente do local, onde havia um motorista, e o homem que efetuou os disparos fugiu como passageiro. Descreveu o autor dos disparos como tendo pele morena escura, altura de 1,75m e usava calça. Transcreve-se:

“(...) que a declarante foi saindo no portão e viu um homem segurando um revólver, inclusive foi empurrada (...) que o homem começou a disparar o revólver contra Alex de Lima Ferreira ; que a declarante quando escutou o início dos disparos saiu correndo e entrou na casa (...) quando correu viu carro, cor escura, não sabendo modelo e marca, mas sabe que é um carro rete (curto); que o carro estava parado na frente da casa de sua irmã Silvia, na Rua José Lopes Barbosa, nº 236, Bairro Santa Rita; que, dentro do carro tinha outra pessoa; que a pessoa que estava no carro era motorista do veículo; que a declarante não sabe dizer se o motorista do carro era do sexo masculino ou feminino; que, viu que depois do homem fazer os disparos correu até esse carro e entrou no banco de carona da frente (passageiro) e saíram (...) que a pessoa que deu os tiros em seu primo Alex de Lima Ferreira possui as seguintes características: sexo masculino, cor de pele moreno escuro, aproximadamente 1,75 (...) de altura, estava de camiseta escura, não usava capuz para esconder o rosto, estava de calça (...)”

João Paulo Fagundes Amaral, por sua vez, à f. 41, após escutar disparos de arma de fogo, viu um indivíduo saindo correndo, entrando em um veículo e fugindo do local. Verificou que o carro era pequeno, podendo ser gol ou palio, no qual havia um motorista que esperava o autor dos disparos. O homem que estava correndo tinha pele parda, cabelo liso arrepiado, magro e trajava camiseta polo e calça, *verbis*:

“(...) ouviu estampidos aparentando ser disparos de arma de fogo e logo em seguida pode ver um indivíduo em frente a uma casa correndo (...) viu que o autor tinha entrado em um veículo e se evadido do local; que no veículo havia outra pessoa, condutor, o qual espera para dar fuga ao autor dos disparos (...) que pode ver que o autor dos disparos era de cútis parda, tinha o cabelo liso e arrepiado, era magro, usava uma camiseta de gola polo de cor clara, calça (...) que não pode ver a marca do carro, podendo dizer apenas que o carro era pequeno, ou seja, modelo hatch, podendo ser um gol ou palio, de cor cinza claro quase prata (...)”

A irmã da vítima, Adriana de Lima Ferreira, apesar de não ter presenciado os fatos, judicialmente (f. 571), declara ter ficado sabendo por parente que os dois autores, após tentarem matar Reginaldo, na rua da casa da testemunha Lucas Bacurau, foram até a rua de cima, onde fica a casa de sua tia, local em que um deles atirou em seu irmão e o outro ficou no carro. Acredita que o motivo teria sido a vingança por suposta tentativa de homicídio praticada, em 2009, por seu outro irmão, Márcio, contra Alexandre. Externou:

“Adriana: (...) eu fiquei sabendo pelos meus parentes, conversas, boatos, que tentaram matar o Reginaldo, meu irmão tava na casa da minha tia, (...) na rua de cima da casa do Lucas Bacurau, tentaram assassinar o Regi, o Regi pulou o muro (...) parece que eles deram a volta e viu meu irmão (...) o homem chegou no portão, empurrou ela e atirou nele (...) foi o que elas me contaram (...)”

MP: (...) Tinha mais alguém ali?

Adriana: Tinha um no carro.

Adriana: O motivo no caso. (...) Falaram que era de vingança, que meu outro irmão, tenho um irmão que chama Márcio né!? Falaram que ele atirou no Alexandre, conhecido como gordo (...) em 2009, só que meu irmão não atirou nele, parece que foi por vingança. (...) Não tem outro motivo.(...)”

Lucas Cavalcante Bacurau, no inquérito policial, à f. 50, esclarece que, na data dos fatos, por volta das 13:40h, estava com Reginaldo Francisco dos Santos, quando um veículo Gol, cor preta, modelo novo, parou e um indivíduo desceu com uma arma de fogo na mão, dizendo “perdeu, perdeu”, ocasião em que Reginaldo fugiu correndo. Logo depois, afirma que viu o mesmo carro sendo dirigido em alta velocidade e ficou sabendo que haviam matado a vítima Alex com disparos de arma de fogo próximo ao local onde estava.

“(...) naquele dia, estava perto do local dos fatos (...) isso por volta das 13:40 horas, sendo que estava na companhia de um conhecido seu pela alcunha de ‘Regi’, (...) percebeu que parou um veículo VW Gol, cor preta, modelo novo, cuja placa não anotou, e dele primeiro desceu um rapaz magro, branco, bem vestido, pois estava de calça jeans, camiseta preta, com uma pulseira num dos braços, e tinha consigo uma arma de fogo numa das mãos, sendo que era uma pistola; que, tal indivíduo foi se aproximando do depoente e dizendo: ‘perdeu, perdeu’ (...) viu que regi correu (...) que nesse momento viu que seu conhecido de nome Alexandre, vulgo ‘gordão’, o qual mora ali perto do local, desceu do veículo em questão (...) que esse indivíduo disse que nada tinha a ver com o depoente, apenas com Regi, porque este estava envolvido numa fita que tinham tentado matar Alexandre; que Alexandre não chegou a conversar com o depoente e os dois foram embora de carro (...) que o depoente continuou então seu serviço de pedreiro, quando então logo em seguida o depoente viu aquele mesmo carro que estava Alexandre, fugindo em alta velocidade (...) ficou sabendo que Alex havia sido morto a tiros ali perto, quando então deduziu que poderia ter sido morto por Alex e aquele indivíduo que o acompanhava (...)”

Em juízo, referida testemunha afirmou que um carro parou no local, um indivíduo ameaçou Reginaldo, que fugiu, os dois então entraram em um carro de cor escura e ido embora. Quando questionado sobre quantas pessoas estavam no veículo e detalhes do fato, Lucas alegou não ter visto, sendo que após ser lido seu depoimento inquisitorial, depois de dizer não querer se envolver em “rolo de ninguém”, confirmou o que disse na delegacia, conforme segue abaixo:

“Lucas: (...) parou um carro, ameaçou o Regi, o Regi saiu pulando o muro do fundo (...) os cara entrou no carro e foram embora (...) cor escura (...)”

MP: Quantas pessoas tinham no carro (...)?

Lucas: Não. Não vi.

MP: (leitura do depoimento inquisitorial)

Lucas: Não quero me envolver em rolo de ninguém.

MP: (...) O termo de depoimento que foi lido o senhor confirma?

Lucas: Isso. Isso. (...)

MP: O senhor teme pela sua vida?

Lucas: quem tem vida, teme. (...)”

Reginaldo Francisco dos Santos, que estava com Lucas na data dos fatos, à f. 59 da fase inquisitorial, confirma que o réu Alexandre o chamou e outro indivíduo, que à f. 61 reconhece como sendo Cristian Lucas Tomazini Garcia, estava com uma pistola na mão, quando correu e fugiu. A testemunha ratifica que Alexandre e Cristian estavam juntos em um carro Gol, cor preta, tendo visto Cristian sair do lado do passageiro.

“(...) dia 28 do mês passado (...) por volta da 13:00 horas, quando em dado momento viu que chegou o também seu conhecido Alexandre Henrique Mendes, vulgo gordo, o qual chamou o depoente ali no portão, (...) viu logo em seguida um outro rapaz vindo atrás de Alexandre, rapaz esse que estava bem vestido (...) tal rapaz estava com uma pistola na palma da mão esquerda, momento em que resolveu correr, abrindo o portão e fugindo (...) Alexandre e aquele rapaz estavam juntos e estavam num carro VW Gol, cor preta, pois viu tal rapaz saindo de trás do veículo, do lado do passageiro (...) que Alex foi morto quase próximo do momento em que o depoente teve que fugir para não morrer (...) a pessoa que estava com a pistola na mão, acompanhando Alexandre, naquele dia, é muito parecida com Cristian Luas Tomazini Garcia (...)”

Na fase judicial, Reginaldo trouxe versão mais enxuta, afirmando que Alexandre o chamou e, quando se aproximou, viu outro indivíduo com uma arma na mão, momento em que fugiu, não reparando se ele estava de carro. Em reconhecimento, afirmou que o indivíduo parecia ser mais “boyzinho”, diferente do que foi apresentado, não sabendo se são a mesma pessoa, pois não viu direito.

“Reginaldo: (...) eu fui lá no Lucas para fazer a calçada (...) o Alexandre me chamou, mas foi como eu falei lá, ele não tava com nada na mão (...) eu vi esse rapaz vindo por trás, com a arma na mão, não esperei para saber o que que era, eu sai correndo. (...) Perguntaram se era esse rapaz aí (...) o outro era mais parecia representar ser mais ‘boyzinho’, diferente do outro, mas não sei se era, não posso falar se é ou se não é se eu não tenho prova (...) eu não vi direito (...) O Alexandre me chamou, a hora que eu sai no portão, eu vi esse rapaz vindo do asfalto, aí eu sai correndo, a hora que eu vi a arma eu sai correndo. (...)”

MP: Ele chegou em que carro?

Reginaldo: Eu não vi. (...) Não sei se ele chegou de carro ou não.

(...)

Advogado: O senhor conhece o Cristian?

Reginaldo: Não.

Advogado: (...) porque há um reconhecimento na delegacia (...) no momento o senhor disse que parecia...

Reginaldo: Parecia, não posso confirmar né!? (...) que nem eu expliquei, o outro era barbudo, o outro já não era ...

Advogado: O senhor tem certeza que não é o Cristian? Ou o senhor não conhece ele?

Reginaldo: Não conheço.(...)

Juiz: (...) ele falou que parecia, (...) ele falou que parecia só, porque ele até respondeu as perguntas para o Ministério Público (...)

A mãe do réu Alexandre, Jovelina Maria Mendes, na fase inquisitorial (f. 56), indica que o réu, um dia após o fato, chegou em casa à noite e disse que iria embora para fora da cidade.

“(...) última vez que ele foi visto na noite da terça-feira passada, dia 29 de novembro último; que, Alexandre chegou em casa de noite, não sabendo precisar o horário e disse ‘estava um buchicho danado com o nome dele’ então ele iria embora, ou seja, não iria ficar na cidade (...)”

Em juízo, a mãe do réu confirma que seu filho Alexandre morava com ela e, após os fatos, no mesmo dia, ele disse que iria para um sítio pois havia saído uma conversa sobre ele. Segue a transcrição:

“MP: (...) E a polícia foi atrás da senhora perguntando o que para a senhora?

Jovelina: (...) diz que tinha ido em casa várias vezes e não tinha me achado, aí foi lá para saber do Alexandre, (...) morava comigo, (...) sumiu uns dias lá, diz que ia para o sítio (...)

MP: Ele chegou a comentar com a senhora porque que ele andava fugido?

Jovelina: Não. Só falou que ia para o sítio ajudar a fazer uma cerca.

MP: (...) No teor do depoimento da senhora aqui, a senhora disse que ele teria comentado com a senhora que tava “um buchicho danado com o nome dele”?

Jovelina: É que tinha saído o buchicho, que ele ia para o sítio. (...) tinha um pessoal comentando que tinha matado um rapaz lá para cima (...)

MP: E foi no mesmo dia que ele falou para a senhora que tava saindo por causa do buchicho?

Jovelina: É, foi no mesmo dia que ele tinha falado para mim que tinha saído uma conversa sobre com ele aí (...) sítio (...)

O réu Alexandre, na delegacia (f. 71), além de afirmar conhecer Cristian e negar ser co-autor do crime de homicídio, esclareceu que no dia dos fatos “saiu por volta do meio dia, indo para sua casa, onde almoçou e retornou para o serviço por volta das 13:20 horas”, sendo que, quando interrogado à f. 126, preferiu se manifestar somente em juízo, quando, à f. 612, seguiu com a versão de negativa de autoria e que, na data dos fatos, depois das 11h teria ido em casa, depois ao médico e, após retornado para sua residência. Acrescentou que, à época do homicídio, era proprietário de um gol preto, sendo que, questionado sobre o fato de ser o mesmo modelo e cor de veículo contido em filmagens no momento e próximo ao local dos fatos, disse que não usou o gol no dia. Também acrescenta que foi vítima de disparo de arma de fogo há aproximadamente 08 anos, quando não descobriu quem foi o autor do crime. No entanto, quando tomou conhecimento dos fatos dos presentes autos, foi por um boato de que o indivíduo que tinha atirado nele havia falecido.

“(...) eu acordei de manhã, fui ajudar seu Mário, (...) saí 10 pra as 11, fui em casa, tomei um banho, fui no médico, (...) voltei para casa, almocei e fiquei em casa (...) saí de casa a noite, fui na farmácia (...)

Juiz: Nesse dia você teve algum contato com o Cristian?

Alexandre: Não.

(...)

Juiz: Automóvel, o senhor tinha?

Alexandre: Tinha. Tinha um gol.

Juiz: que cor?

Alexandre: Preto.

(...)

Juiz: Parece que o irmão do Alex teria tentado matar o senhor?

Alexandre: Há 07 anos e meio, 08 anos atrás (...) virou uma moto, parou na casa ao lado, capacete fechado, veio para o nosso lado, colocou a mão nas costas, arrancou um revólver e deu uns quatro tiros, um deles pegou na minha barriga.

E era esse irmão do Alex?

Não sei dizer para o senhor. (...)

E depois, a polícia conseguiu identificar quem tentou matar?

Não. Eu fui em todas as delegacia. (...)

Juiz? (...) A polícia tem filmagem, de um veículo muito parecido com o do senhor, que teria participado dos dois crimes, como é que o senhor explica isso?

Alexandre: Doutor, esse carro eu comprei, só que ele tava com problema, num tava andando nele, no dia eu fui trabalhar e fui ao médico com a minha bis, nesse dia eu não andei com esse carro (...) Saiu boato que um dos rapaz que tinha atirado em mim tinha falecido (...)

Por sua vez, o réu Cristian Lucas Tomazini, à f. 62 do inquérito policial, também nega a prática do crime, conforme verifica-se:

“(...) o declarante nega sua participação em tal crime; que, alega que nesse dia, ou seja, no dia 28.11.2016, por volta das 13:30 às 14:00 horas, estaria em sua casa ou num dos clubes de seu pai; que indagado se conhecia Alex de Lima Ferreira, o declarante disse que não; que, indagado se conhece Alexandre, vulgo “gordo”, informou que sim (...)

Em juízo (f. 612), nega ser autor do fato, alega não conhecer a vítima, que na data do ocorrido não teve contato com o réu Alexandre, não se recordando de muita coisa que fez no dia. questionou-se porque praticaria um crime dessa natureza e região próxima à sua casa. Por fim, indicou que na data dos acontecimentos foi para casa por volta das 11:30h e, depois, para o clube, onde ficou arrumando algumas coisas.

“Juiz: Esses dois fatos são verdadeiros ou não?

Cristian: Não senhor. Não.

Juiz: O que aconteceu nesse dia, o senhor se recorda?

Cristian: Oh então, nesse dia, para mim recordar assim, com clareza eu não me recordo (...) não me recordo muita coisa (...)

Juiz: (...) nesse dia você teve contato com o Alexandre?

Cristian: Não.

Juiz: E o Alex, o senhor chegou a ter algum contato com ele?

Cristian: Também nem sei quem que é. (...) Eu não me recordo o que que eu fiz certinho nesse dia. (...)

Cristian: Como que eu ia fazer uma coisa dessa, se é pertinho da minha casa!?

“MP: (...) Nesse local, onde o senhor ficava, o dia todo nesse local?”

Cristian: O dia todo não, às vezes. Às vezes cedo, às vezes de tarde.

MP: (...) Nessa época era as duas coisa que o senhor fazia?

Cristian: É. Nessa época. (...) não tinha cumprimento de horário (...)

MP: Nessa questão do aluguel do clube, o senhor sabe alguma coisa? (...)

Cristian(...) Sabe não. Sabe que eu fiquei lá com ele mesmo, conversei com ele né!?

MP: que horário o senhor costumava almoçar?

Cristian: Eu, memo, eu vou pra casa (...) é 11 hora 11 e meia, e aí eu almocei e fui pro clube, porque o clube é na frente da minha casa, aí foi na onde que eu tava arrumando as coisa (...)

Os policiais Avelino Rafael Mantovani e Bruno Rafael Portas da Silva, em juízo (f. 612), confirmam que, na delegacia, as testemunhas reconheceram Alexandre Henrique Mendes e Cristian Lucas Tomazini Garcia.

O investigador de polícia Genildo Ferreira Bueno, judicialmente (f. 501), traz detalhes da investigação constantes no relatório policial de f. 76-82 e interceptação de f. 90-105.

Importante colacionar excerto do relatório policial de f. 76-82, que demonstra filmagens de câmeras localizadas próximas ao local, nas quais consta um veículo Gol, cor preta, idêntico ao utilizado por ocasião da morte de Alex, trafegando e parando onde Reginaldo, antes vítima, se encontrava. Indica também que Cristian foi reconhecido pessoalmente por Reginaldo, sendo que Lucas o reconheceu por meio de foto, se negando a fazer formalmente, por medo dos autores, que considera perigosos.

“(...) diligenciamos e localizamos câmeras próximas ao local do fato, (...) cujas imagens mostram um veículo Gol, também na cor preta, idêntico ao que foi utilizado pelos autores na morte de Alex, trafegando em baixa velocidade como se procurasse alguém, fazendo o retorno pela via e seguindo sentido oposto (...) (Nesse momento, pelo que constatamos, tal veículo parou e foi em direção a Reginaldo Francisco dos Santos, vulgo “Regi” e a testemunha Lucas Cavalcante Bacural, onde o investigado Alexandre, vulgo Gordo, foi reconhecido como sendo um dos ocupantes de tal veículo, o qual acompanhava um indivíduos que estaria portando uma arma de fogo tipo pistola e partiu em direção Regi com intuito de matar este, somente não conseguindo, haja vista que Regi conseguiu fugir pulando muros de quintais ali próximos. Pelo que apuramos, pelas filmagens, esse momento ocorreu minutos antes da vítima Alex ter sido alvejada, pois ao que tudo indica, os autores não conseguiram atingir Regi e foram em direção a Alex, quando este acabou sendo morto.) (...)

Cristian passou por reconhecimento pessoal e foi reconhecido por Regi como sendo quem estaria de posse da arma de fogo, na companhia de Alexandre, no momento em que aquele seria abordado.

Vale ressaltar, que as características pessoais passadas pelas testemunhas oculares, correspondem a de Cristian, sendo este também canhoto. (...)

Procurado para fazer reconhecimento da pessoa de Cristian, para assim sabermos se realmente o mesmo estaria na companhia de Alexandre naquele dia dos fatos, a testemunha Lucas Cavalcante Bacurau, ao verificar a foto de Cristian, informalmente, de pronto reconheceu como sendo a pessoa que estava na companhia de Alexandre, portando arma de fogo tipo pistola e que saiu em direção a Regi, obrigando este a fugir. Convidado a formalizar tal reconhecimento Lucas disse que não o faria porque tais indivíduos são perigosos e teme por sua vida e de seus familiares (...)

E, ainda, em relatório circunstanciado referente à quebra de sigilo telefônico do número de celular fornecido por Cristian (f. 90-105), constam trechos de conversas do referido réu, nas quais orienta família e amigos para depoimentos, bem como recebe ligação informando que policiais estavam na residência de Alexandre, quando efetua contato com indivíduo conhecido como Wilson, dizendo que “*nossa agora vou ter que ser sangue frio, porque os caras vão lá em casa*”, depois pedindo que ele entre em contato com um advogado.

(...) Nesse tocante em alguns áudios captados ele chega a conversar com pessoas da família e amigos onde deixa transparecer que realmente tem envolvimento na morte de Alex de Lima Ferreira, todavia, não chega a dizer abertamente isso, ele coordena e orienta os depoimentos e comportamentos (na delegacia) dos demais investigados, além de orientá-los sempre a comparecer para prestar depoimentos na delegacia acompanhados de um advogado.

(...)

No dia 22/02/2017, uma equipe da SIG foi até a casa de Alexandre Mendes o intimar para comparecer a delegacia para prestar depoimento sobre o homicídio investigado, no momento em que a viatura estava na casa o Alexandre, Tomazini é comunicado por alguém da situação e liga imediatamente para Wagner (primo do Alexandre) no início do áudio (antes do Wagner atender a ligação) é possível ouvir o Tomazini dizendo: “é meu truta, os caras tavam so dando um tempo pra atacá, nossa agora vou ter que ser sangue frio, porque os caras vão lá em casa”. Depois que Wagner atende, Tomazini o alerta que os policiais estavam na casa do Gordão (como chamam o Alexandre), Tomazini fica apreensivo e pede para o homem tentar falar com o gravata (advogado), menciona o nome do Dr. Gotardi. Wagner diz que não tem o telefone do advogado e diz que vai ligar para a mulher do Gordão. (...)

Na sequência Tomazini liga para Ericris, vulgo Pinguim, e comentam sobre a polícia estar na casa do Gordo, Tomazini usa a exclamação “Nossa!!!!”, meu Deus do Céu”, deixando claro que tem envolvimento no crime, depois Tomazini fala que seus telefones estão todos “berrados” (interceptados), (...)

Nesse contexto, conquanto tenha exsurgido algumas divergências, não se pode descartar, tendo em vista os elementos até então colhidos, a versão acusatória, fator esse que rechaça as pretensões recursais, não emergindo, nesta fase, a possibilidade de impronúncia.

Em que pese a eventual existência de elementos de convicção que, a juízo da Defesa, possam respaldar as versões dos recorrentes, não se pode olvidar, consoante salientado alhures, que nesta fase processual descabe posicionamento acerca do melhor enquadramento jurídico ao caso, tampouco interpretação e análise aprofundada dos fatos, bastando indícios suficientes ao embasamento da imputação estampada na proemial e confirmação alusiva à materialidade.

A propósito, Eugênio Pacelli Douglas Fischer aponta que:

(...) bastam indícios acerca da autoria ou participação. Indubitavelmente, há certa similitude com os próprios requisitos para a admissão da peça acusatória, com a circunstância de que aqui há necessidade de que se trate de delito doloso (ou conexo a ele)

*contra a vida. A pronúncia é a decisão pela qual o juízo monocrático (ainda na fase do denominado *judicium accusationis*) verifica a existência de um juízo de probabilidade – e não de certeza – acerca da autoria ou participação do delito e de provas suficientes acerca da materialidade”* (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 9. ed. Editora Atlas. p. 910/911).

Destarte, residindo dúvidas acerca do ponto nodal da *quaestio*, o julgamento tem de ser submetido ao juízo natural. Sobre o tema, o entendimento desta Corte Estadual:

*“APELAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – NULIDADE INOCORRENTE – SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA E CONDENTÓRIA – REFORMADA – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – MOTIVO FÚTIL – PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO SOCIETATE – RECURSO PROVIDO – RECURSO DEFENSIVO – FIXAÇÃO PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – PREJUDICADO. Se o juízo de origem ostenta tanto a competência privativa para processar a presidência do Tribunal do Júri, como também a residual, em ocorrendo a desclassificação do delito remanesce sua competência para o julgamento do feito, uma vez que prevalece o instituto da prevenção. A sentença de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, enquanto dever-poder do Órgão Jurisdicional competente, exigindo apenas prova da materialidade e indícios suficientes da participação do acusado na conduta criminosa, elementos que se percebem presentes no caso, mormente pelo depoimento da vítima e das testemunhas. Somente em razão de prova inequívoca e cristalina da ausência de dolo é que pode o réu ser subtraído do julgamento pelo Tribunal do Júri. Na espécie, ela não se mostra evidente. A alegação de que não houve a intenção de matar, nos termos da sentença condenatória, não foi comprovada de plano, mormente porque as facadas desferidas atingiram o braço e a barriga da vítima, bem como, em resposta aos quesitos, foi constatado que as lesões causaram perigo de “vida” à vítima. A existência ou não do *animus necandi* deve ser avaliada pelo Corpo de Jurados. Preservada para ser avaliada pelo Conselho de Sentença, a qualificadora do motivo fútil. Segundo a acusação, os fatos ocorreram em razão de ciúmes da ex-companheira do acusado. Não há como afastá-las de plano, por manifesta im procedência, pois persistem as dúvidas acerca das circunstâncias em que os fatos se deram, prevalecendo o princípio *in dubio pro societate*. Julga-se prejudicado o recurso defensivo, ante a reforma da sentença que desclassificou e condenou o réu como incurso no delito de lesão corporal, entendendo pela pronúncia do réu.”* (TJMS. Apelação nº 0000159-93.2016.8.12.0026, Bataguassu, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 26/01/2017, p: 27/01/2017).

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – RECURSO DA DEFESA – IMPRONÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA – PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES – DESCLASSIFICAÇÃO POR AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA QUE CONTRASTAM COM A VERSÃO DA DEFESA – OBRIGATORIEDADE DE APRECIÇÃO PELO JURADOS – RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA – PRESENÇA DE ELEMENTOS PARA SUA MANUTENÇÃO – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Se presentes a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, não há falar em impronúncia ou desclassificação jurídica do fato, devendo o réu ser mandado a julgamento perante o Tribunal do Júri, por tratar-se de mero juízo de admissibilidade da acusação, e que, em caso de dúvida, resolve-se pro societate nesta fase processual. Somente é cabível a exclusão das qualificadoras, na decisão de pronúncia, quando manifestamente im procedentes, uma vez que cabe ao Conselho de Sentença, a emissão de juízo valorativo acerca da conduta praticada pelo réu. Recurso desprovido, com o parecer.” (TJMS; RSE 0000674-22.2011.8.12.0021; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 07/12/2017; Pág. 132).

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TENTADO E LESÃO CORPORAL – VÍTIMAS DISTINTAS – QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – NÃO CONFIGURADA – CRIME CONEXO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Somente em razão de prova

inequívoca e cristalina da ausência de dolo é que pode o réu ser subtraído do julgamento pelo Tribunal do Júri. Na espécie, ela não se mostra evidente. A alegação de que não houve a intenção de matar, não foi comprovada de plano, mormente porque foram desferidas 03 (três) facadas e as agressões cessaram somente com a intercessão da esposa do réu, que inclusive também sofreu um golpe de faca na mão. Assim, a existência ou não do animus necandi deve ser avaliada pelo Corpo de Jurados. (...) Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para expurgar a qualificadora prevista no inciso I, do § 2º, do art. 121 do CP.” (Recurso em Sentido Estrito nº 0002352-08.2012.8.12.0031, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos).

No mesmo diapasão, o entendimento da Corte da Cidadania:

PROCESSUAL PENAL – SUMÁRIO DE CULPA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR – NULIDADE RELATIVA – PREJUÍZO – AUSÊNCIA – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – LIMITES. INCURSÃO NO MÉRITO DA ACUSAÇÃO – NULIDADE.

- Em tema de nulidades no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

- O cerceamento de defesa, susceptível de causar nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrado, com indicação objetiva do prejuízo, não merecendo acolhida meras alegações, devidamente afastadas pela instância recursal ordinária, soberana na apreciação do quadro fático.

- Segundo a moldura legal do art. 408, do Código de Processo Penal, a sentença de pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, em que se exige apenas o convencimento da prova material do crime e da presença de indícios de autoria, sendo descabida que se demonstre nesse édito judicial, de modo incontroverso, quem seja o autor do delito.

- Nos crimes dolosos contra a vida, o juízo de certeza sobre a autoria, imprescindível apenas para a condenação, é da competência exclusiva do Tribunal do Júri, seu juízo natural, sendo vedado ao juízo singular, ao proferir a sentença de pronúncia, fazer longas incursões sobre a prova da autoria susceptíveis de influenciar o corpo de jurados, sendo certo que, nessa fase do processo, despreza-se a clássica ideia do in dubio pro reo, sobrelevando o princípio do in dubio pro societate.

Recurso especial parcialmente conhecido e neste ponto provido. (REsp 114.399/PE, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 28/06/2001, DJ 18/02/2002, p. 519).

Inevitável, pois, que o caso seja levado à apreciação do Tribunal do Júri, cuja instituição, por disposição constitucional, tem competência para proferir a derradeira palavra sobre o assunto, máxime considerando que, tratando-se de mero juízo de admissibilidade da acusação, a presunção neste momento é contra os réus, pois qualquer dúvida deve ser resolvida em benefício da sociedade.

Prequestionamento

Por fim, acerca do questionamento, 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, com o parecer, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

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. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 09 de maio de 2019.

2ª Seção Criminal

Desaforamento de Julgamento nº 1403567-83.2019.8.12.0000 - Rio Verde de Mato Grosso

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – DESAFORAMENTO – MEDIDA EXCEPCIONAL – DÚVIDA SOBRE IMPARCIALIDADE DOS JURADOS – RÉU VEREADOR POR VÁRIOS MANDATOS CONSECUTIVOS – ALEGAÇÕES DEMONSTRADAS – PEDIDO DEFERIDO.

Como cediço, consubstancia-se o desaforamento em medida excepcional, porquanto a regra é que o acusado seja submetido a júri na comarca em que o suposto crime contra a vida tenha ocorrido, a fim de que sua conduta possa ser analisada pela comunidade atingida. Há situações, todavia, que possibilitam o acatamento de exceção à regra, notadamente quando vislumbrado risco de comprometimento à isenção que deve nortear os julgamentos.

Exsurgindo, pois, tratar-se de figura pública conhecida no Município, onde ostenta considerável influência política, aliás, exerce o seu quarto mandato como vereador e ocupa atualmente, inclusive, a Presidência da Câmara de Vereadores, e, além disso, costumeiramente promove competições de futebol e churrascos em sua propriedade, reunindo e aglomerando expressivo número de pessoas e moradores do município, como sói acontecer em eventos desse jaez, local em que teriam ocorrido os supostos delitos, desponta, como corolário, a potencialidade e a plausibilidade do risco apontado pelo requerente, a justificar o almejado desaforamento do julgamento, a fim de preservar a imprescindível isenção, seja para absolver ou seja condenar os réus, posto que não se trata de meras suposições, tampouco de mero clamor, e sim de dados concretos, situações fáticas que se afinam efetivamente ao risco especificado, máxime diante da delicada situação impingida aos jurados a serem escolhidos, mesmo porque trata-se de comunidade com menos de 20.000 habitantes.

Nada obstante o contido no artigo 427 do Código de Processo Penal, cabível a designação da Comarca de Coxim/MS para o julgamento, sobretudo diante do alerta de que nas mais próximas persistem as situações alegadas, até mesmo por conta das ligações e alianças políticas que ultrapassam as fronteiras das cidades vizinhas.

Diante da conexão entre as condutas dos réus (art. 76, I e III, do CPP), deve ser mantida a unidade de processo e julgamento, consoante artigo 79, *caput*, do referido diploma legal.

Com o parecer, pedido de desaforamento deferido.

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, deferir o pedido de desaforamento.

Campo Grande, 12 de junho de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público Estadual formula pedido de desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Rio Verde de Mato Grosso/MS, concernente à Ação Penal nº 0004911-70.2010.8.12.0042, em que figuram como réus Riovaldo Pires Martins e Sebastião Marques.

Em suas razões, aduz, em suma, que aos acusados imputa-se o cometimento dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, e no artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, II, ambos do referido diploma legal, sobre vindo a correspondente pronúncia, mantida após a interposição de recursos.

O caso teria causado grande comoção social, verificando-se fundado receio em relação à segurança dos jurados e do próprio Riovaldo Pires Martins, bem como risco de comprometimento da imparcialidade do Conselho de Sentença, pois o mencionado acusado, conhecido como Zico, exerce seu quarto mandato de Vereador do Município de Rio Verde de Mato Grosso/MS e é o atual Presidente da Câmara Municipal.

Trata-se de cidade com menos de 20.000 habitantes, a delinear o receio da população em elaborar denúncias ou julgar as autoridades locais, observando-se, ainda, que o crime ocorreu em imóvel de propriedade de *Zico*, onde sempre são realizados churrascos e jogos de futebol.

Sebastião Marques, por sua vez, deverá ser submetido a julgamento na Comarca para a qual o julgamento de Riovaldo for desaforado, frente à conexão intersubjetiva e instrumental.

Discorre sobre o posicionamento que reputa aplicável ao caso e culmina por pleitear a realização do julgamento em outra comarca da região norte, onde não existam os motivos expostos, preferindo-se a mais próxima (Coxim/MS).

Informações do Magistrado que preside o feito foram encaminhadas (f. 307-308), realçando posicionamento favorável ao desaforamento.

Os acusados, por seus defensores, foram intimados, mas, a despeito da oportunidade a tanto assegurada, preferiram não se manifestar (f. 309).

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 293-299) pelo acatamento do pedido de desaforamento.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

O Ministério Público Estadual formula pedido de desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Rio Verde de Mato Grosso/MS, concernente à Ação Penal nº 0004911-70.2010.8.12.0042, em que figuram como réus Riovaldo Pires Martins e Sebastião Marques.

Em suas razões, aduz, em suma, que aos acusados imputa-se o cometimento dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, e no artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, II, ambos do referido diploma legal, sobre vindo a correspondente pronúncia, mantida após a interposição de recursos.

O caso teria causado grande comoção social, verificando-se fundado receio em relação à segurança dos jurados e do próprio Riovaldo Pires Martins, bem como risco de comprometimento da imparcialidade do Conselho de Sentença, pois o mencionado acusado, conhecido como Zico, exerce seu quarto mandato de Vereador do Município de Rio Verde de Mato Grosso/MS e é o atual Presidente da Câmara Municipal.

Trata-se de cidade com menos de 20.000 habitantes, a delinear o receio da população em elaborar denúncias ou julgar as autoridades locais, observando-se, ainda, que o crime ocorreu em imóvel de propriedade de *Zico*, onde sempre são realizados churrascos e jogos de futebol.

Sebastião Marques, por sua vez, deverá ser submetido a julgamento na Comarca para a qual o julgamento de Riovaldo for desaforado, frente à conexão intersubjetiva e instrumental.

Discorre sobre o posicionamento que reputa aplicável ao caso e culmina por pleitear a realização do julgamento em outra comarca da região norte, onde não existam os motivos expostos, preferindo-se a mais próxima (Coxim/MS).

Informações do Magistrado que preside o feito foram encaminhadas (f. 307-308), realçando posicionamento favorável ao desaforamento.

Os acusados, por seus defensores, foram intimados, mas, a despeito da oportunidade a tanto assegurada, preferiram não se manifestar (f. 309).

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 293-299) pelo acatamento do pedido de desaforamento.

Pois bem. Como cediço, consubstancia-se o desaforamento em medida excepcional, porquanto a regra é que o acusado seja submetido a júri na comarca em que o suposto crime contra a vida tenha ocorrido, a fim de que sua conduta possa ser analisada pela comunidade atingida.

Há situações, contudo, que possibilitam o acatamento de exceção à regra, notadamente quando vislumbrado risco de comprometimento à isenção que deve nortear os julgamentos.

No caso versando, ao justificar pretensão ao desaforamento, assim consignou o requerente (f. 04):

O julgamento em apreço tem ensejado comoção social, havendo fundado receio em relação à segurança dos jurados e do próprio acusado, bem como existe grande risco de comprometimento da imparcialidade dos juizes de fato que irão compor o Conselho de Sentença, tendo em vista que Riovaldo Pires Martins, alcunha Zico, exerce seu 4º (quarto) mandato de Vereador do Município de Rio Verde de Mato Grosso/MS e é o atual Presidente da Câmara Municipal, conforme pode ser facilmente visualizado de seu currículo inserido no sítio eletrônico oficial da Câmara Municipal de Rio Verde de Mato Grosso (<http://camararioverde.ms.gov.br/gabinete/zico-do-rodeio>)

Não bastasse isso, o crime ocorreu em imóvel de propriedade do acusado Riovaldo Pires Martins, alcunha Zico, onde costumeiramente são realizados churrascos e competições esportivas (jogos de futebol), promovidos pelo acusado, o qual se trata de pessoa pública e conhecida por todos.

Não se pode olvidar que Rio Verde de Mato Grosso/MS possui menos de 20.000 (vinte mil habitantes), tratando-se de Comarca na qual a população possui receio de elaborar denúncias, apontar erros, ou julgar as autoridades locais, dado o pequeno tamanho da comunidade local e o risco de represálias políticas.

Exsurge deste caderno, pois, que o acusado Riovaldo Pires Martins, também conhecido pelo apelido *Zico*, é figura pública conhecida no Município de Rio Verde/MS, onde ostenta considerável influência política, aliás, exerce o seu quarto mandato como vereador e ocupa atualmente, inclusive, a Presidência da Câmara de Vereadores.

Além disso, emerge que costumeiramente promove competições de futebol e churrascos em sua propriedade, reunindo e aglomerando expressivo número de pessoas e moradores do município, como sói acontecer em eventos desse jaez, sendo que nesse local é que teriam, aliás, ocorrido os supostos delitos, delineando, como corolário, a potencialidade e a plausibilidade do risco apontado pelo requerente.

Desponta, nesse contexto, que a pretensão deduzida não emana de meras suposições abstratas e genéricas, tampouco de mero clamor, naturalmente ensejado por crimes desse naipe, e sim de dados concretos, situações fáticas que se afinam efetivamente ao risco especificado, máxime diante da delicada situação impingida aos jurados a serem escolhidos, mesmo porque trata-se de comunidade com menos de 20.000 habitantes.

Discorrendo sobre a matéria, giza Nucci²² que:

22 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, São Paulo. RT, 2009, pág. 774

“(...) não há possibilidade de haver um julgamento justo com um corpo de jurados parcial. Tal situação pode dar-se quando a cidade for muito pequena e o crime tenha sido gravíssimo, levando à comoção geral, de modo que o caso vem sendo discutido em todos os setores da sociedade muito antes do julgamento ocorrer. Dificilmente nesta hipótese haveria um Conselho de Sentença imparcial, seja para condenar, seja para absolver, visto que a tendência a uma postura ou outra já estará consolidada há muito tempo.

Sérias são as dúvidas acerca de um julgamento isento nesse panorama, seja pela influência política que o acusado naturalmente exerce, até mesmo por conta seus consecutivos mandados e eleições, ou seja pela preocupante e delicada situação endereçada aos jurados que irão dirimir a questão, cenário, portanto, que coloca em xeque a imparcialidade necessária, seja para condenar ou seja para absolver os réus.

Mister se faz salientar que o próprio magistrado singular, sabidamente mais próximo dos fatos e mais sensível à reação da comunidade local, posicionou-se pelo desaforamento, assim externando (f. 308):

(...) Quanto ao pleito desaforamento, entendo que procede o referido pedido formulado pelo ilustre Representante do Ministério Público, pelas razões ali expostas.

O acusado Riovaldo Pires Martins, alcunha” Zico”, é vereador neste município, exercendo seu 4º (quarto) mandato, ou seja, são aproximadamente 15 anos no cargo, além disso, é o atual presidente da Câmara Municipal, portanto, pessoal pública e conhecida por todos na cidade.

Ademais, conforme relatado pelo Ministério Público, o delito ocorreu em uma chácara de propriedade de Riovaldo, local onde costumeiramente são realizados a realizar churrascos e torneios de futebol, promovidos pelo referido acusado, com a participação de integrantes da sociedade Rioverdense, tratando-se, portanto, de pessoa pública e bastante conhecida na cidade.

Em razão das razões expostas, entendo que o réu Riovaldo Pires Martins possui enorme influência no município, o que pode comprometer a imparcialidade dos jurados que irão compor o conselho de sentença.

Inegável se afigura, destarte, a necessidade de desaforamento como meio de salvaguardar a concretização de justiça, pois presente a excepcionalidade consentânea ao risco apontado.

Nesse diapasão o posicionamento adotado neste Sodalício em julgamento de caso à semelhança:

EMENTA – DESAFORAMENTO – MEDIDA EXCEPCIONAL – DÚVIDA SOBRE IMPARCIALIDADE DOS JURADOS – RÉU VEREADOR POR VÁRIOS MANDATOS CONSECUTIVOS – ALEGAÇÕES DEMONSTRADAS – PEDIDO DEFERIDO.

1.É manifesta a influência do requerido sobre os jurados, pois trata-se de figura pública, várias vezes eleito pela população local, em que exerceu cargo político com diversas pessoas subordinadas. Além, sabidamente, das alianças políticas que permeiam municípios do interior. Desta forma, no presente caso, o risco à imparcialidade dos jurados não advém de suposições, mas é dado concreto, que deve ser levado em conta por esta Corte. Sérias são as dúvidas de ter-se um julgamento justo, porquanto o fato do corpo de jurados constituir-se, na maioria, de funcionários públicos municipais, é circunstância pré-existente a ser considerada. O magistrado singular, que sabidamente está mais próximo aos fatos e sensível à reação da comunidade local, informou acerca da possível imparcialidade do Corpo de Jurados.

2.Designada a Comarca de Dourados para realização do Juri, pois é a segunda maior do Estado e o requerente alerta que em cidades vizinhas persistem as situações alegadas no pedido, o que se constata inclusive, pelas ligações políticas que ultrapassam as fronteiras das cidades vizinhas. (TJMS, Pedido de Desaforamento nº 2011.034830-6/0000-00, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, Seção Criminal, j. 14/02/2012)

No mesmo sentido:

DESAFORAMENTO – HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PEDIDO AFORADO PELA JUÍZA – ARTIGO 427 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ABALO À ORDEM PÚBLICA E SEGURANÇA PESSOAL DO RÉU – PEDIDO DEFERIDO.

O desaforamento é um ato excepcional que repercute na atuação das partes, devido à mudança do local do julgamento para outra comarca. Relativamente aos requisitos do art. 427 do CPP, não basta simples alegação de dúvida sobre a imparcialidade dos jurados e da segurança do réu e o interesse da ordem pública, nem mesmo a repercussão do crime, para ensejar o desaforamento. No entanto, havendo nos autos elementos concretos e convincentes de risco à integridade física do réu e à ordem pública, defere-se o pedido de desaforamento. (TJMS, Pedido de Desaforamento nº 2009.000372-8/0000-00, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. DJ 01/04/09)

Oportuno trazer à colação, igualmente, o entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça, aplicável ao caso em pauta:

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – DESAFORAMENTO – TEMOR AOS RÉUS. INFLUÊNCIA POLÍTICA.

1. O desaforamento é medida excepcionalíssima, pois altera a competência inicialmente fixada. Desse modo, somente é possível nas hipóteses previstas no art. 424 do Código de Processual Penal.

2. As posições sociais dos pacientes tidos por pessoas violentas, bem como o apadrinhamento de um dos chefes políticos da cidade, ocasionariam comprometimento da isenção de julgamento do Conselho de Sentença.

3. Ordem denegada. (HC 43.294/CE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 09/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 449)

Face outra, nada obstante o contido no artigo 427 do Código de Processo Penal, cabível a designação da Comarca de Coxim/MS para o julgamento, sobretudo diante do alerta de que nas mais próximas persistem as situações alegadas, até mesmo por conta das ligações e alianças políticas que ultrapassam as fronteiras das cidades vizinhas.

Nesse tom vislumbra-se o posicionamento realçado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – JÚRI – DESAFORAMENTO PARA SEÇÃO JUDICIÁRIA DISTANTE – PRETERIÇÃO DAS MAIS PRÓXIMAS – POSSIBILIDADE.

I - Segundo a atual redação ao art. 427 do Código de Processo Penal, a competência será deslocada para o local mais próximo daquele em que originariamente tramitava o feito, caso ali não persistam os mesmos motivos que ensejaram a medida, pois, se persistirem, e desde que o Tribunal o faça de forma fundamentada, o julgamento poderá ocorrer em localidades mais remotas (Precedentes).

II - Exurgindo dos autos que os motivos que autorizaram o desaforamento extravasam os limites da Seção Judiciária em que iniciada a ação penal, para alcançar todas as Seções Judiciárias situadas no Estado do Mato Grosso do Sul, correta se mostra a remessa do feito para julgamento em Seção localizada em São Paulo/SP.

Ordem denegada. (HC 139834/MS- Quinta Turma- Ministro Felix Fischer- DJe 26/10/2009)

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DESAFORAMENTO PARA A CAPITAL. EXISTÊNCIA DE COMARCAS MAIS PRÓXIMAS.

A determinação do desaforamento para a Comarca da Capital, não obstante a existência de outras mais próximas ao distrito da culpa, não configura constrangimento ilegal,

na medida em que o Tribunal Estadual consignou expressamente a larga influência político-econômica da família da vítima sobre toda a região adjacente ao Juízo originário. "Habeas Corpus" conhecido. Pedido indeferido. (HC 15.266/PB, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 07/06/2001, DJ 13/08/2001, p. 186)

Por derradeiro, frise-se que, face à conexão intersubjetiva e instrumental entre as condutas dos réus (art. 76, I e III, do CPP), deve ser mantida a unidade de processo e julgamento, consoante artigo 79, *caput*, do referido diploma legal.

Registre-se, ainda, que embora o julgamento estivesse marcado para o dia 09.05.2019, mediante consulta ao SAJ/PG é possível apurar que o magistrado, após prestar as informações solicitadas, despachou nos autos originários determinando que se aguardasse o desfecho do presente.

Ante o exposto, com o parecer, defiro o pedido de desaforamento em tela e, por conseguinte, defino a Comarca de Coxim/MS para a realização do julgamento, pelo Tribunal do Júri, concernente à Ação Penal nº 0004911-70.2010.8.12.0042, atualmente em curso pela Comarca de Rio Verde de Mato Grosso/MS e na qual figuram como réus Riovaldo Pires Martins e Sebastião Marques, devidamente identificados, o que faço alicerçado no artigo 427 do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deferiram o pedido de desaforamento.

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^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des^a Elizabete Anache e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 12 de junho de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação nº 0002273-66.2015.8.12.0017 - Nova Andradina

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRELIMINARES – NULIDADE DO PROCESSO – ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FOI OPORTUNIZADA A CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – PENA MÍNIMA QUE SUPERA UM ANO – PENA ALTERNATIVA DE MULTA – NULIDADE RELATIVA – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – INVERSÃO NA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO E DEFESA – NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 222, § 1º, DO CPP – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – REJEITADA – MÉRITO – ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – NORMA PENAL EM BRANCO – PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL – COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE QUE AS MERCADORIAS ESTAVAM IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO – MATERIALIDADE DEMONSTRADA – AUTORIA – FIRMES DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – AMPARO NA VERSÃO APRESENTADA PELO RÉU – PROVA SEGURA – DOLO COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – ALMEJADA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE MULTA – NÃO RECOMENDAÇÃO – PLEITO DE DIMINUIÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – DESACOLHIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A concessão da suspensão condicional do processo está relacionada à pena mínima em abstrato prevista para o delito, que deve ser igual ou inferior a um ano, de modo que, em se tratando de crime cuja pena mínima é de 2 anos de detenção, ainda com pena alternativa de multa, não há como conceder-lhe o benefício, sobretudo quando a tese foi sustentada após a prolação da sentença, sendo atingida pela preclusão consumativa. Preliminar rejeitada.

Embora tenha ocorrido inversão na ordem de oitiva das testemunhas de defesa e acusação, tal fato se operou em razão de haver testemunhas a serem ouvidas por carta precatória, atraindo, destarte, exceção à regra contida no artigo 400 do Código de Processo Penal, a qual tem previsão expressamente estabelecida no artigo 222, § 1º, do Código de Processo Penal, não havendo falar em nulidade. Preliminar rejeitada.

Para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, norma penal em branco que tem seu conteúdo integrado normativamente pelo artigo 18, § 6º, da Lei nº 8.078/90, é prescindível a realização de laudo pericial para a comprovação da nocividade e impropriedade dos produtos, bastando a mera exposição à venda em desacordo com as normas regulamentares e inspeção estatal. Assim, havendo nos autos prova cabal de que as mercadorias expostas à venda estavam em desacordo com as normas regulamentares, não há falar em ausência de materialidade e, conseqüentemente, justa causa para a persecução penal.

Existindo nos autos provas seguras de que o réu é o proprietário e responsável direto pelo estabelecimento onde foram expostos à venda produtos impróprios para o consumo, tendo ele próprio afirmado que estava irregular perante a lei, eis que não havia inspeção sanitária municipal “liberada”, de rigor a manutenção do édito condenatório pela prática do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90.

A aplicação isolada da pena de multa não se mostra recomendável se o réu possui boa condição financeira, porquanto surtiria pouco ou nenhum efeito, mostrando-se providência mais consentânea a adoção de reprimenda corporal, a preservar as finalidades retributiva, preventiva e ressocializadora da pena.

Impõe-se a manutenção da prestação pecuniária se o *quantum* fixado pelo magistrado – 40 salários mínimos -, revelou-se razoável e proporcional diante da confortável condição financeira do

réu, além de ser compatível com a conduta delituosa em análise, uma vez que o delito previsto no art. 7º, IX da Lei Federal 8.137/90 é de perigo abstrato, consistente em ter em depósito e expor à venda grande quantidade de carne (toneladas) em condições impróprias para consumo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, rejeitar a preliminar, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, e no mérito, negar provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do Relator. Vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O réu Nelson Antunes de Souza foi condenado pela prática da conduta prevista no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto, a qual restou substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação pecuniária no valor de 40 salários mínimos e prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, o réu apelou requerendo, em preliminar, a nulidade do feito em razão da não concessão do benefício disposto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, bem como pela inversão na ordem de oitiva dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa, o que teria violado o princípio do devido processo legal. No mérito, postulou: sua absolvição, com arrimo no princípio *in dubio pro reo*, a redução da pena imposta, aplicando-se a pena alternativa unicamente de multa e; a redução do valor fixado a título de prestação pecuniária (f. 238-265).

O ministério público estadual apresentou contrarrazões manifestando-se pelo total improvimento do recurso defensivo (f. 269-283).

A procuradoria-geral de justiça opinou pelo não acolhimento das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do apelo. Apresentou questionamento (f. 292-314).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O recorrente arguiu preliminar de nulidade do feito ao argumento de que não lhe foi oportunizada a concessão do benefício previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, bem como de que foi violado o devido processo legal no ato processual atinente à audiência de instrução e julgamento, porquanto houve inversão na ordem de oitiva dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa.

No que pertine ao alegado *sursis* processual, o art. 89 da Lei nº 9.099/95 preceitua que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei dos Juizados, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Acontece que no momento do oferecimento da denúncia, sequer foi considerada a possibilidade de concessão da benesse, visto que a pena mínima em abstrato cominada para o delito em tela prevê 2 anos de detenção, o que constitui óbice à aplicação da suspensão condicional do processo.

Não se olvida, conforme sustentado pela defesa técnica, que a jurisprudência, ao interpretar o artigo 89 da Lei 9.099/1995, tem entendido que quando para o crime seja prevista pena alternativa de multa, que é menos gravosa do que qualquer sanção privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito o pressuposto objetivo para a concessão da benesse da suspensão condicional do processo.

Contudo, é pacífico o entendimento de que, por se tratar de nulidade relativa, a alegação em que se aponta a falta de oferta de *sursis* formulada somente após a prolação de sentença condenatória é alcançada pela preclusão consumativa. Aliás, não obstante as inúmeras oportunidades que teve, a defesa não pleiteou pela apresentação da proposta de *sursis* em momento algum do processo, vindo a debater a matéria após a sentença, em grau de recurso, o que se revela inviável diante da já mencionada preclusão.

Logo, não há falar em nulidade do processo por ausência de proposta de suspensão condicional do processo.

Outrossim, também não prospera a alegação de violação ao devido processo legal por inversão da oitiva das testemunhas de defesa e acusação na audiência de instrução e julgamento.

A ordem a ser obedecida na audiência de instrução e julgamento vem estabelecida no artigo 400 do Código de Processo Penal, devendo ainda serem observadas as disposições do artigo 222 do mesmo código, *in verbis*:

“(…)

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”

“Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.” (destaquei)

É justamente o caso dos autos, pois, embora tenha ocorrido inversão na ordem de oitiva das testemunhas de defesa e acusação, tal fato se operou em razão de haver testemunhas a serem ouvidas por carta precatória (f. 109 e f. 116), atraindo, destarte, exceção à regra contida no artigo 400 do Código de Processo Penal, a qual tem previsão expressamente estabelecida no artigo 222, § 1º, do Código de Processo Penal, não havendo falar em nulidade.

Como bem pontuado pelo procurador de justiça (f. 300),

“(…) No que tange à exceção prevista no art. 222, § 1º, do CPP, verifica-se que a prescindibilidade de observância da ordem ordinária da oitiva de testemunhas que estejam fora da competência territorial do juízo é, pois, corolário do impedimento legal de suspensão da instrução processual, por ocasião da expedição de carta precatória ou rogatória (CPP, arts. 222, § 1º, e 222-A, parágrafo único). Outrossim, em consonância com essa premissa e em homenagem ao princípio da razoável duração da prestação jurisdicional, o magistrado pode dar prosseguimento na instrução com a oitiva das demais testemunhas, até, inclusive, sentenciar, malgrado ainda pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado, caso ultrapassado o prazo marcado pelo juízo deprecante para o seu cumprimento, nos termos do § 2º do art. 222 do CPP”.

Ademais, verifica-se que a defesa, além de não ter se insurgido no momento oportuno audiência de instrução e julgamento, também não demonstrou qualquer prejuízo suportado, impedindo, assim, o acolhimento da tese aviada.

Portanto, ante o exposto alhures, não há nulidade a ser reconhecida, razão pela qual rejeito a preliminar arguida pela defesa.

Superada a preliminar aventada pela defesa, passo ao exame do mérito recursal.

Mérito.

Inicialmente, a defesa sustentou falta de justa causa para a persecução penal, alegando ausência de materialidade diante da não realização de perícia técnica.

Sem razão.

Ao contrário do sustentado pela defesa, observa-se que, no presente caso, para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é prescindível a realização de laudo pericial para a comprovação da nocividade e impropriedade dos produtos.

Dispõe a norma penal em comento:

“(..). Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(..)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

Trata-se, portanto, de norma penal em branco que tem o seu conteúdo integrado normativamente pelo art. 18, § 6º, da Lei nº 8.078/90, *in verbis*:

“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:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

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;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.”

Nesse passo, nas hipóteses previstas no inciso I - prazo de validade vencido - e parte final do inciso II - mercadorias em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação -, a impropriedade ao consumo é presumida pelo desrespeito à determinadas normas, tornando-se, pois, nesses casos, prescindível a perícia técnica, eis que diante de crime de perigo abstrato.

Na hipótese, a conduta ilícita retratada na denúncia encaixa-se na parte final do inciso II, § 6º, art. 18, da Lei nº 8.078/90, pois refere-se ao apelante ter em depósito e expor à venda mercadoria em condições impróprias ao consumo, consistente em 1,412 kg de peito de peru, 14,640 kg de produtos lácteos, 85,412 kg de

embutidos cárneos, 0,186 kg de peito de frango, 271,500 kg de linguiça, 1373,070 kg de frango, 388,710 kg de carne bovina; 10,500 kg de *steak* (f. 12-14), a qual se encontrava em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição e apresentação, eis que não demonstrada a origem da matéria prima e nem de que maneira o processo de manipulação e fabricação foi levado a termo.

O Laudo nº 062/2014, elaborado por fiscais do Iagro, juntamente com agentes da Delegacia do Consumidor e Fiscais da Vigilância Sanitária Municipal, atestou a impropriedade do produto posto à venda (f. 12-14):

“[...] foram constatadas as seguintes irregularidades:

1,412 Kg de pleito de peru sem autorização do serviço oficial competente além de descaracterização da rotulagem do mesmo impossibilitando o rastreamento da origem da mesma e induzindo o consumidor ao erro;

14,640 Kg de produtos lácteos manipulados sem autorização do serviço oficial competente além de descaracterização da rotulagem do mesmo impossibilitando o rastreamento da origem da mesma e induzindo o consumidor ao erro;

85,412 Kg de embutidos cárneos produzidos sem autorização do serviço oficial competente além de descaracterização da rotulagem do mesmo impossibilitando o rastreamento da origem da mesma e induzindo o consumidor ao erro;

0,186 Kg de peito de frango manipulados sem autorização do serviço oficial competente além de descaracterização da rotulagem do mesmo impossibilitando o rastreamento da mesma e induzindo o consumidor ao erro;

271,500 Kg de linguiça descaracterizada a rotulagem da mesma impossibilitando o rastreamento da origem da mesma e induzindo o consumidor ao erro;

1373,070 Kg de frango em caixas descongeladas em contato diretamente com o piso e sacos de lixo acondicionados em cima das mesmas;

388,710 Kg de carne bovina em desconformidade com a temperatura de armazenamento indicada no rótulo;

10,500 Kg de steak em desconformidade com a temperatura de armazenamento indicada no rótulo.

(...) constatamos que os produtos acima relacionados encontram-se impróprios para o consumo humano, pois não se sabe a origem da matéria prima nem de que maneira o processo de manipulação e fabricação foi levado a termo, podendo durante ou anteriormente a este ocorrer a contaminação do produto vindo a transmitir doenças como botulismo, tétano, salmonelose, gastroenterites, brucelose, toxinfecções, além de outras, e sob o ponto de vista da análise de perigo e pontos críticos de controle o risco fica considerado como presumido e abstrato à saúde humana [...]”.

Com efeito, conquanto as mercadorias não tenham sido submetidas à exame pericial, tal procedimento era totalmente dispensável, porquanto a mera exposição à venda de produtos em desacordo com as normas regulamentares e inspeção estatal é bastante para configuração do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, sendo prescindível, destarte, a confecção de laudo pericial.

Nesse sentido, cito um julgado desta Colenda 2ª Câmara Criminal: Apelação nº 0002035-36.2008.8.12.0003, Bela Vista, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 21/05/2018, p: 23/05/2018.

Além do mais, vige no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, de tal sorte que o magistrado não estaria vinculado às conclusões formuladas em eventual laudo pericial.

Assim sendo, havendo nos autos prova cabal de que as mercadorias expostas à venda estavam em desacordo com as normas regulamentares, não há falar em ausência de materialidade e, conseqüentemente, justa causa para a persecução penal.

Outrossim, a alegada ausência de autoria e dolo na conduta do réu Nelson Antunes de Souza também não prospera.

A testemunha Marcos Camargo, ouvido em juízo (f. 167 – mídia audiovisual), prestou informações no seguinte sentido:

“MP: Você pode contar pra gente como que foi isso aí, o que que aconteceu, o que que foi encontrado lá no dia da inspeção?”

Testemunha: Oh, vou falar do que eu lembro né, que faz um tempinho já...

MP: Sim, é, foi em 2014.

Testemunha: A gente fez uma fiscalização geral na cidade, foram várias pontes que a gente faz a fiscalização e apreensão de produtos irregulares, e no estabelecimento em questão aí a gente encontrou grande quantidade de carne bovina acondicionada com a temperatura fora da regulamentação né, e muita carne com algum estado de decomposição, assim por tá fora de temperatura, acondicionadas dentro da câmara fria junto com as outras carnes que tavam teoricamente mais novas né dentro da câmara. Aí por causa da, do contrafluxo e da possibilidade abstrata de contaminação a gente, pelo risco abstrato, procedeu a apreensão de alguns, de algumas peças de carne lá dentro. E tinha uma parte, em menor proporção, à exposição na gôndola com a temperatura foram também do que tava recomendado na rotulagem.

MP: Entendi. Tinham produtos também no chão, sob sacos plásticos, alguma coisa assim?

Testemunha: Tinha, tinha também.

MP: É, a par disso tudo, ainda consta aqui na denúncia que a manipulação de produtos embutidos era feita sem autorização do serviço oficial, isso confere?

Testemunha: É, a gente consultou. No dia da ação nós estávamos com a vigilância sanitária municipal e a gente consultou se o mercado tinha algum serviço de inspeção, se ele participava né, se ele era habilitado por algum serviço de inspeção, tanto na esfera municipal, estadual ou federal né. Foi nos passado que não tinha essa habilitação, então eles não podem manipular esse tipo de produto dentro do mercado conforme a lei 7889 né.

MP: Entendi. A aparência dos produtos, odor, alguma coisa, caracterizava os produtos como sendo impróprios para consumo?

Testemunha: Sim. Essa parte que tava com acondicionamento dentro da câmara fria com a temperatura irregular já tava até com coloração e odor de algo putrefeito já, em putrefação.” (destaquei)

Por sua vez, a fiscal estadual Agropecuária do IAGRO, Cristiane M. X. Nogueira Petrucci, afirmou que durante a inspeção encontrou diversas irregularidades, tanto na câmara fria, como nas gôndolas do estabelecimento, sendo que haviam produtos descongelados e carnes estragadas acondicionadas juntamente com outras carnes dentro da câmara fria, bem como estas câmaras frias estavam superlotadas. Disse ainda que o estabelecimento comercial não possuía autorização para a manipulação dos produtos de forma fracionada como estavam sendo feitos, bem como frisou a falta de higiene no local de armazenagem destes.

A testemunha Rodrigo Anastácio Alves, declarou que estava presente no dia da apreensão, afirma que os produtos encontrados eram armazenados de forma incorreta, produtos em contato direto com o chão fora da câmara fria e em temperatura incompatível, frisando que o odor era forte e desagradável, e afirmou também que o estabelecimento não possuía as autorizações de manipulação dos alimentos.

Ressalta-se, ainda, que o apelante é proprietário e responsável direto pelo estabelecimento onde foram expostos à venda produtos impróprios para o consumo, tendo, em seu interrogatório judicial (f. 167 - mídia audiovisual), afirmado que estava irregular perante a lei, eis que não havia inspeção sanitária municipal “liberada”.

Logo, incontestemente que a autoria do crime em comento recai sobre o apelante, o qual tinha ciência das irregularidades existentes e, ainda assim, permitiu que fossem comercializadas mercadorias impróprias para o consumo, evidenciando o dolo em sua conduta, não havendo falar em falta de provas ou *in dubio pro reo*, eis que o conjunto probatório é robusto e apto a sustentar o édito condenatório.

Sendo assim, afasta-se o pleito absolutório.

Quanto ao pedido de aplicação isolada da pena de multa, a pretensão defensiva não merece guarida.

Não obstante o preceito secundário do crime contra as relações de consumo preveja a sanção pecuniária de forma alternativa ao recolhimento carcerário, a opção deve ser feita considerando as particularidades do caso concreto, num exercício de discricionariedade vinculada realizado pelo julgador.

Na hipótese, em se tratando de réu com cômoda condição financeira, a aplicação de sanção de multa surtiria pouco ou nenhum efeito, mostrando-se providência mais consentânea a adoção de reprimenda corporal, de modo a preservar as finalidades retributiva, preventiva e ressocializadora da pena.

Pelas mesmas razões, o pleito de redução do valor fixado a título de prestação pecuniária, quando da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não comporta provimento.

Nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal, A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos.

Assim, tem-se que o *quantum* fixado pelo magistrado – 40 salários mínimos -, a título de prestação pecuniária, revelou-se razoável e proporcional, além de compatível com a conduta delituosa em análise, uma vez que o delito previsto no art. 7º, IX da Lei Federal 8.137/90 é de perigo abstrato, consistente em ter em depósito e expor à venda grande quantidade de carne (toneladas) em condições impróprias para consumo.

Desse modo, como bem pontuou o procurador de justiça (f. 312),

(...) “qualquer outro valor inferior ao fixado a título de prestação pecuniária (40 salários mínimos), para o presente caso, retiraria o caráter punitivo da prática da conduta delituosa, uma vez que nos depararíamos com a arbitragem de um valor irrisório para cumprimento do § 1º do artigo 45 do Código Penal, e, por consequência, a inoperância do direito penal”.

Isso porque há informação nos autos (f. 283), de que o apelante é empresário de reconhecido patrimônio no município de Nova Andradina, possuindo supermercado de grande porte, além de imóveis rurais e urbanos, o que, evidentemente, deve ser observado para a fixação da prestação pecuniária.

Ademais, há a possibilidade de o juízo de execução penal permitir o parcelamento do valor da pena de prestação pecuniária, se entender necessário, facilitando a forma de cumprimento da reprimenda.

Posto isso, mantenho inalterada a pena de prestação pecuniária.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito a preliminar arguida pela defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso ofertado por Nelson Antunes de Souza.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (1º vogal)

Acompanho o relator para rejeitar as preliminares arguidas pela defesa e, no mérito, negar provimento ao apelo.

Ressalto, por oportuno, que no caso em análise, o Laudo de Constatação de Irregularidades nº 062/2014 (f. 12-14) e vistoria no estabelecimento fora realizada por médicos veterinários dos órgãos oficiais, devidamente identificados no laudo, os quais atestaram a presença de carnes bovinas, frango, embutidos, produtos lácteos com os rótulos descaracterizados, sem rastreamento da origem, em desconformidade com a temperatura de armazenamento indicada ou, ainda, em contato direto com o piso e sacos de lixo.

Referido laudo é suficiente para atestar que os produtos estavam fora dos critérios técnicos de qualidade e inaptos para consumo, além de comprovar a materialidade do delito em questão, sendo, deste modo, prescindível a realização de perícia.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO – PERÍCIA – DESNECESSIDADE – DELITO FORMAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda produto impróprio ao consumo é suficiente para configurar o delito constante do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90, sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial, desde que existam outros elementos de convicção a respeito, como no caso, mesmo porque se cuida de crime formal, de perigo abstrato.

2. Recurso conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, determinar ao Juízo singular que proceda ao trâmite regular do feito, desde o recebimento da denúncia.” (REsp 1.060.917/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/04/2009.)

Diante disso, não tenho dúvidas em acompanhar o relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º vogal)

Nelson Antunes de Souza foi condenado pela prática da conduta prevista no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto, a qual restou substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação pecuniária no valor de 40 salários mínimos e prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, o réu apelou requerendo, em preliminar, a nulidade do feito em razão da não concessão do benefício disposto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, bem como pela inversão na ordem de oitiva dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa, o que teria violado o princípio do devido processo legal. No mérito, postulou: sua absolvição, com arrimo no princípio *in dubio pro reo*, a redução da pena imposta, aplicando-se a pena alternativa unicamente de multa e; a redução do valor fixado a título de prestação pecuniária (f. 238-265).

O Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior está rejeitando a preliminares e negando provimento ao recurso.

Todavia, divirjo do i. Relator somente quanto ao mérito, a fim de absolver o apelante, por entender que, em se tratando de mercadorias de origem animal é imprescindível a realização de perícia, o que inoconcorreu no caso em tela, havendo tão somente auto de constatação.

Em caso semelhante, no julgamento da Apelação nº 0004434-51.2012.8.12.0018, acompanhei o voto do Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence pelos seguintes fundamentos:

“(…) Consoante a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, para caracterizar o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990 é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo, a qual, no presente caso, não foi produzida pelo órgão de acusação.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – LEI Nº 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO – EXAME PERICIAL – NECESSIDADE – ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL – SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições

impróprias para o consumo. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 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 1175679/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

“PENAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido.” (REsp nº 1.184.240/TO, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 20/6/2011)

“CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/1990) – DENÚNCIA – PERÍCIA ILÍCITA – EXAME REALIZADO POR MÉDICO VETERINÁRIO – DELITO NÃO TRANSEUNTE – NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO OFICIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL – CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito 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. No caso dos autos, a impropriedade para consumo dos produtos apreendidos no estabelecimento dos pacientes foi atestada por médico veterinário da Inspetoria Veterinária e Zootécnica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento de Bento Gonçalves, inexistindo qualquer perícia oficial que confirme tal condição. 3. Diante da ausência de laudo firmado por perito oficial ou por duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior, impossível a caracterização do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, motivo pelo qual revela-se imperioso o trancamento da ação penal em exame. 4. Reconhecida a falta de justa causa para a persecução criminal em apreço, ante a inexistência de comprovação da materialidade delitiva, resta prejudicada a análise das demais máculas suscitadas na impetração. 5. Impetração não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes.” (HC 191.663/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 24/04/2013)

“PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ARTS. 7º, IX, DA LEI 8.137/90 E 68 DA LEI 8.078/90 – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – AUTORIA – SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS – MATERIALIDADE DELITIVA – PERÍCIA TÉCNICA – CRIME MATERIAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – EXCEPCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS IDÔNEOS DA MATERIALIDADE DELITIVA QUE AUTORIZAM A PERSECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA – RECURSO PROVIDO. 1. Nos denominados crimes de autoria coletiva ou societários, admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, desde que esteja demonstrado vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada. 2. A mera constatação de que os produtos se mostram impróprios para o consumo não é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/80, sendo necessário laudo pericial para sua comprovação. 3. Recurso provido para trancar a Ação Penal 00220060128630, em curso na 2ª Vara Criminal de Ariquemes/RO.” (RHC 24.516/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

Logo, depreende-se dos autos que a sentença recorrida contraria a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, merecendo reforma.

A propósito, ressalto que esta 2ª Câmara Criminal já se manifestou sobre a matéria, decidindo pela mesma solução à controvérsia:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO PROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. Recurso provido.” (TJMS, 2ª Câmara Criminal, nº 0002334-26.2012.8.12.0018, minha Relatoria, j. 28.7.2014).

(...).”

Assim, divirjo do Relator com relação à manutenção da condenação do réu por infração ao artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90.

Conclusão

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso a fim de absolver o apelante Nelson Antunes de Souza, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Rejeitaram a preliminar, por unanimidade, nos termos do voto do relator, e no mérito, negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o 2º 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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0033071-53.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTOS CONSUMADOS E TENTADO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DAS QUALIFICADORAS DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO, ESCALADA E EMPREGO DE CHAVE FALSA – AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL – INSISTÊNCIA DA ACUSAÇÃO E DO JUÍZO PARA A CONFECCÃO DO LAUDO – INÉRCIA DA AUTORIDADE POLICIAL – PRETENSÃO AFASTADA – CONTINUIDADE DELITIVA – REGRA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL MANTIDA – PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO – PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL – RÉU QUE CONFESSA O USO DOS DOCUMENTOS FALSIFICADOS DESDE O ANO DE 2015 – PLEITO ACOLHIDO – CONDENAÇÃO PELO DELITO DE FALSA IDENTIDADE EXCLUÍDA – NOVA DOSIMETRIA – PENA QUE SUPERA 4 ANOS – REGIME PRISIONAL ALTERADO PARA O SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL QUE ENCONTRA ÓBICE NO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Revelando-se imprescindível, na hipótese específica, a realização do laudo pericial, tanto que o Ministério Público e Poder Judiciário não mediram esforços na tentativa de proceder a produção do exame a fim de comprovar as qualificadoras do rompimento de obstáculo, escalada e emprego de chave falsa, a inércia da autoridade policial e consequente não confecção do laudo inviabilizam o reconhecimento das qualificadoras previstas nos incisos I, II e III, § 4º, art. 155, do Código Penal.

Mantidas afastadas da condenação as qualificadoras, afigura-se correta a aplicação da regra do art. 71 do CP, visto que o modo de execução empregado pelo réu, além das circunstâncias de tempo das práticas dos crimes de furto são exatamente idênticas, já que os fatos deram-se com poucas horas de diferença entre si.

É desnecessária a realização de exame pericial para a comprovação da materialidade pelo delito previsto no art. 304 do Código Penal, quando a falsidade pode ser verificada por outros meios de prova, como no caso dos autos, em que o réu confessou a utilização dos documentos falsificados desde o ano de 2015.

Tratando-se de réu condenado a pena superior a 4 e inferior a 8 anos, de rigor a fixação do regime inicial semiaberto, mormente quando é ele tecnicamente primário e as circunstâncias judiciais lhes são todas favoráveis.

A fixação da pena acima de 4 anos inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 44, I, do CP.

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 ministerial, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O réu Ivanilson Lobato Santos foi condenado à pena de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, como incurso no art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, art. 155, § 4º, IV, por duas vezes, todos do Código Penal, bem como à pena de 4 meses de detenção, em regime aberto, posteriormente substituída por uma pena restritiva de direitos, além do pagamento de 12 dias-multa, como incurso no art. 307 e art. 340, ambos do Código Penal.

Inconformado com a sentença, o réu interpôs apelação pleiteando: o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo, escalada e emprego de chave falsa previstas no § 4º, I, II e III do art. 155 do Código Penal; a condenação do réu pelo delito previsto no art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal e; o afastamento do art. 71 do Código Penal em face da inoccorrência de continuidade delitiva entre os crimes de furto. Elaborou prequestionamento (f. 318-328).

A defesa apresentou contrarrazões requerendo o total improvimento do apelo ministerial, apresentando prequestionamento (f. 338-358).

A procuradoria-geral de justiça opinou pelo parcial provimento do apelo, apenas para condenar o réu pelo crime de uso de documento falso (f. 368-374).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Inicialmente, o representante ministerial pretendeu o reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo, escalada e emprego de chave falsa, previstas no § 4º, I, II e III do art. 155 do Código Penal.

Contudo, a pretensão do Ministério Público não merece ser acolhida.

Segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito para comprovar as qualificadoras previstas nos incisos I, II e III, § 4º, art. 155, do Código Penal, sendo possível a sua realização de forma indireta ou, ainda, pela prova testemunhal, somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos.

Entretanto, a maioria dos integrantes desta C. 2ª Câmara Criminal, inclusive este relator, tem mitigado a referida regra, admitindo, diante das peculiaridades do caso, a prescindibilidade da perícia, desde que seja possível a demonstração de tais qualificadoras por outros meios de prova, como autos de constatação de danos, fotos, ou mesmo por declaração da vítima, depoimento testemunhal e a confissão do próprio réu.

Ocorre que, neste caso específico, andou bem o juiz de origem em não reconhecer as qualificadoras acima mencionadas. Na ocasião da prolação da sentença, consignou o magistrado (f. 244-245):

“Com relação às qualificadoras previstas pelos incisos I, II e III do § 4º do art. 155 do Código Penal, assiste razão à Defensoria Pública.

A jurisprudência é assente no sentido de que, para que incidam as qualificadoras previstas pelo art. 155, § 4º, I, II e III, do Código Penal, impõe-se a realização de exame pericial apto a atestar a materialidade delitiva, dispensando-o em, tão somente, 03 (três) hipóteses: a) quando inexistirem vestígios; b) o corpo de delito houver desaparecido; e, c) as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

Presente qualquer das citadas situações excepcionais, admite-se que a prova pericial seja substituída por prova documental ou mesmo testemunhal.

No caso que se apresenta, contudo, vislumbra-se que a autoridade policial poderia, sem maiores dificuldades, ter requisitado a prova pericial extrajudicialmente, de forma a comprovar a incidência das mencionadas qualificadoras. Igualmente, tem-se que, a requerimento do Ministério Público, foi determinado por este Juízo, por 02 (duas) vezes (f. 124-125 e 150-151) que o Delegado de Polícia assim procedesse.

Malgrado os esforços do Parquet e do Juízo, a autoridade policial novamente se quedou inerte.

Às f. 49-50 e 60-62, encontram-se apreendidas as ferramentas supostamente utilizadas pelo réu para “mixar” a fechadura de imóveis; à f. 40, há a informação de que a Maternidade Cândido Mariano teria preservado o local para a realização de exame pericial; as testemunhas nada disseram sobre a altura do muro da residência da vítima José Daniel.

Logo, sendo plenamente viável a realização de exame pericial e não tendo a autoridade policial o promovido, devem ser afastadas as qualificadoras do rompimento de obstáculo, do uso de chave falsa e da escalada.”

Observa-se que houve tentativas do Ministério Público e do Juízo em se proceder a realização da prova pericial, tendo sido determinado ao delegado de polícia, por duas vezes, que assim procedesse, contudo, este manteve-se inerte.

Logo, pelo que se contextualiza dos autos, Ministério Público e Poder Judiciário não mediram esforços, aquele em requerer, este em determinar à autoridade policial que fosse realizado exame pericial a fim de comprovar as qualificadoras do rompimento de obstáculo, escalada e emprego de chave falsa. E é claro que se insistiram é porque entenderam pela imprescindibilidade da perícia.

Todavia, a insistência não surtiu efeito, é dizer, não há nos autos laudo pericial por desídia da autoridade policial.

Conforme se extrai da sentença, foram apreendidas as ferramentas supostamente utilizadas pelo réu para “mixar” a fechadura dos imóveis; ainda há informação nos autos (f. 40), de que a Maternidade Cândido Mariano teria preservado o local para a realização de exame pericial e as testemunhas nada disseram sobre a altura do muro da residência da vítima José Daniel.

Com efeito, sem descurar da existência de elementos indicando os arrombamentos, não é possível o reconhecimento da qualificadora em comento por deficiência da investigação e instrução criminal.

Outrossim, no que concerne às qualificadoras de escalada e de chave falsa, não foram produzidas provas da sua ocorrência, sendo o caso de manutenção do afastamento de suas incidências.

Quanto ao pedido de afastamento da continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal, com melhor sorte não conta o apelante.

A respeito da continuidade delitiva, o juiz justificou a aplicação do instituto nos seguintes termos (f. 247-248):

“Reconhece-se a continuidade delitiva entre os delitos tipificados no art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, art. 155, § 4º, IV, por 02 (duas) vezes, todos do Código Penal, e perpetrados pelo réu Ivanilson Lobato Santos.

Preceitua o art. 71 do Código Penal que quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes de mesma espécie, os quais contenham similares condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subsequentes serem havidos como continuação do primeiro.

É cristalino que não somente os locais, mas o modo de execução empregado pelo acusado, além das circunstâncias de tempo das práticas dos crimes de furto são exatamente idênticas.

Os fatos deram-se com poucas horas de diferença entre si.

Portanto, faz-se mister a aplicação, no caso em questão, do disposto no art. 71 do Código Penal.”

O órgão ministerial pediu o afastamento da continuidade delitiva sob o argumento de que os crimes de furto foram praticados mediante *modus operandi* diferentes.

Sucedem que, não reconhecidas as qualificadoras, afigura-se correta a decisão de primeiro grau que aplicou ao presente caso a regra do art. 71 do CP, visto que o modo de execução empregado pelo réu, além das circunstâncias de tempo das práticas dos crimes de furto são exatamente idênticas, já que os fatos deram-se com poucas horas de diferença entre si.

Ademais, como bem anotou o procurador de justiça (f. 374), “*mesmo que fossem cometidos de modo diferente, não há nenhum obstáculo para o reconhecimento da continuidade neste caso*”.

Assim sendo, de rigor a manutenção da continuidade delitiva.

Por fim, tem razão o Ministério Público em requerer a condenação do réu pela prática do crime de uso de documento falso.

Infere-se da sentença que o juiz, entendendo ser imprescindível, no presente caso, o laudo pericial para que fosse evidenciada a materialidade do crime tipificado no art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal, atribuiu aos fatos capitulação jurídica diversa (art. 383 CPP) e desclassificou a conduta para o tipo penal previsto no art. 307 do mesmo Códex.

Cumpra consignar que se pacificou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é obrigatória a realização de exame pericial para demonstração da materialidade do delito previsto no artigo 304 do Código Penal, admitindo-se que outros meios de prova comprovem a falsidade do documento.

Nessa toada, cumpre consignar que:

“(...) a ausência de perícia não acarreta, por si só, nulidade do feito, pois se mostra desnecessária a realização de exame pericial quando a falsidade pode ser verificada por outros meios de prova, conforme ocorreu no presente caso (HC 169.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 5.2.2016)”. (AgRg no AREsp 1040096/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017).

O documento de identidade foi apreendido às f. 49-50 e o boletim de ocorrência registrado com o documento falso encontra-se acostado às f. 45-46.

No interrogatório judicial de Ivanilson Lobato Santos, o mesmo informou que para conseguir reaver o automóvel apresentou à autoridade policial um documento de identidade em nome de Carlos Francisco Teixeira, documento no qual possuía sua foto. Vejamos:

“Juiz: E quando o senhor foi lá na delegacia da a notícia de que seu carro teria sido eventualmente furtado, o senhor apresentou que nome na delegacia?”

Acusado: O nome que ta no carro né, Carlos.

Juiz: O nome de Carlos, o senhor não deu o nome do senhor verdadeiro, como que é o nome verdadeiro do senhor?”

Acusado: É Ivanilson.

(...)

Juiz: Mas você tinha um documento em nome de Carlos ou não?”

Acusado: Tinha uma identidade.

Juiz: O senhor tinha uma identidade com a sua foto?”

Acusado: Tinha. (Mídia Digital 191, a partir de 03’50”)”

Ainda se não bastasse, o próprio réu admitiu, perante a autoridade policial (f. 24-25), a utilização dos documentos falsificados desde o ano de 2015.

Portanto, a toda evidência que a cédula de identidade apresentada por Ivanilson Lobato Santos era de fato falsa, apresentando a foto sua e nome que não lhe pertence.

Assim, restando evidenciado nos autos que o réu fez uso do documento falso, impõe-se a sua condenação pelo tipo previsto no art. 304 do Código Penal, afastando-se a condenação pelo delito tipificado no art. 307 do CP.

Passo à dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, todas elas favoráveis ao acusado como se observa da sentença condenatória, fixo a pena-base no mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, restou caracterizada a atenuante genérica da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, mantenho a pena no patamar acima fixado, em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, que torno definitivas ante a ausência de outras causas modificadoras.

Nos termos do art. 69 do Código Penal, fixo a pena de 4 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, como incurso no art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, art. 155, § 4º, IV, por duas vezes, c/c art. 304, todos do Código Penal.

Com isso, altero o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, “b”, c/c § 3º, do Código Penal, bem como afasto a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No mais, fica mantida a pena de 1 mês de detenção pela prática do crime de comunicação falsa de crime, a ser cumprida em regime aberto, com a substituição operada na sentença.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos suscitados, não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto. Ademais, 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.

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao apelo ministerial, apenas para condenar o apelado Ivanilson Lobato Santos pela prática do crime de uso de documento falso, previsto no art. 304 do Código Penal, restando definitivamente condenado à pena de 4 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, art. 155, § 4º, IV, por duas vezes, c/c art. 304, todos do Código Penal, bem como à pena de 1 mês de detenção, em regime aberto, posteriormente substituída por uma pena restritiva de direitos, como incurso no art. 340, do Código Penal, além do pagamento de 12 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram parcial provimento ao recurso ministerial, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1404320-40.2019.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTELIONATO E COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA OU CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA ÀS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP – PRISÃO ADMITIDA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPP – CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

Sendo a prisão preventiva admitida e estando presentes seus pressupostos e fundamentos, não há falar na revogação da custódia ou na concessão da liberdade provisória condicionada às medidas cautelares do art. 319 do CPF.

É necessária a custódia para garantia da ordem pública quando restar vislumbrada a gravidade concreta da conduta pelo *modus operandi*, que no caso se deu pelo fato do paciente ter se associado a outro indivíduo e juntos simularam a locação de dois veículos, os quais seriam levados ao Paraguai para serem vendidos, o que ocasionaria elevado prejuízo à empresa locadora. Além disso, é de conhecimento geral que os veículos inseridos de forma ilícita no Paraguai servem como instrumentos de transporte para que as drogas cheguem em nosso país, o que aumenta a gravidade do crime supostamente perpetrado pelo paciente.

As condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, não autorizam a revogação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória condicionada às medidas cautelares do art. 319 do CPP, quando estão presentes os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva dispostos no art. 312 do CPF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, denegar unânime, com considerações do 1º vogal. Decisão com o parecer. Houve sustentação oral proferida pelo advogado Austrio Ruberson Prudente Santos OAB MS nº 9164.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O advogado Áustrio Ruberson Prudente Santos impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente Lucas da Silva Teza, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS.

Registrou que o paciente foi preso em flagrante no dia 27 de março de 2019, pela suposta prática de crime de estelionato, previsto no art. 171 do CP; que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; e, que foi postulada a revogação da custódia cautelar, no entanto, tal pretensão foi negada pela autoridade apontada como coatora.

Sustentou que não estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do CPP, bem como as condições pessoais do paciente são todas favoráveis, já que é primário, de bons antecedentes, possui residência fixa, trabalho lícito e ainda tem uma filha pequena que exige seus cuidados.

Assim, requereu o deferimento da liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente ou concedida a ele a liberdade provisória condicionada às medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPF.

A liminar foi indeferida (f. 113-114).

As informações foram prestadas (f. 118-126).

A PGJ opinou pela denegação da ordem (f. 130-144).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O advogado Áustrio Ruberson Prudente Santos impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente Lucas da Silva Teza, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS.

Registrou que o paciente foi preso em flagrante no dia 27 de março de 2019, pela suposta prática de crime de estelionato, previsto no art. 171 do CP; que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; e, que foi postulada a revogação da custódia cautelar, no entanto, tal pretensão foi negada pela autoridade apontada como coatora.

Sustentou que não estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do CPP, bem como as condições pessoais do paciente são todas favoráveis, já que é primário, de bons antecedentes, possui residência fixa, trabalho lícito e ainda tem uma filha pequena que exige seus cuidados.

Assim, requereu o deferimento da liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente ou concedida a ele a liberdade provisória condicionada às medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPF.

A ordem deve ser denegada.

De acordo com o apurado, o paciente foi preso em flagrante pela prática dos crimes descritos nos artigos 171, *caput*, e 340, ambos do CP, porque, supostamente, ele, Josemar Severio de Souza e outras pessoas não identificadas, associaram-se de modo estável e permanente para a perpetração de diversos delitos, especialmente estelionatos, envolvendo falsa locação de veículos automotores, os quais eram levados e vendidos no Paraguai.

O juiz *a quo* decretou a prisão preventiva do paciente em razão dos seguintes fundamentos (f. 123-124):

“Trata-se de crime de estelionato supostamente praticado por Josemar Severio de Souza e Lucas da Silva Teza e falsa comunicação de crime imputada a Lucas da Silva Teza. O crime de estelionato possui pena máxima superior a 04 (quatro) anos. Assim, possível a conversão do flagrante em prisão preventiva, conforme dispõe o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Nos autos existem indícios de autoria e prova da materialidade do crime, conforme termo de auto de prisão em flagrante (f. 02-03), depoimentos (f.07-08 e 09-10), interrogatório (f. 15-16) e cópia de contrato de aluguel de carros (f. 44-45).

Os primeiros elementos para análise da necessidade da cautelar segregatória encontram-se presentes. Passa-se à análise dos demais requisitos.

Conforme extrai-se dos depoimentos dos investigadores de polícia civil (f. 07-08 e 09-10) e do interrogatório de Lucas da Silva Teza (f. 15-16), este foi contratado por terceiro, que reside em Coronel Sapucaia-MS, para locar dois veículos automotores em Guaira-PR e leva-los até o Paraguai, aonde seriam vendidos por R\$ 8.000,00 (oito mil reais), sendo que o autuado Lucas receberia R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) por automóvel que vendesse. Com o escopo de realizar a empreitada criminoso Lucas convidou Josemar Severio de Souza para buscar os automóveis em Guaira-PR, ofertando-lhe R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), o que foi pelo mesmo aceito.

Outrossim, o autuado Lucas registrou boletim de ocorrência do roubo de um dos automóveis locados, que tinha sido deixado por ele em Coronel Sapucaia-MS, a fim de tentar acobertar a prática do ilícito.

Ademais, os autuados não comprovam residência fixa nem trabalho lícito no corpo social, bem como não há informações acerca dos antecedentes criminais de Lucas da Silva Teza de seu Estado natal – Paraná.

Ressalta-se que os veículos automotores seriam trazidos para a fronteira com o Paraguai, local conhecido por ser rota do tráfico de entorpecentes e em que comumente associações voltadas para o tráfico de entorpecentes recebem automóveis produtos de crimes, que posteriormente são utilizados no transporte da droga. Além disso, o autuado Lucas foi contratado por terceiro que reside em cidade conhecida por ser sede de associações voltadas para o tráfico de drogas, qual seja, Coronel Sapucaia-MS, a demonstrar que os autuados possivelmente estão envolvidos com associação voltada para o tráfico de drogas.

Destarte, resta patente a necessidade da segregação cautelar dos autuados, a fim de garantir ordem pública e assegurar a futura aplicação da lei penal.

Anoto que nenhuma das medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal se mostra suficiente no caso telado, dada as peculiaridades do caso.

No que tange ao pedido de quebra do sigilo de dados e de perícia nos aparelhos celulares apreendidos na posse dos autuados, merece guarida, haja vista que tal medida mostra-se imprescindível para a melhor investigação dos fatos. Outrossim, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (RHC 89981/MG Recurso Ordinário Em Habeas Corpus 2017/0250966-3), a verificação dos dados de aparelho celular dever ser autorizada judicialmente.

Diante do exposto, decreto a quebra do sigilo de dados dos aparelhos celulares apreendidos na posse dos autuados e, com fundamento no artigo 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, mantenho o flagrante por estar formal e materialmente em ordem e converto a prisão em flagrante em prisão preventiva de Josemar Severio de Souza, brasileiro, nascido aos 24.06.1986, filho de Elci Miranda Paniagua de Souza e José Aparecido Severio de Souza, bem como de Lucas da Silva Teza, brasileiro, nascido aos 05.01.1996, filho de Mariulza da Silva e Valdomiro Teza.”

O paciente postulou pela revogação da prisão preventiva, sendo que tal pedido foi negado pela autoridade impetrada pelos mesmos fundamentos que a segregação foi decretada (f. 125-126).

Depois de analisar as alegações, documentos e pedidos contidos nesses autos, conclui-se que a prisão preventiva foi devidamente decretada e por isso deve ser preservada.

Cumprir registrar que a autoridade judiciária só pode decretar a prisão preventiva de um cidadão, sem ofensa às normas legais e constitucionais, quando, de forma fundamentada e com motivos concretos, verificar sua admissibilidade em uma das hipóteses do art. 313 do CPP e evidenciar os pressupostos e fundamentos do art. 312 do CPF.

No caso, o crime de estelionato comina pena superior a quatro anos e por isso a prisão é admitida, nos termos do art. 313, I, do CPF.

Os pressupostos e os fundamentos do art. 312 do CPP também estão presentes.

Os pressupostos afloram da materialidade e dos fortes indícios de autoria que ficaram evidentes pelo auto de prisão em flagrante (f. 121-122).

O fundamento da garantia da ordem pública se configura pela gravidade concreta da conduta evidenciada no *modus operandi*, pois, supostamente, o paciente se associou a Josemar Severio de Souza e juntos simularam a locação de dois veículos, os quais seriam levados ao Paraguai para serem vendidos, o que ocasionaria elevado prejuízo à empresa locadora. Além disso, é de conhecimento geral que os veículos inseridos de forma ilícita no Paraguai servem como instrumentos de transporte para que as drogas cheguem em nosso país, situação que certamente aumenta a gravidade do delito supostamente perpetrado.

Segundo orientação do STJ, a gravidade concreta da conduta demonstrada pelo *modus operandi* é justificativa idônea para a manutenção da custódia para garantir a ordem pública. Confira-se:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – TESE DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – VIA ELEITA INADEQUADA – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA – MODUS OPERANDI E REITERAÇÃO DELITIVA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO PACIENTE – SEM RELEVÂNCIA PARA AFASTAR A PRISÃO PREVENTIVA QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS DA PRISÃO CAUTELAR – APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. *“No procedimento do habeas corpus não se permite a produção de provas, destinando-se ao exame de ilegalidades aferíveis de plano, assim não se tornando possível o pretendido enfrentamento de provas da materialidade e autoria delitiva” (HC 444.142/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/08/2018).*

2. *No caso, as instâncias ordinárias justificaram de forma fundamentada a necessidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, mormente diante da gravidade concreta do crime e do modus operandi da prática delitiva, em que várias vítimas foram ludibriadas a depositarem valores altos em dinheiro na conta bancária do Recorrente, além do fato de a empreitada criminoso ter perdurado por cerca de um ano, em reiteração delitiva.*

3. *A presença de condições pessoais favoráveis do agente, 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.*

4. *Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 12.403/2011. Precedente.*

5. *Recurso ordinário conhecido, em parte, e, nessa extensão, desprovido.” (RHC 104.885/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 19/12/2018)*

Outrossim, as condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, não autorizam a revogação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória condicionada às medidas cautelares do art. 319 do CPP, quando estiverem presentes os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva dispostos no art. 312 do CPF.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

O Sr. Juiz Waldir Marques (1º vogal)

Acompanho e. Relator para denegar a ordem do presente *habeas corpus*, uma vez que infere-se dos autos que o paciente teve decretada a preventiva, após a prisão em flagrante, pela suposta prática do crime de estelionato e comunicação falsa de crime, de modo que impossibilita a suspensão condicional do processo, fato esse que diverge dos Autos de nº 1403846-69.2019.8.12.0000.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º vogal)

Acompanho o e. Relator para denegar a ordem de *habeas corpus*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram unânime, com considerações do 1º vogal. Decisão com o parecer.

Houve sustentação oral proferida pelo advogado Austrio Ruberson Prudente Santos OAB MS nº 9164.

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, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

2ª Câmara Criminal

Agravo de Execução Penal nº 0000495-59.2019.8.12.0037 - Itaporã

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – IMPOSIÇÃO DE PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE CUMULADA COM O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME ABERTO – *BIS IN IDEM* – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ENUNCIADO 493 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ – RECURSO PROVIDO.

Embora o art. 115 da Lei de Execuções Penais permita o estabelecimento de condições especiais para a concessão do regime aberto, não é possível a cumulação de penas restritivas de direito com privativas de liberdade, sob pena de se admitir dupla punição não prevista em lei.

As penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, o que permite concluir não serem destinadas a complementar formato punitivo próprio de regime de cumprimento de pena, muito menos servir como condicionante à concessão do regime aberto.

Consequentemente, impor ao condenado o cumprimento de prestação de serviços à comunidade em adição às regras inerentes ao regime aberto, sob qualquer justificativa, implica em inadmissível *bis in idem*.

Recurso provido.

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 ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de maio de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de agravo em execução interposto por Fábio Jonis Marques Ribeiro, representado pela Defensoria Pública Estadual, contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã que, para o cumprimento de pena no regime aberto, determinou ao condenado o comparecimento diário na Delegacia de Polícia para assinar folha de presença, bem como a prestação de serviços à comunidade na Secretaria Municipal de Obras.

Em suas razões, pede a reforma da decisão que estabeleceu condições para cumprimento de pena em regime aberto, com exclusão da prestação de serviços à comunidade.

A decisão foi mantida em sede de juízo de retratação (f. 30).

Contrarrazões pelo provimento do recurso (f. 34-39).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do agravo (f. 49-52).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de agravo em execução interposto por Fábio Jonis Marques Ribeiro, representado pela Defensoria Pública Estadual, contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã que, para o cumprimento de pena no regime aberto, determinou ao condenado o comparecimento diário na Delegacia de Polícia para assinar folha de presença, bem como a prestação de serviços à comunidade na Secretaria Municipal de Obras.

Em suas razões, pede a reforma da decisão que estabeleceu condições para cumprimento de pena em regime aberto, com exclusão da prestação de serviços à comunidade.

A decisão foi mantida em sede de juízo de retratação (f. 30).

Contrarrazões pelo provimento do recurso (f. 34-39).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do agravo (f. 49-52).

Passo ao exame da matéria.

O recorrido foi condenado à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Ao argumento de haveria superlotação carcerária na comarca de Itaporã, o juízo de primeira instância determinou que ao invés de pernoitar na Delegacia de Polícia de Itaporã o agravante deveria comparecer diariamente a esse local para assinar folha de presença, bem como para prestar serviços à comunidade na Secretaria de Obras do Município.

Irresignado, o recorrente afirma que cumular pena restritiva de direitos com a execução de pena em regime aberto implica em descabido *bis in idem*.

Assiste-lhe razão.

Embora o art. 115 da Lei de Execuções Penais permita o estabelecimento de condições especiais para a concessão do regime aberto, não é possível a cumulação de penas restritivas de direito com privativas de liberdade, sob pena de se admitir dupla punição não prevista em lei.

As penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, o que permite concluir não serem destinadas a complementar formato punitivo próprio de regime de cumprimento de pena, muito menos servir como condicionante à concessão do regime aberto.

Conseqüentemente, impor ao condenado o cumprimento de prestação de serviços à comunidade em adição às regras inerentes ao regime aberto, sob qualquer justificativa, implica em inadmissível *bis in idem*.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, já havia fixado entendimento nesse sentido ao estabelecer que:

“(...) é lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável bis in idem, importando na aplicação de dúplice sanção” (REsp 1107314/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 05/10/2011).

Essa posição, vale dizer, consta da Súmula de Jurisprudência dessa mesma Corte Superior com a seguinte redação:

“Enunciado nº 493 - É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto”.

Diante disso, considerada a impossibilidade de se cumular pena privativa de liberdade com restritivas de direitos, merece acolhida a tese de reforma.

Em face do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso para reformar a decisão que estabeleceu condições especiais para cumprimento da pena em regime aberto, com exclusão da pena de prestação de serviços à comunidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram 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, 21 de maio de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0005897-15.2018.8.12.0019 - Ponta Porã

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO SIMPLES – DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA PARA A FORMA TENTADA – INCABÍVEL – ADOÇÃO DA TEORIA DA *APPREHENSIO* OU *AMOTIO* – PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 582 DO STJ – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE DEMANDAM VALORAÇÃO COM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PENA – PENA REDIMENSIONADA – REGIME DE PENA MAIS BRANDO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 269 DO STJ – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O delito de furto, assim como o de roubo, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem;

O Código Penal não estabelece contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que para tanto deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena. Assim, em sendo a hipótese da pena inicial aplicada sem fundamentação idônea, ou em desrespeito aos aludidos princípios, impositiva a redução nos limites aceitos na jurisprudência;

Conforme teor da Súmula 269, do STJ, a imposição de regime semiaberto, mesmo para o caso de réu reincidente, dependerá do fato de todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, serem favoráveis e, a pena aplicada ser inferior a quatro anos;

Recurso parcialmente provido, em parte 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, dar parcial provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Daniel Paez Portillo, contra sentença de f. 134-135 que, o condenou como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, cominando a pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

Pelas razões de f. 153-164, pretende: 1. a redução da pena-base com decote das circunstâncias relativas a culpabilidade e circunstâncias do crime, por ausência de devida fundamentação e afronta aos princípios da proporcionalidade e individualização; 2. o reconhecimento da causa de diminuição de pena da tentativa; e 3. pelo abrandamento do regime prisional. Prequestionou os dispositivos indicados em sua manifestação.

O Ministério Público em contrarrazões de f. 169-182, pugnou pelo desprovimento do recurso, prequestionando a matéria elencada.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de 192-198, opinou pelo parcial provimento do recurso, para redimensionar a pena-base e abrandar o regime prisional.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Daniel Paez Portillo, contra sentença de f. 134-135 que, o condenou como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, cominando a pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

Pelas razões de f. 153-164, pretende: a redução da pena-base com decote das circunstâncias relativas a culpabilidade e circunstâncias do crime, por ausência de devida fundamentação e afronta aos princípios da proporcionalidade e individualização; o reconhecimento da causa de diminuição de pena da tentativa; e pelo abrandamento do regime prisional. Prequestionou os dispositivos indicados em sua manifestação.

O Ministério Público em contrarrazões de f. 169-182, pugnou pelo desprovimento do recurso, prequestionando a matéria elencada.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de 192-198, opinou pelo parcial provimento do recurso, para redimensionar a pena-base e abrandar o regime prisional.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da desclassificação delitiva, verifico descabido o pleito para que reconheça a figura do delito tentado, eis que presentes, no caso em comento, as elementares do tipo penal referente da forma consumada do crime, tendo em vista que o apelante não só exigiu das vítimas (Marcella e Claudiana), mediante grave ameaça com um simulacro de arma de fogo, a entrega da *res furtiva*, como também, em posse de tais bens subtraídos, empreendeu fuga da localidade, a pé, momento em que as ofendidas gritavam por socorro, vindo o réu a ser capturado por populares logo a frente.

Nesse sentido, o caso amolda-se de fato ao tipo penal imputado ao recorrente, que vai ao encontro do entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, em que a luz da teoria da *amotio* ou *apprehensio*, considera-se consumado o delito de roubo, tal como o de furto, no momento da inversão da posse, ainda que esta não seja mansa e pacífica ou que haja perseguição do agente, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

A propósito, nessa linha o STJ editou a súmula 582, pela qual:

“(...) Consoma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada ”.

Em mesmo sentido, os seguintes precedentes:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – FURTO – MOMENTO DE CONSUMAÇÃO – INVERSÃO DA POSSE – DESNECESSIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. O delito de furto, assim como o de roubo, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da amotio ou apprehensio. 3. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 375.750/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 17/11/2016, DJe 28/11/2016)

“RECURSO ESPECIAL – CRIME DE ROUBO – CONSUMAÇÃO – TEORIA DA APPREHENSIO – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.499.050/RJ – SÚMULA N. 582 – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – IRRELEVÂNCIA. 1. O Tribunal de origem absolveu o réu, por reconhecer o arrependimento eficaz do agente, após a consumação do crime de roubo, com o emprego de grave ameaça. 2. A jurisprudência deste Sodalício se firmou no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.499.050/RJ, pela Terceira Seção, no sentido que deve ser adotada a teoria da apprehensio ou amotio no que se refere à consumação do delito de roubo, que ocorre no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva, ainda que a posse não seja de forma mansa e pacífica, não sendo necessário que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. 3. Enunciado nº 582 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça: “Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada”. 4. Recurso Especial provido.” (STJ, REsp. 1.704.976-SO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 18/09/2018, DJe 26/09/2018)

Dessarte, não merece acolhimento o inconformismo do recorrente.

Da pena-base, observo da situação que o juiz singular ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, elevou a pena-base ao *quantum* de 06 anos de reclusão e 100 dias-multa, tendo em conta como negativos os seguintes vetores:

“(...) culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, ou intensidade do dolo, foi severa pois ele atemorizou as vítimas mais do que o mínimo necessário, apontando a arma para a cabeça da dona do salão (aumento de 01 ano); (...) as circunstâncias foram especialmente graves, pois não se deteve mesmo ao saber que no local havia além de mulheres, uma adolescente de 12 anos e uma criança de colo (aumento de 01 ano).”

Quanto a culpabilidade, refere-se à censurabilidade e intensidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação ou omissão, e se o agente tinha condições de agir de outra forma no momento do crime, de modo a influir a melhor adequação da pena, ante a existência de elementos a identificar o ato sobrelevado.

In casu, entendo que a fundamentação utilizada pela sentença para valoração de tal moduladora, não encontra sustento nos elementos de prova dispostos nos autos, já que a própria vítima, em ambas oportunidades que foi ouvida (f. 10-11 e 102-103), apenas expôs que teve uma arma apontada na sua direção, e nada no sentido de que diretamente a sua cabeça, declarando que ficou tranquila durante toda a ação, até porque, percebeu tratar-se de “*uma arma de brinquedo*”.

Como se vê, tal acréscimo há que ser afastado, pois não se verifica a exacerbada culpabilidade do agente pelo emprego de simulacro de arma de fogo, o qual se circunscreve a caracterizar a grave ameaça, que já provoca temor na pessoa ofendida e constitui elementar do delito de roubo. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “*O emprego de arma de fogo incapaz de efetuar disparos somente se presta a caracterizar a elementar da grave ameaça, necessária à configuração do crime de roubo (...).*” (STJ, 5ª T., HC 241475/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/05/2013).

Logo, decoto o vetor.

Em relação a circunstâncias do crime, inclui-se todos os elementos periféricos ao fato, como a forma de agir, o estado anímico, o objeto empregado, as condições de tempo e local, a duração da conduta, dentre outros, que indiquem maior censurabilidade da ação, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal.

Na situação dos autos, evidente a necessidade de exasperação da pena com base nesse vetorial, visto não ser possível desmerecer a especial gravidade da conduta ameaçadora empregada contra a vítima, com reflexos noutras mulheres e duas crianças, dentre as quais, uma inclusive de colo, todas presentes no recito de frequência pública (salão de beleza).

Desse modo, mantenho negativo tal moduladora.

Nesse contexto, mantida ao menos uma circunstância que já imprime maior censura a conduta do réu, em contrapartida, considero que o valor atribuído pelo juiz primevo a cada vetor nas reprimendas corpórea e pecuniária, encontra-se em descompasso e inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da pena, razão pela qual devem refletir em maior redução da pena.

Assim, partindo-se do preceito primário da pena em abstrato prevista ao delito imputado ao apelante (art. 157, *caput*, do CP – Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa), passo a redimensioná-las com atenção aos referidos princípios.

Na 1ª fase, restando valorada apenas as circunstâncias do crime, fixo a pena em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Na 2ª fase, inexistindo agravantes, mas presente a atenuante da confissão, reduzo a pena ao seu mínimo legal, em observância aos limites aludidos na súmula 231, do STJ, pena a qual, à míngua de outras modificadoras na 3ª fase, torno em definitivo de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Do regime prisional, pretende a defesa o abrandamento da medida imposta, argumentando que os fundamentos invocados pela sentença seriam inidôneos, além de incorrem em *bis in idem*, o que não permitam fixação de regime mais gravoso.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deverá haver uma análise conjunta entre a primariedade do condenado, a quantidade da pena aplicada e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, conforme disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do estatuto repressivo.

Assim, o condenado reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias judiciais, assim indicado na súmula 269, do STJ. Confira-se: *“É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”*.

Neste sentido cito os julgados abaixo da referida Corte:

“(...) 3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente. 4. Writ não conhecido.” (HC 287.861/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª T., Dje de 15/5/2014)

“Tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste writ, em 03 anos e 06 meses de reclusão.” (HC 215.095/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., Dje de 28/2/2014)

No caso dos autos, em que pese a pena reste estabelecida em quatro anos, e não haja o reconhecimento da reincidência, restou desfavorável ao menos uma circunstância judicial em demérito do réu, o que já se adequa à previsão do artigo 33, § 3º, do CP e a jurisprudência pacífica destacada, permitindo a imposição de regime mais rigoroso, ainda que os argumentos trazidos pelo juiz singular sejam discutíveis.

Portanto, rejeita-se a pretensão, mantendo-se o regime fechado tal como fixado.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescinde de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Daniel Paez Portillo, a fim de reduzir a pena ao final estabelecida em 04 (quatro) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 10 (dez) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do art. 157, caput, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram parcial 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, 28 de maio de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0024986-78.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – RECEPÇÃO (ART. 180, *CAPUT*, DO CP.) PRELIMINAR DE ILICITUDE DA PROVA – GUARDA MUNICIPAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – NULIDADE NÃO VERIFICADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO – IMPROCEDENTE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A DEMONSTRAR A PRÁTICA DELITUOSA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – MODULADORAS VALORADAS INIDONEAMENTE – PENA-BASE REDIMENSIONADA – REGIME ALTERADO PARA O SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO INSUFICIENTE – DETRAÇÃO A SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. *In casu*, o apelante se encontrava em flagrante delito, de modo que a abordagem e a prisão realizada pela Guarda Municipal, a quem cabe o dever de atuar em caráter secundário na pacificação social, prevenção e inibição à prática de delitos, não se mostram eivadas de qualquer ilegalidade;

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 os objetos apreendidos eram produtos de crime;

O princípio da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exigem que cada uma das circunstâncias judiciais a que alude o art. 59, do CP, sejam analisadas pelo juiz mediante fundamentação idônea, à luz de elementos concretos extraídos dos autos, devendo as reprimendas corpóreas e pecuniárias, respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

Diante da pena definida fixada em patamar inferior a 04 anos, mas pesando em seu desfavor circunstâncias judiciais acentuadamente desabonadoras, desponta possível a fixação do regime inicial semiaberto, *ex vi* do art. 33, par. 3º, do Código Penal;

Se a valoração das circunstâncias judiciais evidencia que a aplicação de penas alternativas resulta em medida insuficiente para o alcance das finalidades da pena, impossível torna-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inc. III, do Código Penal;

Questões relacionadas à detração penal, consideradas as peculiaridades do caso, deverão ser submetidas ao juízo das execuções, considerado que está munido de todas as informações necessárias à efetivação desse direito do condenado;

Recurso a que, em parte 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, dar parcial provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação interposta por Weliton Silva Lopes objetivando a reforma da sentença de f. 133-138, que julgou procedente a denúncia e o condenou pela prática do delito previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 150 dias-multa.

Em razões recursais, f. 155-168, requer, preliminarmente, a absolvição em razão da ilegalidade das provas trazidas aos autos, no mérito, pugna pela absolvição pela atipicidade da sua conduta, subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal e aplicação do regime de pena menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa dos dispositivos elencados em sua manifestação.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer (f. 172-188 e 195-208), pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Weliton Silva Lopes objetivando a reforma da sentença de f. 133-138, que julgou procedente a denúncia e o condenou pela prática do delito previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 150 dias-multa.

Em razões recursais, f. 155-168, requer, preliminarmente, a absolvição em razão da ilegalidade das provas trazidas aos autos, no mérito, pugna pela absolvição pela atipicidade da sua conduta, subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal e aplicação do regime de pena menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa dos dispositivos elencados em sua manifestação.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer (f. 172-188 e 195-208), pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Consta na denúncia que:

“(...) no dia 25 de junho de 2018, nesta cidade, o denunciado Weliton Silva Lopes adquiriu em proveito próprio, coisas que sabia serem produtos de crime, sendo 01 (um) televisão de 32 polegadas, da marca Sony; 01 (um) aparelho de DVD da Marca Suzuki; 01 (uma) mala; 03 (três) aparelhos celulares; 01 (um) barbeador elétrico, da marca Philips; 01 (uma) máquina de cortar cabelos, da marca Britânia; 01 (um) ferro de passar roupas, da marca Philco; 01 (uma) chapinha para cabelo, da marca Gama e 07 (sete) peças de roupas, objetos estes que pertenciam a vítima Eliete Maria Aparecida de Castro Araújo, e foram subtraídas da sua residência no dia 25 de junho de 2018.

Apurou-se que a vítima saiu de sua residência, localizada na Rua Monte Serrat, nº 322, no Jardim Monte Vidéu, nesta Cidade, e quando retornou notou que o portão de entrada havia sido arrombado e constatou que foram subtraídos vários objetos, ato contínuo acionou a polícia.

No dia em que ocorreu o furto na residência da vítima, guardas municipais estavam realizando rondas na 'Praça do Leão', quando avistaram três pessoas em atitudes suspeitas, sendo um deles o denunciado, que estava em posse de todos os bens furtados da residência da vítima, e ao ser questionado sobre os objetos, o denunciado disse que adquiriu de uma pessoa. (...).”

Ao final da instrução, o apelante restou condenado a 02 anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 150 dias-multa, pela prática do crime de receptação (art. 180, *caput*, do CP).

Sustenta a defesa, como preliminar de nulidade, que a prisão em flagrante foi ilícita e a situação acima narrada não autorizava os Guardas Municipais a prender o Apelante, ou seja, não havia naquele momento qualquer circunstância capaz de fundamentar a suspeita da prática de crime, bem como os guardas municipais são agentes não revestidos das atribuições legais de abordagem. Argumenta ainda que a função da guarda municipal é de colaboração apenas, e não de caráter ostensiva e/ou preventiva, cujas atribuições são inerentes e de competência da polícia militar. Requer, assim, a declaração de nulidade de todos os atos processuais derivados.

Sem razão o apelante.

Da análise dos autos, constata-se que as provas colhidas decorreram de que no dia dos fatos os guardas municipais estavam realizando rondas na “Praça do Leão”, local conhecido pelo tráfico de drogas, sendo que avistaram três pessoas em atitudes suspeitas e após a abordagem e, conseqüentemente, na posterior revista que resultou na apreensão dos objetos furtados em poder do apelante, panorama que de forma alguma redundou em contaminação de provas.

Oportuno salientar ainda, nesse aspecto, o contido nas contrarrazões da acusação (f. 172-188):

“(…) Primeiramente cumpre esclarecer que existia sim, no momento da abordagem, elementos que indicassem a prática criminosa, especialmente porque, como dito em Juízo pelos guardas municipais Patrick e Adriano, o apelante estava em um local conhecido pela venda de drogas com diversos objetos entre eles uma televisão, em meio a uma praça pública, sendo que certamente gerou desconfiança das autoridades.

Por outro lado, não existem dúvidas no ordenamento jurídico e no entendimento jurisprudencial pátrio, que o crime de receptação é um crime de caráter permanente, portanto, sendo verificada a origem ilícita dos objetos, correta é a prisão em flagrante do autor. (...)”

Dito isso, no caso concreto, o apelante se encontrava em flagrante delito, de modo que a abordagem e a prisão realizadas pela Guarda Municipal, a quem cabe o dever de atuar em caráter secundário na pacificação social, prevenção e inibição à prática de delitos, não se mostram evadidas de qualquer ilegalidade. O STJ pacificou entendimento nesse sentido:

“PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – GUARDA MUNICIPAL – POSSIBILIDADE – ART. 301 DO CPP – INTELIGÊNCIA – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Qualquer um do povo pode prender quem se encontre em flagrante delito, não obstante a atribuição da Guarda Municipal atribuída pela Constituição (ex vi do art. 144, § 8º, da CRFB/1988), máxime em se tratando do crime de tráfico de drogas - núcleo trazer consigo -, de jaez permanente, o que justifica o estado de flagrância em que se encontrava o agravante, revelando a legalidade da hipótese dos autos. Inteligência do art. 301 do CPP. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ; AgRg-HC 446.377; Proc. 2018/0091243-4; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 14/08/2018; DJE 29/08/2018; Pág. 1313)

Ademais, a qualquer cidadão, agente público ou não, é conferida a legitimidade para agir no sentido de coibir a prática de qualquer crime que esteja sendo praticado. E os guardas municipais, agentes públicos que são, não só podem, mas devem agir em tal situação.

Nessa linha, esta E. Corte, em recentes julgados, assim decidiu:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE – AFASTADA – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO – INCABÍVEL – FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO – SEMIABERTO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – INVIÁVEL – RECURSO DESPROVIDO, COM O PARECER. Não há falar em nulidade da prisão em flagrante, por esta ter sido realizada por guardas municipais, uma vez que estes têm como função subsidiária, a defesa da população local e da paz social, em atividade típica de segurança pública, compreendida na repressão de atos criminosos, nos termos da Lei nº 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Não há falar em absolvição do apelante por insuficiência de provas, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são consistentes no sentido de ensejar a manutenção da condenação. Não preenchendo a apelante todos os requisitos previstos no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como o afastamento da hediondez do delito, uma vez que esta só é permitida na figura privilegiada do delito de tráfico. Em atendimento ao artigo 33, § 2º, “b” do Código Penal o regime semiaberto deve ser mantido. Em observância aos parâmetros estabelecidos pelo artigo 44 do Código Penal, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (TJMS. Apelação nº 0035645-88.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 07/03/2019, p: 11/03/2019)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – ILICITUDE DA PROVA – ABORDAGEM E APREENSÃO REALIZADA PELA GUARDA MUNICIPAL – DEVER DE VIGILÂNCIA E PREVENÇÃO À INFRAÇÃO PENAL – PRELIMINAR REJEITADA – ART. 33, DA LEI 11.343/06 – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – DEPOIMENTO DOS AGENTES MUNICIPAIS – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155 DO CPP – CONDENAÇÃO MANTIDA. ART. 35, DA LEI 11.343/2006 – ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – ANIMUS ASSOCIATIVO – CARÁTER ESTÁVEL E DURADOURO – AUSÊNCIA – REUNIÃO OCASIONAL – ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – FICHA CRIMINAL QUE NÃO CARACTERIZA REINCIDÊNCIA NEM MAUS ANTECEDENTES – BENEFÍCIO NEGADO – PENA-BASE – ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME INADEQUADAMENTE VALORADOS – REPRIMENDA REDUZIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A guarda municipal, em apoio à guarda estadual e federal, deve zelar pela pacificação social, prevenção e inibição à prática de ilícitos penais, mesmo que em caráter secundário. II - 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. III - A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial. Depoimentos dos agentes municipais responsáveis pela abordagem, mantendo coerência com depoimento de policial e com demais circunstâncias existentes nos autos, são aptos a justificar decreto condenatório IV - O crime de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, não se confunde com o mero concurso de agentes para a prática de ato eventual (reunião ocasional de duas ou mais pessoas), pois sua configuração exige o animus associativo, a vontade de associar-se, que é o elemento subjetivo do tipo, caracterizado pela intenção associativa, de caráter estável e duradouro. Ausente prova segura do vínculo associativo estável e duradouro entre os agentes, impõe-se a conclusão no sentido de que o episódio descrito pela denúncia caracteriza apenas um concurso de agentes, eventual e transitório, o que está longe de configurar o crime de associação para o tráfico, previsto pelo artigo 35, da Lei nº 11.343/06. V - Os registros criminais impróprios para configurar reincidência e desqualificar a moduladora dos antecedentes penais são aptos para fins de verificação da dedicação a atividades criminosas, possibilitando o afastamento do privilégio estipulado

pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. VI - Reduz-se a pena-base quando emprega-se fundamentos impróprios para formar juízo negativo dos antecedentes criminais, da conduta social, personalidade e motivos do crime. VII - Recurso a que, contra o parecer, dá-se parcial provimento. (TJMS. Apelação nº 0014266-52.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 22/02/2019, p: 26/02/2019)

Por tais razões, rejeito a preliminar arguida.

Passo, então, à análise do mérito do recurso.

Conforme anteriormente relatado, pugna o apelante pela absolvição, sob o argumento de que as provas produzidas durante a instrução criminal não demonstraram o dolo específico em adquirir objetos provenientes de crime.

De início, é de suma importância ponderar que o crime de receptação necessita a averiguação do elemento subjetivo do delito, deste modo, torna-se fundamental o conhecimento anterior a posse, da origem ilícita do bem, sendo sopesada a conduta do agente, bem como as circunstâncias que envolvem o evento delituoso.

Nesse sentido, dispõe o diploma repressor:

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 apreensão (f. 33), auto de avaliação (f. 32), auto de entrega (f. 36-37), e, prova testemunhal (f. 86).

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 tanto em fase inquisitiva e em Juízo, tentando eximir-se de sua responsabilidade, sua versão resta isolada no contexto da instrução processual.

Em fase inquisitiva, o apelante prestou declarações vagas:

“(...) estava numa praça, denominada Praça do Leão, ao que os Guardas Municipais abordaram o interrogando e na posse deste estavam diversos objetos; que, os Guardas Municipais indagaram sobre a origem dos objetos, ao que o interrogando disse que os objetos eram de sua propriedade. (...) que, afirma que comprou tais objetos há aproximadamente dois meses atrás, não recordando qual a quantia que pagou em tais objetos e nem de quem comprou tais objetos; (...)”

Em juízo (f. 86) indagado acerca dos fatos, afirma que:

“(...) Juiz: Você comprou esses objetos ou não?”

Apelante: Eu comprei, senhor, juro por Deus que está no céu, eu comprei.

Juiz: Sabia que era produto furtado?”

Apelante: Não.

(...) Apelante: (...) aí ele vendeu, eu passei no dinheiro pra ele, R\$ 550,00 reais e ele foi embora.(...)”

Deste modo, depreende-se que o réu de fato estava na posse da *res furtiva*, como corroborado pelo próprio nas oportunidades em que foi ouvido, tal ponto é incontestado, todavia, a alegação defensiva parte da suposta ausência de conhecimento da origem espúria dos bens supramencionados.

É sabido que nos crimes de receptação na figura dolosa, é árduo o trabalho de obter provas da ciência do agente quanto a procedência criminosa do bem adquirido, em face de sua complexa subjetividade. Por este fato, torna-se de suma importância averiguar todas as circunstâncias fáticas que apresentam-se no episódio delituoso, no afã de apurar os elementos subjetivos capazes de indicar a existência de dolo por parte do agente na receptação, que inicia-se pela posse do bem subtraído em crime antecedente.

No entanto, o dolo exigido demonstra-se pelas circunstâncias que envolvem o fato. No caso em análise, o conjunto probatório evidenciou de modo clarividente que o réu tinha conhecimento da origem ilícita dos objetos apreendidos, sendo descabido falar em absolvição.

Dessarte, a singela negativa de conhecimento da ilicitude do bem apossado, tentando eximir-se da responsabilidade pelo delito, resta isolada do conjunto probatório.

E ainda, conforme bem salientado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça às f. 198-204, a qual, acolho como razões de decidir:

“(...) Destaca-se, do depoimento prestado administrativamente pelo apelante que este sequer rememora o nome da pessoa de quem adquiriu tais bens, o que evidencia a origem ilícita dos bens, que foram furtados e o autor do crime, para se livrar dos produtos de maneira ágil, ofereceu ao apelante sem sequer informar seu nome a fim de obstar eventual e futuro reconhecimento.

O apelante possui diversos registros de crimes contra o patrimônio, não se trata de pessoa ingênua, ao contrário, trata-se de pessoa astuta que viu na hipótese a possibilidade de lucrar facilmente.

A alegação de desconhecimento da origem dos produtos por si adquiridos é de interesse defensivo, invertendo-se o ônus probatório, conforme previsão do art. 156 do Código de Processo Penal. Contudo, a defesa não produziu nenhuma prova que esteie a versão apresentada, não apresentou nota fiscal, não arrolou como testemunha a pessoa de quem o apelante obteve os produtos, pauta o pleito defensivo apenas na negativa do apelante. (...)”

Dito isso, apesar da alegação defensiva de que o réu não possuía conhecimento da origem ilícita dos objetos, as circunstâncias do fato demonstram que ele tinha plena consciência da origem criminosa do bem. Nesse sentido, colacionado entendimento deste e. Tribunal:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPÇÃO – ROUBO – APELANTE CLEYTON – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENAS-BASE – REDUÇÃO – ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS – RECONHECIMENTO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Ainda que, em juízo, o apelante tenha alegado que desconhecia a origem ilícita do aparelho celular, o conjunto probatório presente nos autos aponta na direção contrária, motivo pelo qual seu argumento não merece prosperar. Assim, não há que se falar em absolvição, já que a mera palavra do apelante em juízo, quando genérica e em contrariedade com as provas colimadas nos autos, não é razão bastante para afastar a tipicidade. A valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 deve pautar-se nas particularidades do caso, não bastando, por isso, meras menções genéricas para pesá-las em desfavor do condenado. Tendo em vista que os apelantes foram representados pela Defensoria Pública durante todo o processo, o que demonstra hipossuficiência financeira, acato o pleito de isenção de custas processuais. Recursos parcialmente providos. (TJMS. Apelação nº 0015586-45.2015.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a):Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 01/08/2016, p: 24/08/2016)

Portanto, no caso em comento, não se trata de presunção de dolo do acusado, mas em verdade, da avaliação do conjunto probatório carreado, comprovando a materialidade, a autoria e a ciência inequívoca do apelante quanto a procedência ilegal do bem surrubiado.

Nesse cenário, em que pese as irresignações defensivas, o interrogatório, os depoimentos, bem como os demais elementos de prova produzidos durante a instrução criminal, são suficientes para corroborar a autoria delitiva e o dolo do apelante em receptor os objetos apreendidos, dado que analisando os autos verifica-se que elemento subjetivo do delito resta preenchido pela análise das circunstâncias que circundam o fato.

Assim sendo, não prospera o pedido absolutório formulado pela defesa, devendo ser mantido o édito condenatório do *caput* do art. 180 do CP.

Em prosseguimento, sustenta a defesa do réu, que a pena-base merece ser reduzida não só pelo fato da desproporcionalidade, mas também, alegando fundamentação inidônea das moduladoras dos antecedentes, da conduta social, personalidade, motivos e consequências do crime. De outro viés, a redução da pena de multa, em razão da proporcionalidade entre penas.

Assiste razão em parte. Vejamos:

Como cediço na doutrina e jurisprudência, a exasperação da pena deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena, não estabelecendo o Código Penal nas primeiras fases do sistema trifásico, contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que apenas deve guiar-se pelos aludidos princípios.

De tal forma, cabe ao magistrado, mais próximas dos fatos, das provas e das pessoas, respeitando referidas balizas, examinar com acuidade todos esses elementos e aplicar, fundamentadamente, a reprimenda que seja necessária e suficiente para a reprovação do crime.

In casu, constou da sentença os seguintes fundamentos das circunstâncias valoradas em demérito do réu (f. 133-138):

“(...) 1. Passo a dosar a pena do acusado.

A sua culpabilidade é normal a espécie; os antecedentes não são bons, posto que sua vida pregressa registra incursões policiais, processos, condenação criminal, e, execução penal; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que 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 acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e evidencia a insensibilidade moral para com a vítima do furto, face ao potencial lesivo da conduta; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, posto que não trabalha honestamente para custear a sua subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem; que as circunstâncias são graves, posto que a conduta delitiva foi praticada durante o cumprimento de pena em execução penal, da qual estava foragido (autos 0016926-19.2018 - 2ª Vara de Execução penal); que as consequências são graves, pois, além dos danos patrimoniais causados a vítima do furto (resultado - elemento do tipo) a ação do acusado causa danos e sequelas irreversíveis a sociedade como um todo, pois de conhecimento geral as mazelas causadas pelo comércio de bens ilícitos (resultado - não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito.

Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu em 02 (dois) anos de reclusão e pena de multa 150 (cento e cinquenta) dias-multa. (...)”.

Dito isso, como bem se pode observar, o magistrado sentenciante fixou a pena-base em 02 anos de reclusão e 150 dias-multa, o fazendo com base na valoração negativa dos antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências.

Após detida análise das razões ventiladas pelo juiz sentenciante e, confrontando-as à luz das peculiaridades do caso, é possível concluir que a pena-base do apelante não foi devidamente individualizada.

Os antecedentes criminais, como é cediço, decorrem de condenações penais transitadas em julgado por crimes praticados antes do delito em apuração.

O enunciado 444 da Sumula do e. Superior Tribunal de Justiça é expresso e impossibilita justamente que “*incursões policiais, processos (...), além de ato infracional praticado durante a adolescência*” sejam considerados para a quantificação da pena-base, conforme segue: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”.

Dessa forma, a valoração negativa da referida moduladora deve ser mantida, pois a certidão judicial de f. 105-106 realmente consigna registro de condenação definitiva por crime anterior.

Relativo a conduta social corresponde ao comportamento do agente perante a sociedade, sendo que, sua valoração pressupõe a existência de dados concretos descritos ou documentos, os quais não podem ser confundidos com os antecedentes e com as circunstâncias do fato analisado, que são objeto de valoração noutra esfera, a não ser no campo de múltiplas condenações relativas a fatos anteriores.

Desse modo, indevida a sua valoração, com base nos elementos apontados pela sentença, visto que genéricos, e sem base de sustento dispostas nos autos, além de desalinhado com o entendimento jurisprudencial consagrado, conforme seguinte julgado deste Tribunal. Vejamos:

“Ademais, inexistindo nos autos qualquer evidência capaz de autorizar a conclusão no sentido de que o réu seja visto com ressalvas pelo corpo social em razão de não possuir trabalho ou por ter deixado de concluir seus estudos, descabe valorar negativamente a moduladora da conduta social.” (TJMS, Apelação nº 0001677-98.2013.8.12.0002 – Dourados, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, 3ª Câmara Criminal, j. 27/11/2014)

Assim, afastada sua valoração negativa.

Sobre a personalidade, a luz da jurisprudência deve ser considerada como: “*agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito*” (STJ, HC 89321/MS, Dje 06/04/2009). Inexistindo esses elementos, outros tais como a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, possibilitará sua aferição (STJ, HC 324443/SP, j.18/08/2015).

Contudo, não é o que se vê da fundamentação declinada pelo juiz primevo, porquanto em descompasso ao aludidos julgados, merecendo ser expurgada.

Os motivos são relacionados as razões de ordem subjetiva que levaram à prática do delito. Somente aqueles que extrapolem o previsto no próprio tipo penal, e que não caracterizem circunstâncias atenuantes ou agravantes, é que devem ser considerados.

Dessa forma, o fundamento de que a falta de comprovação de trabalho lícito ou o exercício de atos de forma oportunista, seriam aptos a elevar a pena inicial, não são amparados pela jurisprudência. Nesse sentido:

“Acerca dos motivos do crime, também não é suficiente a alusão à “obtenção de vantagem ilícita sem o sacrifício do trabalho” ou o caráter egoístico do delito. A busca por lucro fácil é inerente ao crime de tráfico de drogas, motivo pelo qual não há, no caso em tela, qualquer motivo que fuja aos padrões do crime de tráfico para elevar a reprovabilidade da conduta.” (TJMS. APL 0003414-84.2015.8.12.0029; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; j. 20/06/2016)

Assim, resta decotada.

Sobre as circunstâncias do crime inclui-se todos os elementos periféricos ao fato, como a forma de agir, o estado anímico, o objeto empregado, as condições de tempo e local, a duração da conduta, dentre outros, que indiquem maior censurabilidade da ação, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal.

Do caso, entendo correto elevar a pena, ante a informação de que o réu praticou a conduta “*durante o cumprimento de pena em execução penal, da qual estava foragido (Autos 0016926-19.2018 - 2ª Vara de Execução Penal)*”, situação essa com respaldo na jurisprudência deste Sodalício. Destaco:

“Para negatizar as circunstâncias judiciais, a fundamentação deve ser calcada em fatos concretos, não se admitindo ilações e/ou abstrações.

Mantém-se a negatização da circunstância judicial “circunstância do delito”, pelo fato de ter o réu praticado crime quando estava foragido do sistema prisional, pois indica maior censurabilidade em sua conduta, eis que demonstra um desvalor do réu com relação ao Poder Público.” (TJMS, Revisão Criminal - Nº 1600243-09.2016.8.12.0000 - Campo Grande, Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago, 2ª Seção Criminal, j. 11/04/2018)

Portanto, mantenho sua valoração negativa.

Por fim, as consequências tratam-se dos efeitos (maior ou menor) provocadas na vítima, tanto de cunho material, quanto moral, incluindo aqui apenas aqueles fatos que não integram o tipo penal.

Também merece decotamento, pois a fundamentação lançada são abstrações do ponto de vista dos traumas causados, já que não explorado no processo.

Portanto, restando decotadas a conduta social, personalidade, motivos e consequências do crimes, necessário revisitação da pena corpórea, com consectário lógico a pena de multa, a qual deve guardar mesma linha, o que faço na ordem, respeitando a discricionariedade de que dispõe o magistrado ao fixar as penas, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a partir da pena em abstrato prevista ao delito imputado ao agente, na forma do art. 180, *caput* do CP.

Passo ao redimensionamento da pena:

Portanto, uma vez decotada as moduladoras da conduta social, personalidade, motivo e as consequências do crime e remanescendo negativadas os antecedentes e as circunstâncias, fixo a pena-base em 01 ano e 04 meses de reclusão e 14 dias-multa; na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravante, restando definitiva neste patamar ante a ausência de causas de diminuição/aumento de pena.

No que tange ao regime prisional, a defesa pugnou que em caso de reforma da sentença, haja a fixação do regime inicial mais brando. Sobre a matéria, assim manifesta-se a jurisprudência desta e. Corte de Justiça:

“(...) A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita nos termos do § 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, não sendo definida somente pela quantidade da pena aplicada. Assim, o regime inicial de cumprimento da pena não comporta modificação quando fixado com base nas circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal. (...)” (APL nº 2011.029404-1 – Órgão Julgador – 2ª Turma Criminal – Relator: Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgamento em 07/11/2011)

Dito isso, entendo que deve ser aplicado o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena, pois apesar do patamar da pena (01 ano e 04 meses) estar dentro da hipótese da alínea “c” do § 2º do art. 33 do CP, o apelante possui duas moduladoras negativas, as quais devem ser consideradas na fixação do regime de pena agravando-o, conforme estipulado no § 3º do mesmo art. 33 do CP.

Desse modo, considerando a pena privativa de liberdade e as circunstâncias judiciais avaliadas, tenho como adequada a fixação do regime inicial semiaberto.

Em relação ao pedido de substituição da pena, tendo em consideração a existência de antecedentes criminais e diante das desabonadoras circunstâncias do crime, resta inviável a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, eis que a medida não se revela suficiente, consoante inc. III do art. 44 do Código Penal.

Por fim, com relação ao pedido para que se proceda a detração pena, o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 12.736/2012, estabelece que o tempo de custódia cautelar deve ser considerado na definição do regime prisional fixado pela sentença condenatória, caso disponha das informações acerca do tempo de prisão cautelar a que se submeteu o réu.

No caso em análise, entendo que cabe ao Juízo das execuções aplicar a detração, observados os termos do dispositivo acima referido, considerado que está munido de todas as informações necessárias à efetivação desse direito do condenado.

Nos termos do precedente desta Câmara,

“(...) o tempo de prisão provisória deverá ser analisado para fins de detração na fase de execução da pena, mais ainda quando pertinente para fins de repressão e prevenção do delito praticado resta determinado o regime prisional fechado, considerando a presença de circunstâncias judiciais negativas” (TJMS. Apelação nº 0001095-06.2016.8.12.0031, Caarapó, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 23/03/2017, p: 29/03/2017).

Destarte, embora o direito do apelante à detração decorra da lei, relego a realização do cálculo e aplicação de eventuais benefícios ao juízo da execução penal.

Conclusão.

No que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias prequestionadas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base, restando a reprimenda final em 01 ano e 04 meses de reclusão e 14 dias-multa, bem como fixar o regime inicial semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram parcial 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, 28 de maio de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0000001-87.2015.8.12.0021 - Três Lagoas

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – DO RECURSO DE SUELI BENEDITA MARCIANO: APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA EM DOCUMENTO PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA EM DOCUMENTO PARTICULAR – PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE – TÍPICIDADE DA CONDUTA DEMONSTRADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O fato de a servidora, em determinado período, na condição de auxiliar de enfermagem da Secretaria de Estado de Saúde, assinalar comparecimento normal nas folhas de frequência quando na realidade estava ausente do local de trabalho, configura o crime de falsidade ideológica de documento público.

Constitui crime de falsidade ideológica em documento privado prestar informação falsa a respeito de sua carga horária, a fim de viabilizar contratação em outro cargo, em afronta à compatibilidade de horário exigida pela Constituição Federal.

Com o parecer. Recurso desprovido.

DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA EM DOCUMENTO PÚBLICO – CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71, DO CP) – CRITÉRIO DE AUMENTO – QUANTIDADE DE INFRAÇÕES – PERDA DO CARGO E FUNÇÃO – VIOLAÇÃO DE DEVER COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO (ART. 92, I, “b” E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). RECURSO PROVIDO.

Elege-se o aumento pela continuidade delitiva unicamente com base no número de infrações praticadas, de maneira que se aplica o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações, de 1/5 para 3 infrações, de 1/4 para 4 infrações, de 1/3 para 5 infrações, de 1/2 para 6 infrações e de 2/3 para 7 ou mais infrações.

Quando praticado o crime de falsidade ideológica de documento público e privado na violação de dever com a Administração Pública, não resta outro caminho senão o de decretar-se a perda da função, nos termos do art. 92, I, do CP.

Com o parecer. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso defensivo e dar provimento ao recurso ministerial.

Campo Grande, 9 de maio de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Sueli Benedita Marciano, contra a sentença de f. 327-335 que condenou Sueli à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, e 25 dias-multa, por infração ao art. 299 (documento particular) e art. 299 (documento público) c/c art. 71 c/c art. 69, todos do Código Penal.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 352-364, o Ministério Público postula a alteração da fração aplicada pela continuidade delitiva para 2/3. Requer, outrossim, a decretação da perda do cargo público exercido por Sueli à época dos fatos, na forma do art. 92, I, “a”, do CP. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos indicados a f. 363.

Já Sueli Benedita Marciano, a f. 366-387, pugna, em suma, a absolvição por insuficiência probatória.

As contrarrazões foram apresentadas a f. 388-396 e f. 400-414.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 426-445, opina pelo desprovimento do recurso da defesa e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Sueli Benedita Marciano, contra a sentença de f. 327-335 que condenou Sueli à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, e 25 dias-multa, por infração ao art. 299 (falsidade ideológica de documento particular) e art. 299 (falsidade ideológica de documento público) c/c art. 71 c/c art. 69, todos do Código Penal.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 352-364, o Ministério Público postula a alteração da fração aplicada pela continuidade delitiva para 2/3. Requer, outrossim, a decretação da perda do cargo público exercido por Sueli à época dos fatos, na forma do art. 92, I, “a”, do CP. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos indicados a f. 363.

Já Sueli Benedita Marciano, a f. 366-387, pugna, em suma, pela absolvição com base no artigo 386, III e VII, do CPP.

As contrarrazões foram apresentadas a f. 388-396 e f. 400-414.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 426-445, opina pelo desprovimento do recurso da defesa e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do recurso de Sueli Benedita Marciano:

O presente recurso pugna pela absolvição por insuficiência probatória (art. 386, VII, do CPP) ou por atipicidade da conduta (art. 386, III, do CPP).

Segundo a denúncia,

“(...) no dia 04 de fevereiro de 2013, nesta cidade e comarca, a denunciada Sueli Benedita Marciano inseriu em declaração falsa em documento particular, acostado à f. 63, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, já que pretendia comprovar que não possuía cargo ou função pública ou privada que causasse incompatibilidade com o cargo de assessor parlamentar.

Consta, também, que entre os dias 05.02.2013 a 25.06.2013, por vinte e uma vezes, nesta cidade e comarca de Três Lagoas, a denunciada Sueli Benedita Marciano inseriu declarações falsas em documentos públicos, consistente nas folhas de frequência da AGEPEN de Três Lagoas, acostadas às f. 20-26, referentes aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, todos do ano de 2013.”

Comprovada a materialidade delitiva pelos documentos de f. 15-16, f. 18-24, f. 26-32, f. 35-49, f. 63-66, além do boletim de ocorrência de f. 09.

A configuração do crime e a autoria delitiva também restaram evidenciadas.

A apelante, na esfera policial, confirmou ter assumido a função de assessora parlamentar na Câmara Municipal de Vereadores da cidade de Três Lagoas/MS no período compreendido entre os meses de janeiro e junho de 2013, mesma época em que exercia cargo público de técnica de enfermagem da AGEPEN. Esclareceu que no primeiro local prestava serviços das 07h00min até as 13h00min, enquanto que no presídio trabalhava em turnos de 24 X 72 horas, ou seja, trabalhava vinte e quatro horas seguidas e folgava setenta e duas.

A apelante esclareceu também que quando havia coincidência de horários solicitava a outra servidora da AGEPEN que a substituísse. No entanto, o registro de frequência era assinado normalmente por ela – f. 67-68.

Em juízo, a apelante reservou-se no direito de permanecer em silêncio, ainda assim, em dado momento revelou que assinava a folha de ponto mesmo sem poder prestar o serviço, justificando que não havia a possibilidade de alterar formalmente sua escala de trabalho porque a folha era “engessada” – mídia de f. 290-291.

De início, destaco que a incompatibilidade entre os cargos públicos exercidos pela apelante era por demais evidente na medida em que é humanamente impossível estar presente 24 (vinte e quatro) horas em regime de plantão na AGEPEN, quando exercia função de assessoramento em gabinete da Câmara Municipal de Vereadores, diariamente, das 07 às 13 horas.

Além disso, Marcela Dias Maio, diretora da unidade penal, disse que a apelante permutava seu horário de trabalho com outros colegas com regularidade, salientando que se tratava de uma prática comum na unidade, que todos os servidores faziam mesmo e assinavam o registro de frequência como se estivessem trabalhado porque não havia possibilidade de alterá-lo, já que a escala de horário de trabalho era pré-definida por seus superiores hierárquicos, os mesmos que orientavam a assinatura da folha de ponto pelo servidor responsável pelo horário estabelecido, ainda que se desse a sua substituição – mídia de f. 290-291.

Dispõe o art. 299 do CP:

“Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.”

Logo, basta a simples inserção de dados falsos a fim de obter efeito jurídico relevante, com ciência destes dados pelo agente, para que se tenha presente o crime de falsidade ideológica.

Portanto, ainda que com a orientação permissiva de seus superiores hierárquicos, o crime resta configurado.

Importante destacar que não consta dos autos provas de que a apelante efetivamente cumpriu a compensação informal de sua jornada de trabalho, conforme compactuado com seus colegas. Nesse ponto, tenho por bem transcrever trecho da sentença, que adotou tais fundamentos para afastar o argumento de atipicidade da conduta. Confira-se:

“(…) Outrossim, dos documentos juntados aos autos, bem como das provas orais colhidas, verifica-se que a denunciada sequer conseguiu provar a verdadeira jornada que realizava no período em que cumulou a função de técnica de enfermagem com a função de assessora parlamentar.”

De fato, conclui-se que a apelante, ao preencher a folha de ponto com a informação de que estava presente no órgão público quando em realidade estava prestando serviço diverso, inseriu declaração falsa em documento público, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Esses elementos de prova são suficientes para confirmar a autoria e a configuração do crime de falsidade ideológica praticado pela apelante, restando impossível a absolvição.

Do recurso do Ministério Público:

Do patamar aplicado pela continuidade delitiva:

A continuidade delitiva é a ficção legal prevista pelo artigo 71, do Código Penal, para cuja configuração, segundo a teoria objetivo-subjetiva ou mista, exige-se a presença concomitante dos requisitos objetivos e subjetivos, quais sejam: pluralidade de condutas; pluralidade de crime da mesma espécie; condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes; unidade de desígnios.

Em tal hipótese, o único critério para aferir o patamar de acréscimo é o da quantidade de ilícitos praticados, conforme decidiu o STJ ao julgar o *Habeas Corpus* 251181-SP 2012/0167605-5, acórdão publicado em 18/02/2014, de onde se extrai que:

“(...) à mingua de circunstâncias desfavoráveis, o aumento pela continuidade delitiva deve se pautar unicamente pelo número de infrações. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações”.

Assim também o Tribunal de Justiça do Paraná:

“CRIMES DE FURTOS QUALIFICADOS E TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ESTELIONATO – IMPOSSIBILIDADE – PROVA BASTANTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONTINUIDADE DELITIVA – FRAÇÃO DE AUMENTO – REDUÇÃO – PENA REDIMENSIONADA. (...). Reduz-se a fração de aumento de 1/3 para 1/4 porque se consolidou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, na hipótese do caput, do artigo 71, do Código Penal, o critério fundamental para se determinar o acréscimo relativo à continuidade delitiva é o número de infrações aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC 283.720/rn, Rel. Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a t., j. 12.08.2014, dje 26.08.2014). (...)”. (TJPR; ApCr 1183503-5; Curitiba; Terceira Câmara Criminal; Rel. Juiz Conv. Kennedy Josué Greca de Mattos; Julg. 17/03/2016; DJPR 01/04/2016; Pág. 277).

No caso, comprovada a prática de vinte um crimes de falsidade ideológica em documento público, acresce-se a pena intermediária em 2/3, conduzindo-se-a definitivamente para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais 16 dias-multa.

Somando-se as penas dos crimes de falsidade ideológica em documento público com as de falsidade ideológica em documento particular, na forma do artigo 69 do CP, redundará a sanção em 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto, mais 26 dias-multa.

Do cargo público:

O artigo 92, do Código Penal estabelece:

“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; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”.

Assim, no caso dos autos, em que a apelada resultou condenada por crime de falsidade ideológica de documento público e privado, na violação de dever com a Administração Pública, uma vez que se eximiu do trabalho a ser exercido na AGEPEM em detrimento do cargo assumido na Câmara Municipal de Vereadores de Três Lagoas, em evidente situação de incompatibilidade, e mesmo assim assinou normalmente o registro de frequência daquela unidade penal, não resta outro caminho senão o de decretar-se a perda da função de assistente de serviço de saúde – auxiliar de enfermagem da Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Mato Grosso do Sul, nos termos do pedido ministerial.

Nesse sentido decide o STJ (com redução aos pontos necessários e sem grifos na origem):

PENAL E PROCESSUAL PENAL – FALSIFICAÇÃO IDEOLÓGICA DE DOCUMENTO PÚBLICO E PREVARICAÇÃO – PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL QUE EMITE DECLARAÇÃO COM CARGA IDEOLOGICAMENTE FALSA E QUE RETÉM POR 5 (CINCO) MESES RECURSO INTERPOSTO POR EX-PREFEITO, SEM ENCAMINHÁ-LO AO RELATOR, MUITO EMBORA O TENHA MANUSEADO, IMBUÍDO PELO PROPÓSITO DE SATISFAZER INTERESSE PRÓPRIO E DE TERCEIRO, CONSUBSTANCIADO EM IMPEDIR O JULGAMENTO DAS CONTAS DO EX-GESTOR PELA CÂMARA MUNICIPAL E, ASSIM, EVITAR A INCIDÊNCIA DA LEI DA FICHA LIMPA, PERMITINDO A REELEIÇÃO – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E DA AUTORIA – PERDA DO CARGO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DE HAVER OCORRIDO SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU PRATICOU ATO INCOMPATÍVEL COM O CARGO POR ELE OCUPADO CONSUBSTANCIA FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA A DECRETAÇÃO DO EFEITO EXTRAPENAL DE PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO PENAL DA CONDENAÇÃO – CRIMES PRATICADOS COM VIOLAÇÃO DE DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EFEITO EX LEGE, BASTANDO SER FUNDAMENTADAMENTE DECLARADO – PERDA DO CARGO MOTIVADA POR SENTENÇA PENAL. (...). 92. Incidência do efeito específico da condenação de perda do cargo público, nos termos do artigo 92, inciso I, alínea “a”, do Código Penal. 93. A pena privativa de liberdade aqui aplicada foi superior a 1 (um) ano, por crime praticado com violação de dever para com a Administração Pública. Conforme dicção da Lei, a perda do cargo é factível sempre que a condenação for superior a 4 (quatro) anos em crimes comuns, que não digam respeito ao desempenho do cargo, e quando igual ou superior a 1 (um) ano, se praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração a que serve. 94. Nos delitos funcionais, pela incompatibilidade do exercício do cargo com os requisitos necessários para sua investidura, a perda deve ocorrer quando a sanção for igual ou superior a 1 (um) ano, como é o caso. 95. Em crimes sancionados com esse quantum, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é o normal, como regra geral, o que demonstra não haver incompatibilidade entre o efeito da condenação aqui tratado com a substituição de pena operada que, ademais, são temas absolutamente distintos e que não se confundem: a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos crimes sancionados com pena inferior a 4 (quatro) anos, não obsta e nem afasta quaisquer dos efeitos da condenação, como o é a perda do cargo decorrente de condenação criminal. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, a preconizar que “A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a decretação da perda do cargo ou da função pública, desde que apresentada a devida fundamentação” (STJ, HC305.500/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 17/10/2016) e que “De acordo com o disposto na alínea “a” do inciso I do art. 92 do Código Penal, há perda do cargo, função pública ou mandato eletivo nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, exatamente a hipótese dos autos, em que o réu foi condenado à pena de 2 anos de reclusão. ... A substituição de sua pena por restritivas de direitos, no entanto, não tem o condão de afastar o efeito disposto no art. 92 do Código Penal, pois a perda do cargo não está adstrita à efetiva privação da liberdade do réu” (STJ, EDCL no RESP 819.438/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 12/3/2007 p. 323). 96. (...). (STJ; APen 830; Proc. 2016/0041991-3; DF; Corte Especial; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 06/02/2019; DJE 02/04/2019).

PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXTORSÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ – PENA-BASE – DOSIMETRIA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – PENA REDIMENSIONADA – PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO DA CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – PRECEDENTES – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – VERIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - (...) II - A imposição da pena de perda do cargo, emprego ou função pública deve ser adequadamente fundamentada, sendo uma consequência administrativa da condenação imposta, exigindo-se, para tanto, apenas o preenchimento de requisitos objetivos para sua aplicação, quais sejam: pena privativa de liberdade igual ou superior a 1 (um) ano, nos casos de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública ou pena privativa de liberdade igual ou superior a 4 (quatro) anos, nos demais crimes, sendo observado tais parâmetros na presente hipótese. III - Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, é do Supremo Tribunal Federal a competência para verificação de eventual violação à dispositivo ou a princípio de extração constitucional. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-AREsp 1.412.200; Proc. 2018/0322837-9; PB; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 19/03/2019; DJE 26/03/2019).

Como se vê, a apelada praticou tais delitos em detrimento da administração pública, afetando diretamente a moralidade administrativa, de maneira que tal conduta, praticada reiterada e rotineiramente, torna-se incompatível com o cargo até então exercido.

E sendo a pena aplicada superior a um ano, atendidos os requisitos objetivos para o decreto de perda do cargo ou função na forma do artigo 92, I, “a”, do Código Penal.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Sueli Benedita Marciano e dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público para alterar a fração aplicada pela continuidade delitiva para 2/3 e assim aumentar a pena para 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto, mais 26 dias-multa, bem como decretar-lhe a perda da função de assistente de serviço de saúde – auxiliar de enfermagem da Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Mato Grosso do Sul.

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, negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso ministerial.

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, 09 de maio de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0003331-77.2015.8.12.0026 - Bataguassu

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE E CASA DE PROSTITUIÇÃO – ARTIGOS 218-B, § 2º, II, E 229 DO CP – ABSOLVIÇÃO – ERRO DE TIPO NÃO RECONHECIDO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – INAPLICABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Descabe a alegação de erro de tipo se as provas dos autos demonstram que a acusada sabia sobre pouca idade da vítima.

A aceitação social ou a tolerância governamental não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do artigo 229 do Código Penal (casa de prostituição), devendo ser afastada a tese de atipicidade da conduta por aplicação do princípio da adequação social.

Recurso a que, em parte com o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento.

Campo Grande, 9 de maio 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 Ailton Alves da Silva Paz, Ariane Aparecida da Silva e Jonathan Jorge Silva Paz, contra a sentença de f. 198-223 que condenou Ariane à pena de 4 (quatro anos) de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, por infração ao art. 218-B, § 2º, II, do CP bem como, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 229 do CP, Jhonatan à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 60 dias-multa, e Ailton à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 dias-multa, ambos por infração ao artigo 229 do CP.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 298-310, postulam, em suma, absolvição do crime de casa de prostituição por atipicidade da conduta. Ariane Aparecida da Silva, requer, ainda, a absolvição do crime de favorecimento à prostituição por erro de tipo. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos indicados a f. 309.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 313-318, pugnando pelo desprovimento, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 326-336, opina pelo provimento parcial para absolver Ailton Alves da Silva Paz, Ariane Aparecida da Silva e Jonathan Jorge Silva Paz do crime previsto no art. 229 do CP (casa de prostituição).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ailton Alves da Silva Paz, Ariane Aparecida da Silva e Jonathan Jorge Silva Paz, contra a sentença de f. 198-223 que condenou Ariane à pena de 4 (quatro anos) de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, por infração ao art. 218-B, § 2º, II, do CP bem como à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 229 do CP, Jhonatan à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 60 dias-multa, e Ailton à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 dias-multa, ambos por infração ao artigo 229 do CP.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 298-310, postulam, em suma, absolvição do crime de casa de prostituição por atipicidade da conduta. Ariane Aparecida da Silva, requer, ainda, a absolvição do crime de favorecimento à prostituição por erro de tipo. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos indicados a f. 309.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 313-318, pugnando pelo desprovimento, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 326-336, opina pelo provimento parcial para absolver Ailton Alves da Silva Paz, Ariane Aparecida da Silva e Jonathan Jorge Silva Paz do crime previsto no art. 229 do CP (casa de prostituição).

É o que basta para analisar a pretensão.

Do pedido de absolvição do crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente por erro de tipo formulado por Ariane Aparecida da Silva:

A apelante pugna a absolvição do crime previsto no artigo 218-B, § 2º, II, do CP por erro de tipo. Nesse sentido, argumenta que desconhecia a idade da vítima Vitória Stefany Lima.

A figura típica do crime do art. 218-B, do CP é a de:

“(...) Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”.

O bem jurídico tutelado pela norma é a dignidade sexual de pessoa relativamente vulnerável (entre 14 e 18 anos), bem como de quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

O conhecimento da idade da vítima, na espécie, é um dos elementos constitutivos do tipo, de forma que, estando ausente, pode excluir o dolo, conforme estabelece o artigo 20 do Código Penal ao referir que *“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”*. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA – ERRO DE TIPO – REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO – INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que o réu foi denunciado pela prática de estupro de vulnerável por manter conjunção carnal com vítima menor de 14 anos, quando mantinham relacionamento afetivo. 2. Caso em que o réu foi absolvido da prática do delito de estupro de vulnerável diante do desconhecimento da idade da vítima. 3. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). 4. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento

do Recurso Especial, nos termos da Súmula nº 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso desprovido”. (STJ; REsp 1.746.712; Proc. 2018/0104726-9; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 14/08/2018; DJE 22/08/2018; Pág. 2803).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO – ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE – DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA – ERRO DE TIPO – ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL – ABSOLVIÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – IN DUBIO PRO REO – DESPROVIMENTO. Em face da presença de efetiva dúvida no espírito do julgador quanto ao dolo do agente, não restando suficientemente claro nos autos se ele sabia a idade da vítima, já que ela própria informou não ter relatado sua idade, é de reconhecer o erro de tipo, que afasta o dolo, impondo a manutenção da absolvição do acusado”. (TJPB; APL 0002472-95.2017.815.2002; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. João Benedito da Silva; DJPB 13/09/2018; Pág. 16).

O reconhecimento do erro sobre elementos do tipo, no entanto, deve fundar-se em provas escorreitas e isentas de dúvidas acerca do desconhecimento alegado pelo agente, o que não ocorreu na hipótese, pois a vítima Vitória Stefany Lima afirmou em juízo que a apelante tinha plena ciência de sua idade. Atente-se: *“Ariane já morou na minha cidade, Amambai. Ela sabia minha idade.”* – mídia de f. 163.

Além da palavra da vítima que, neste caso, consubstancia relevante meio de prova, consta dos autos o depoimento do policial Luiz Carlos Martins da Silva que, ao descrever a ocorrência, relatou que todos, exceto Jhonatan, sabiam que Vitória era menor de idade – mídia de f. 188.

Outrossim, incoerente a alegação da apelante de que Vitória se apresentou a ela com outra identidade, demonstrando possuir mais de 18 anos, quando, segundo a narrativa da vítima, foi a própria apelante quem buscou por ela no *Facebook* a fim de aliciá-la para programas sexuais (f. 163).

Não bastasse, o laudo de exame em aparelho de telefonia celular de f. 172-181 apresenta mensagens de texto trocadas pela apelante, nas quais ela revela saber da menoridade de Vitória. A interlocutora foi quem orientou Ariane a dizer na Delegacia de Polícia que não sabia da idade da adolescente (f. 176 e f. 178).

Diante de tais elementos, rejeita-se a pretensão absolutória embasada em erro de tipo.

Do pedido de absolvição do crime de casa de prostituição formulado por Ailton Alves da Silva Paz, Ariane Aparecida da Silva e Jonathan Jorge Silva Paz:

No que se refere à alegada atipicidade da conduta, destaco que o fato de as autoridades, bem como a sociedade local, aceitarem o comportamento ilícito adotado pelos apelantes não elide o crime previsto no artigo 229 do Código Penal, vez que esta eventual tolerância não exclui a finalidade da norma, que é tutelar a moralidade pública sexual e os bons costumes.

Não se descarta sobre a existência de uma corrente que considera que o Princípio da Adequação Social seria aplicável a tal crime, 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 conduta que, formalmente, se amolda ao crime de casa de prostituição, seria materialmente atípica em face da aceitação social. No mesmo sentido, confira-se julgado recente deste E. Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGOS 228 (FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL) E 229 (MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO), AMBOS DO CÓDIGO PENAL – PLEITO ABSOLUTÓRIO ANTE À

ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA E /OU PELO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – INOCORRÊNCIA – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PLEITEADO O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – NÃO CABIMENTO – CRIMES DISTINTOS – FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – VIÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Não há falar em absolvição por atipicidade da conduta, tampouco, aplicação do princípio da intervenção mínima. O fato é típico e antijurídico, sendo correto afirmar que o costume, ou mesmo aceitação social, pode influenciar a criação do direito (direito consuetudinário) mas não revoga a Lei posta. A tipicidade material da conduta de manter casa de prostituição não é afastada pela eventual inércia das autoridades em proceder a fiscalização ou aplicação da Lei penal. Portanto, restou comprovado nos autos que os acusados mantinham o estabelecimento comercial denominado “As Tropicanas” para fins de exploração sexual, mediante aluguel de quartos, e vínculo habitual entre os apelantes e as “garotas de programa”; II Da simples leitura dos referidos dispositivos se constata que se trata de crimes distintos. O tipo penal previsto no art. 228, do CP, é um tipo penal múltiplo, de conteúdo variado, no qual, dentre as várias condutas, está a de impedir que alguém abandone a prostituição. O objeto jurídico é a proteção à dignidade e a liberdade sexual. Já a conduta tipificada no art. 229, do CP diz respeito a manter local, no qual ocorra a exploração sexual, cujo objeto jurídico é a moralidade pública sexual, não havendo, pois, que falar em consunção entre os crimes; III A pena-base deve ser fixada no mínimo legal, à luz do art. 59, do CP; IV Devida, in casu, a fixação do regime aberto, por ser mais adequado ao caso. Do mesmo modo, imperiosa a substituição da pena corpórea por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Recurso parcialmente provido, em parte com o parecer.” (TJMS; APL 0038757-02.2013.8.12.0001; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 04/05/2018; Pág. 38)

E também de outros Tribunais:

“APELAÇÃO CRIMINAL – CASA DE PROSTITUIÇÃO – ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONTINUIDADE DELITIVA – NÃO CABIMENTO – CRIME VAGO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Inviável o acolhimento de pleito absolutório quando o corpo probatório acostado aos autos, marcado especialmente pelas palavras unísonas e harmônicas das funcionárias da clínica de massagem, corroboradas pelo depoimento do policial responsável pelas investigações, além de farto acervo probatório apreendido no local, como preservativos e lubrificantes íntimos, aponta para a caracterização do crime de casa de prostituição. 2. A negativa de autoria, conquanto condizente com as garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, a qual também compreende a autodefesa, não encontra amparo nas demais provas constantes dos autos. 3. A conduta prevista no artigo 229 do Código Penal é formal e materialmente típica, e o princípio da adequação social não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. 4. A circunstância de que a sociedade alegadamente aceita a manutenção de casas de prostituição não significa ausência de reprovação social ou de indiferença por parte do Estado quanto ao ilícito penal. 5. Não há que se falar em incidência do princípio da insignificância, pois este crime não é dotado de mínima ofensividade, de nenhuma periculosidade social da ação, de inexpressiva lesividade ao bem jurídico tutelado, tampouco de reduzido grau de reprovabilidade, uma vez que o tipo protege a moralidade pública, no campo sexual, assim como os bons costumes, valores que, por sua importância, ensejam a proteção do direito penal. 6. A manutenção de estabelecimento onde ocorra exploração sexual continua sendo típica, sendo desnecessária a obtenção de lucro ou a mediação direta do proprietário ou gerente, demonstrando a preocupação do legislador em incriminar essa conduta já que o seu objeto tutelado é a moralidade pública. 7. O simples fato de as funcionárias realizarem os programas por vontade própria, com a liberdade para aceitar ou não a prática do ato, aliada a possibilidade de negociar o preço com os clientes, não afasta a situação de exploração sexual, pois a recorrente tinha poder de gerência e influência sobre elas, obtendo vantagem, ainda que indireta, com tal situação, não podendo se eximir da responsabilidade penal. 8. O crime previsto no artigo 229 do Código Penal

configura espécie de crime vago, eis que tem como sujeito passivo um ente desprovido de personalidade jurídica, motivo pelo qual descabe aplicar o instituto da continuidade delitiva em razão de seu cometimento contra, no mínimo, 4 (quatro) mulheres. O sujeito passivo trata-se da coletividade e não das funcionárias da clínica que praticavam a prostituição. 9. Conforme § 2º do artigo 44 do Código Penal, na condenação à pena corporal superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. O discurso normativo consubstanciado no citado preceito legal revela a discricionariedade do julgador na análise do caso concreto e escolha da reprimenda penal que melhor se amolde à função social da pena. Neste cenário, a Magistrada sentenciante optou, ante as opções estabelecidas pelo legislador, por aquela que entendeu mais adequada ao cumprimento da dupla finalidade da reprimenda penal, qual seja: A prevenção e a repressão ao crime, estando proporcional e razoável à reprimenda fixada. 10. Recurso parcialmente provido.” (TJDF; APR 2016.01.1.047614-9; Ac. 112.2405; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvano Barbosa dos Santos; Julg. 06/09/2018; DJDFTE 12/09/2018)

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO E MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (ARTS. 228 E 229, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINARES – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU – IMPROCEDÊNCIA – SUSCITADA NULIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO – NÃO ACOLHIMENTO – PRESCINDIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL – PALAVRAS DAS VÍTIMAS ALIADAS AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLIGIDOS QUE EVIDENCIAM, DE FORMA CABAL, A MATERIALIDADE E AFASTAM A NULIDADE AVENTADA – PREFACIAIS REJEITADAS – MÉRITO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO COM BASE NA DEFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – RÉUS QUE ATRAÍRAM AS VÍTIMAS PARA ATUAR NA CASA DE PROSTITUIÇÃO E, POSTERIORMENTE, IMPEDIRAM QUE ELAS DEIXASSEM A PROSTITUIÇÃO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NÃO APLICÁVEL AO CASO – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE EVENTUAL TOLERÂNCIA DE PARTE DA SOCIEDADE NÃO IMPLICA EM ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – SENTENÇA MANTIDA – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONSUNÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ABSORÇÃO ADMITIDA APENAS NOS CASOS EM QUE O FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OCORRE NA MODALIDADE DE FACILITAÇÃO, NÃO DE INDUZIMENTO OU ATRAÇÃO – PEDIDO SUBSIDIÁRIO PELO AFASTAMENTO DO CÚMULO MATERIAL DE CRIMES, APLICANDO-SE O CONCURSO FORMAL – INVIABILIDADE – CONDUTAS PRATICADAS MEDIANTE AÇÕES DISTINTAS, COM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Não há falar em debilidade de fundamentação quando a sentença condenatória menciona, em seu corpo, os plurais elementos de prova que levaram o respeitável prolator à respectiva conclusão. Ademais, “[...] não há necessidade de que o julgador refute expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que fundamente a condenação com base em contexto fático-probatório válido para demonstrar o crime e sua autoria”. (STJ. HC nº 166655/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. Em 16/08/2011). 2. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “[...] Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos”. (STJ. RESP nº 1699051/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, j. Em 24/10/2017). 3. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação dos réus pela prática dos crimes de favorecimento da prostituição e manutenção de casa de prostituição. 4. De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da adequação social aos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição. (STJ. AGRG no RESP. N. 1.508.423/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), j. Em 01/09/2015). 5. A conduta tipificada no art. 229 do Código Penal só pode absorver aquela prevista no art. 228 do mesmo diploma legal quando houver imputação de facilitação à prostituição, mas não quando o agente, além de manter a casa destinada à prostituição, também induz ou atrai alguém para o comércio sexual ou, ainda, impede que deixe de realizar esta conduta, como é o caso dos autos. 6. Os

proprietários da casa de prostituição respondem, em concurso material, pela prática dos delitos previstos nos artigos 228 e 229, ambos do Código Penal, quando, além de mantê-la, induzem as vítimas à prática do meretrício.” (TJSC; ACR 0001758-08.2011.8.24.0059; São Carlos; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato; DJSC 13/06/2018; Pag. 363)

No que tange ao questionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, nego provimento ao recurso.

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, negaram 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, 09 de maio de 2019.

3ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0005403-53.2018.8.12.0019 - Ponta Porã

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO TENTADO – ART. 155, § 1º C/C ART. 14, II, TODOS DO CP – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – ART. 202 DO CPP – VALIDADE – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – RELEVANTE VALOR PROBANTE – CONDENAÇÃO IMPOSITIVA – PENA-BASE – EXASPERAÇÃO – CRITÉRIO DE AUMENTO – PROPORCIONALIDADE DESATENDIDA – DECOTE DO REPOUSO NOTURNO – INVIABILIDADE – PATAMAR DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA – EXTENSÃO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDA – REDUÇÃO MAIOR – POSSIBILIDADE – REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SÚMULA 269 DO STJ – INAPLICABILIDADE – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – PARCIAL PROVIMENTO.

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, constituído por declarações de policiais, em ambas as fases, os quais, a teor do disposto pelo artigo 202 do CPP, possuem o mesmo valor que o de qualquer cidadão, e assumem especial relevância quando coerentes entre si e ratificados por outros elementos de prova extraídos dos autos, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório quando excluem a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do CPP.

Para bem atender à proporcionalidade na fixação da sanção a sentença deve exasperar a pena-base à razão de 1/8 (um oitavo) de acréscimo para cada moduladora desfavorável, a incidir sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, critério que se coaduna com a discricionariedade conferida ao magistrado no exercício de estabelecer a reprimenda.

Promovida a subtração durante a madrugada, ainda que em via pública, incide a majorante do repouso noturno, prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal.

Em se tratando de delito na modalidade tentada (artigo 14, II, do Código Penal), o patamar de redução, entre 1 (um) e 2 (dois) terços, previsto pelo parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, a ser considerado na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser eleito de acordo com a extensão do *iter criminis* percorrido. Quanto mais próxima da consumação, menor a redução. Deve ser aplicado o patamar de 2/3 se, no delito de furto de veículo, o agente sequer chegou a quebrar o vidro para adentrar a ele, sendo o agente surpreendido antes desse fato.

Pela inteligência dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, somada à existência de circunstância judicial desfavorável, impositiva a fixação de regime prisional mais gravoso, ainda que a pena imposta seja inferior a quatro anos de reclusão. A Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente apenas quando todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

Recurso 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, 30 de maio 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 Anderson Alves dos Santos contra a sentença de f. 153-155, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e à multa de 70 (setenta) dias-multa, por infração ao art. 155, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal, em regime inicial fechado.

Pelas razões de f. 172-186, pretende, em síntese: a absolvição por insuficiência de provas quanto a autoria; subsidiariamente, a redução da pena-base, pois teria sido fixada sem observância do princípio da proporcionalidade; a exclusão da majorante do repouso noturno, visto que se trata de subtração cometida em via pública; a redução pela tentativa seja aplicada no patamar máximo e abrandamento do regime inicial para cumprimento da pena. Formulou prequestionamento.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 198-215, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 225-235, opina no mesmo sentido. Formulou prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Anderson Alves dos Santos contra a sentença de f. 153-155, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e à multa de 70 (setenta) dias-multa, por infração ao art. 155, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal, em regime inicial fechado.

Pelas razões de f. 172-186, pretende, em síntese: a absolvição por insuficiência de provas quanto a autoria; subsidiariamente, a redução da pena-base, pois teria sido fixada sem observância do princípio da proporcionalidade; a exclusão da majorante do repouso noturno, visto que se trata de subtração cometida em via pública; a redução pela tentativa seja aplicada no patamar máximo e abrandamento do regime inicial para cumprimento da pena. Formulou prequestionamento.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 198-215, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 225-235, opina no mesmo sentido. Formulou prequestionamento.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do pedido de absolvição.

Inicialmente, o recurso pretende a absolvição sob o argumento de insuficiência de provas acerca da autoria.

Narra a denúncia que, no dia 08 de setembro de 2018, por volta de 05:15 horas, na Rua Baltazar Saldanha, em frente ao Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto de Ponta Porã/MS, o apelante Anderson

Alves dos Santos, tentou subtrair, para si, coisa alheia móvel de propriedade da vítima Maycon Michael Rocha, não consumando o crime por circunstâncias alheias a sua vontade.

Segundo consta, uma equipe da Polícia Militar foi acionada para atender a ocorrência que versava sobre tentativa de furto em frente ao Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, recebendo a informação de que um indivíduo estaria forçando a porta de um veículo a fim de furtá-lo.

Quando os policiais chegaram ao local visualizaram Anderson agachado, ao lado da porta do veículo Fiat/Palio Weekend, cor cinza, placa HSG-1376, estacionado em frente ao prédio. Os policiais revistaram o apelante e encontraram em seu poder 01 (um) alicate, 01 (um) isqueiro e 02 (duas) velas, objetos comumente utilizados na prática de furtos de veículo, para quebrar vidros temperados (f. 33).

Diante daquelas circunstâncias os policiais entraram em contato com o oficial do estabelecimento penal e foram informados que o veículo em tela pertencia ao interno Maycon Michael Rocha, que confirmou a propriedade. Ainda, na oportunidade os policiais foram informados de que este não era o primeiro crime desta natureza que ocorria no local.

O apelante, em Juízo, negou o crime, asseverando que não tinha a intenção de furtar o veículo Fiat/Palio, pois nem mesmo sabe dirigir automóveis; que estava no local aguardando para receber o pagamento por serviço prestado a um interno, que teria consistido em arremessar por cima do muro da penitenciária um aparelho celular; que se não recebesse o pagamento na ocasião, furtaria alguma motocicleta (f. 120, e-SAJ).

A vítima Maycon Michel Rocha confirmou que o apelante tentou subtrair seu veículo que estava estacionado em frente ao estabelecimento prisional semiaberto, enquanto cumpria pena no local; que o apelante foi abordado no instante em que tentava estourar os vidros do veículo.

Por seu turno, Pedro Figueiredo Ruiz e Willian da Silva Mancoelho, policiais militares que atenderam a ocorrência, afirmaram que receberam denúncia via CIOPS, segundo a qual familiares dos detentos que estavam em frente ao estabelecimento prisional fechado haviam visto um homem tentando forçar a porta de um veículo estacionado em frente ao semiaberto; que, ao chegarem no local, visualizaram o réu agachado, forçando a porta e o vidro do veículo, ocasião em que utilizava ferramentas no intuito de quebrar os vidros (f. 120, e-SAJ).

O oficial Vareiro, por sua vez, confirmou que as ferramentas (vela, isqueiro e alicate) estavam ao lado do réu no instante em que ele foi imobilizado pelos policiais (f. 120, e-SAJ).

Demais disso, os fatos narrados na denúncia estão nas imagens da câmera de vídeo da polícia, nas quais é possível visualizar o réu, por volta 05h15min, vestido com uma jaqueta marrom e blusa com capuz de cor branca, cruzar a avenida (minuto 00:54), passar em frente ao semiaberto (minuto 02:24), aproximar-se do veículo (minuto 03:00) e ficar agachado no local por um bom tempo, até a polícia chegar (minuto 03:03 até 06:03), não sendo crível que ele tenha ficado todo esse período abaixo ao lado do carro aproximadamente 03 (três) minutos sem fazer nada.

Segundo o artigo 202 do CPP, toda pessoa poderá ser testemunha, texto que inclui o policial, cujas declarações assumem especial relevância quando coerentes entre si e ratificados por outros elementos de prova extraídos dos autos, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório, especialmente quando confirmados em juízo, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua função pública, 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).

Nesse sentido segue o STJ:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU – DEPOIMENTOS DOS

POLICIAIS COLHIDOS EM JUÍZO – CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS – VALIDADE. (...). 1. Inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante do corréu, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova. Precedente. 2. (...).” (STJ; HC 418.529; Proc. 2017/0251727-2; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 17/04/2018; DJE 27/04/2018; Pág. 1412).

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVA. Pretensão absolutória. Prova testemunhal. Depoimento extrajudicial de corréu. Depoimento prestado pelos policiais confirmado em juízo. Validade. Precedentes. Revisão do julgado. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial.” (STJ; AREsp 1.334.779; Proc. 2018/0186602-7; SP; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 09/10/2018; DJE 15/10/2018; Pág. 7472).

Ademais, refere o artigo 155 do CPP que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial, de maneira que as declarações prestadas na fase inquisitorial adquirem especial validade quando ratificadas sob o crivo do contraditório, como ocorreu neste caso, de maneira que são suficientes para embasar o decreto condenatório, pois excluem qualquer dúvida razoável, tornando impositiva a condenação, inobstante o respeito que mereça o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade (artigo 5º, LVII da Constituição Federal), base do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigo 8º, 2), em que se sobreleva o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, aqui amplamente observado, de forma que resta rejeitado o pleito absolutório.

Da pena-base.

A pena-base foi fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, ou seja, 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa acima do mínimo em função da negatização apenas dos antecedentes.

O recurso reconhece a presença dos maus antecedentes, mas apenas pretende a redução do *quantum* utilizado para o aumento da pena-base, eis que desproporcional, pretendendo que seja adotada a fração de 1/8 (um oitavo) para o aumento.

Assiste razão ao recurso.

Para bem atender à proporcionalidade na fixação da sanção a sentença deve exasperar a pena-base à razão de 1/8 (um oitavo) de acréscimo para cada moduladora desfavorável (ou à correspondente a 1/10 - um décimo - quando se trata de crimes de tráfico de drogas), a incidir sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, critério que se coaduna com a discricionariedade conferida ao magistrado no exercício de estabelecer a reprimenda. Nesse sentido (sem grifos na fonte e com redução ao ponto):

“APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – (...) – PENA-BASE DO CORRÉU DOSADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FRAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PATAMAR IMAGINÁRIO DE 1/10 (UM DÉCIMO) – SOMA DAS 8 (OITO) CIRCUNSTÂNCIAS ELENCADAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS À NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA, PREVISTAS NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. (...). O STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal possuem o mesmo grau de importância, utilizando, diante disso, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o máximo. Porém, em caso de crime previsto na Lei de Drogas, por força do art. 42 desta norma, há mais 2 (duas) circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, totalizando, dessa forma, 10 (dez) circunstâncias

judiciais, haja vista a existência de 8 (oito) no art. 59 do Estatuto Repressivo, resultando daí que deve ser empregado um patamar imaginário de 1/10 (um décimo) para cada circunstância desfavorável, a recair sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo penal. (...).” (TJMS; ACr 0003813-75.2017.8.12.0019; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 28/01/2019; Pág. 136).

“APELAÇÃO CRIMINAL – (...) PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – QUANTUM DE EXASPERAÇÃO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REPRIMENDAS REDIMENSIONADAS. (...)”. 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. (...).” (TJMS; ACr 0366376-04.2008.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dileta Terezinha Souza Thomaz; DJMS 05/02/2019; Pág. 120).

Desta forma, reduzo a pena-base para o patamar de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a pena de multa para 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, a pena foi aumentada, em razão da reincidência, em patamar inferior a 1/6 (um sexto) e, assim, mantenho o aumento em 03 (três) meses de reclusão. A pena intermediária, assim, na ausência de atenuantes, resta em 01 (um) ano, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Da majorante do repouso noturno.

O recorrente pretende a exclusão da majorante do art. 155, § 1º, do CP, ao argumento de que o veículo se encontrava em via pública e, assim, não restou configurada a referida circunstância.

De fato, o delito ocorreu em via pública, porém, tal circunstância não afasta a incidência do § 1º do art. 155 do CP.

A causa de aumento do repouso noturno recrudesce a pena reagindo à maior gravidade do injusto (desvalor da ação). Nesse interregno, que compreende desde recolhimento das pessoas ao despertar para as atividades cotidianas, conforme os costumes do lugar, presume-se mais elevada probabilidade do êxito do crime em detrimento das medidas de segurança, vigilância e prevenção (PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do Direito. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 518-519).

Por outro lado, não há necessidade de se tratar de lugar habitado, inclusive, devendo incidir a majorante quando se tratar de estabelecimentos comerciais, furtos em automóveis em via pública etc. (MASSON, Cleber. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 594-595). Nesse sentido:

“PENAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES CONTRA PATRIMÔNIO E CONTRA A FÉ PÚBLICA – FURTO NOTURNO CP, ART. 155, §1º) E FALSA IDENTIDADE (CP, ART. 307) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – CRIME DE FURTO – MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS – DISCUSSÃO ACERCA DA INADEQUAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO – ALEGAÇÃO DE QUE O DELITO OCORREU EM VIA COM GRANDE MOVIMENTAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – SUBTRAÇÃO OCORRIDA DURANTE A MADRUGADA – IRRELEVÂNCIA DE A VÍTIMA ESTAR EFETIVAMENTE REPOUSANDO E DO VEÍCULO ESTAR ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA – PERÍODO DE MAIOR VULNERABILIDADE – MAJORANTE MANTIDA – CRIME DE FALSA IDENTIDADE – TESE DE EXERCÍCIO DE AUTODEFESA E ALEGAÇÃO DE QUE A REAL IDENTIDADE DO APELANTE TERIA SIDO RAPIDAMENTE DESVENDADA – IRRELEVÂNCIA – CONSUMAÇÃO DO DELITO COM A MERA ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE VISANDO OCULTAR MANDADOS DE PRISÃO EM ABERTO – CONDUTA QUE LESA A FÉ PÚBLICA – SENTENÇA MANTIDA. Promovida a subtração de veículo durante a madrugada, ainda que em Via pública, incide a majorante do repouso

noturno, prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal. - O agente que apresenta nome falso à autoridade policial com o objetivo de obter vantagem em proveito próprio comete o crime de falsa identidade do art. 307 do Código Penal. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovisionamento do recurso. Recurso conhecido e desprovido.” (TJ-SC; ACR 0001376-65.2017.8.24.0039; Lages; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Civinski; DJSC 12/01/2018; Pag. 143).

“APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA – INVIABILIDADE – DELITO CONSUMADO – DECOTE DA QUALIFICADORA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. Restando demonstrado que o acusado tinha efetiva ciência de que a Res furtiva pertencia a terceira pessoa, e, a despeito disso, a subtraiu com intenção de assenhramento, não há que se falar em ausência de dolo. A posse da Res inverte o ônus probatório, não logrando êxito, entretanto, o recorrente, em comprovar o alibi invocado. No crime de furto, a consumação ocorre no exato momento em que, cessada a clandestinidade, o agente se torna possuidor da coisa, sendo irrelevante que a posse não tenha sido mansa ou pacífica ou que a coisa tenha sido retomada após diligências da polícia. Evidenciando-se que o crime ocorreu durante período de repouso noturno, não é possível decotar a causa de aumento de pena prevista no §1º do art. 155 do CPB, ainda que a subtração tenha ocorrido em via pública, próximo a local que ocorria uma festa.” (TJMG; APCR 1.0153.14.004789-2/001; Rel. Des. Furtado Mendonça; Julg. 08/08/2017; DJEMG 18/08/2017).

Destarte, mantém-se a majorante do repouso noturno, pela qual a pena é aumentada de 1/3 (um terço), resultando em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Do *quantum* de redução pela tentativa.

Na terceira fase da dosimetria da pena, quando se trata de delito na modalidade tentada (artigo 14, II, do Código Penal), o juiz deve eleger o patamar de redução - entre 1 (um) e 2 (dois) terços - previsto pelo parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, levando em consideração a extensão do *iter criminis* percorrida pelo agente, de modo que quanto mais próxima da consumação apresentar-se, menor deve ser a redução. Esta análise deve ser realizada de acordo com elementos concretos, extraídos da prova produzida nos autos, e não de forma aleatória. Nesse sentido:

“Aplica-se à forma tentada do delito a pena prevista para o crime consumado, mas diminuída de um a dois terços (ex vi o artigo 14, parágrafo único, do Código Penal). Essa diminuição deve ter em vista o caminho percorrido pelo agente para a prática delituosa. Assim, se o desenvolvimento foi impedido no início, aplica-se a maior redução. Entretanto, se o agente percorreu maior caminho até a prática consumada do delito, a redução será menor. A quantidade, portanto, da redução deve ser fixada pelas circunstâncias da própria tentativa e não do crime, estas já consideradas no cálculo da pena-base.” (RT 822/549). Destaquei.

“APELAÇÃO CRIMINAL. Na tentativa a redução da pena deve resultar não das circunstâncias do crime, que são consideradas na fixação da pena-base, mas da própria tentativa, ou seja, da extensão do iter criminis percorrido pelo agente, em face da maior ou menor aproximação do resultado (maior ou menor a redução)” (TJGO; ACr 115873-82.2009.8.09.0074; Ipameri; Rel. Des. Fabio Cristóvão de Campos Faria; DJGO 07/07/2011; pág. 461)”

Na hipótese dos autos a referida minorante foi fixada no patamar de 1/3 (um terço), sob o fundamento de que:

“(…) Como se trata de furto, o crime não se consumou, porque seria necessária a posse pacífica do veículo, o que não ocorreu, pois a polícia chegou durante a execução. Portanto, o crime não passou da esfera da tentativa. A diminuição será no patamar de 1/3, pois ficou cerca de 03 minutos tentando abrir o veículo.” (f. 154).

Contudo, vê-se dos autos que o apelante sequer conseguiu quebrar o vidro do veículo, o que, a meu ver, indica que o iter criminis estava bem no seu início e, assim, a redução deve ser no patamar máximo (2/3).

A pena definitiva, assim, passa a 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

Do regime de cumprimento da pena e substituição de pena.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º com o 59, ambos do Código Penal.

A Súmula 269 do STJ possibilita imposição de regime semiaberto até mesmo ao reincidente, mas isto somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis. Confira-se:

“É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

No julgamento do HC 272899/SP, o Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, integrante da Sexta Turma do STJ, estabeleceu o regime inicial fechado, mesmo com a pena inferior a quatro anos de reclusão, quando qualquer circunstância judicial contiver valoração negativa assentando que *“O condenado reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, como no caso concreto.”* (sem grifo na origem).

E mais recentemente aquela Corte confirmou, como se vê:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – ART. 16 § ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003 – PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE CARTUCHOS INTACTOS E PACIENTE QUE EXERCI A SEGURANÇA EM PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR – PENA MANTIDA – REGIME PRISIONAL FECHADO – MANUTENÇÃO – PACIENTE REINCIDENTE E COM PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, ANTE A PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 269/STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula nº 440/STJ. Por outro lado, segundo o Enunciado Nº 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. Hipótese em que, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o acusado possuir circunstância judicial desfavorável, que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime inicial fechado estabelecido pelo acórdão recorrido. Precedentes. Habeas corpus não conhecido”. (STJ; HC 411.870; Proc. 2017/0199556-5; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 20/10/2017). (Reduzi ao ponto sob enfoque e destaquei).

Neste caso, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 06 (seis) dias-multa, está caracterizada a reincidência e, além disso, há circunstância judicial desfavorável, como é o caso dos maus antecedentes, de forma que deve ser mantido o regime fechado para o início do cumprimento da sanção.

Diante da reincidência, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou *sursis* (art. 44, I, e 77 do CP).

Do prequestionamento.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais.

Conclusão.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de reduzir a pena aplicada ao apelante Anderson Alves dos Santos para o patamar de 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 06 (seis) dias-multa, em regime fechado.

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 de 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.

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, 30 de maio de 2019.

2ª Câmara Criminal

Habeas Corpus Criminal nº 1401356-74.2019.8.12.0000 - Rio Brillante

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES NÃO PRISIONAIS – TESE SUPERADA – SUPERVENIÊNCIA DE NOVO TÍTULO JUDICIAL COM NOVOS FUNDAMENTOS – DEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – ELEMENTOS CONCRETOS QUE DEMONSTRAM SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA QUE AUTORIZA O INDEFERIMENTO – PRECEDENTES DO STF E STJ – ORDEM DENEGADA.

Ante a superveniência de sentença penal condenatória, que, ao negar o direito de recorrer em liberdade, agrega novos fundamentos à manutenção da prisão preventiva, resta prejudicado o pedido de revogação da prisão, quando apontado como ato coator o título superado.

Segundo decisão do STF no julgamento do *HC* Coletivo nº 143641/SP, como regra, as mães de crianças fazem jus ao deferimento de prisão domiciliar, salvo quando se tratar de crime praticado com violência e grave ameaça, cometido contra a prole ou quando presente situação excepcionalíssima que autorize o indeferimento da medida.

O STJ, no julgamento do *HC* 470.549/TO, que ocorreu após à vigência da Lei nº 13.796/2018, concluiu que, a despeito de não constar no rol dos incisos do art. 318-A do CPP, a existência de situação excepcionalíssima, aludida no *HC* coletivo nº 143641/SP, permite o indeferimento da prisão domiciliar, sendo uma terceira hipótese ao lado das duas positivadas no dispositivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, denegar a ordem, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

A advogada Fernanda Poltronieri da Silva impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Fabiola Pereira Ferreira, já qualificada nos autos, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor da paciente, ou, alternativamente, a substituição da prisão por outras medidas cautelares não prisionais ou, ainda, a concessão de prisão domiciliar. Apontou, na qualidade de autoridade coatora, o magistrado da Comarca de Rio Brillante/MS.

Em suas razões, afirmou o impetrante, basicamente, que não estão presentes os requisitos e fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva e que a paciente tem condições subjetivas favoráveis, o que, em sintonia, defendeu ser suficiente para revogação da prisão preventiva ou substituição por outras medidas cautelares não prisionais. Por fim, destacou que a paciente é mãe de filhos menores de doze anos, o que disse ser suficiente para a concessão de prisão domiciliar.

Por isso, postulou, em sede de tutela antecipada, pela concessão da ordem, no sentido de que seja revogada a prisão preventiva da paciente, substituída por outras medidas cautelares não prisionais ou concedida prisão domiciliar, expedindo-se, conseqüentemente, em qualquer caso, o respectivo alvará de soltura. No mérito, pugnou pela confirmação dos efeitos da tutela jurisdicional de urgência, para o fim de tornar definitiva a revogação da custódia cautelar.

O pedido liminar foi indeferido (f. 157-159).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 163-165).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 169-176, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e denegação da ordem.

Foi determinada a realização de estudos psicossociais para apurar a situação em que se encontram os filhos menores da paciente (f. 178), sendo juntados os respectivos laudos interdisciplinares (f. 184-189 e 273-282).

Manifestando-se a respeito (f. 194-288), a Procuradoria-Geral de Justiça endossou o parecer outrora feito, corroborando a opinião sobre a denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

A advogada Fernanda Poltronieri da Silva impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Fabiola Pereira Ferreira, já qualificada nos autos, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor da paciente, ou, alternativamente, a substituição da prisão por outras medidas cautelares não prisionais ou, ainda, a concessão de prisão domiciliar. Apontou, na qualidade de autoridade coatora, o magistrado da Comarca de Rio Brilhante/MS.

Analisando os autos, é possível observar que a paciente foi presa em flagrante (Autos nº 0003041-75.2018.8.12.0020) e denunciada (Autos nº 0003109-25.2018.8.12.0020) pela prática do crime de tráfico de drogas, pois, segundo a denúncia:

“(...) Infere-se do inquérito policial em apreço que, no dia 06 de dezembro de 2018, por volta das 20h, na residência localizada na Rua Expedicionário Hugo Gonçalves, cruzamento com a Rua Etelvina Vasconcelos, centro, em Rio Brilhante/MS, os denunciados Marcos Suel Gomes da Silva e Fabiola Pereira Ferreira, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, de forma livre e voluntária, agindo em coautoria e unidade de desígnios, tinham em depósito substância entorpecente para fins de traficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Segundo se apurou, em rondas ostensivas por esta urbe, a Guarnição da Polícia Militar vislumbrou dois indivíduos que apresentavam nervosismo ao noticiar a presença dos milicianos.

Assim, realizada a devida abordagem, identificaram civilmente como sendo os ora denunciados Marcos Suel Gomes da Silva e Fabiola Pereira Ferreira. Em razão de Marcos Suel ser conhecido nos meios policiais e existir mandado de prisão em desfavor deste, o casal foi encaminhado à Delegacia de Polícia Civil.

Então, em busca pessoal realizada, foram encontradas com a denunciada Fabiola 03 (três) trouxinhas de pasta-base de cocaína, escondidas no bolso do short e na mochila. Ainda, foram encontrados R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais) em espécie na sua carteira.

Em continuidade, os policiais se deslocaram ao local indicado como residência dos denunciados, onde, mediante autorização destes, foi realizada uma busca e logrado êxito em

localizar e apreender mais drogas destinadas à comercialização, já fracionadas e embaladas, consistente em 11 (onze) trouxinhas de ‘pasta base de cocaína’, sendo que a totalidade das 14 (quatorze) trouxinhas, pesaram 10g (dez gramas).

Além da droga, foi apreendido um aparelho de telefone celular, marca positivo, cor preta. Formalizaram-se as apreensões por meio do auto de exibição e apreensão de f. 36-37.

Apurou-se na sequência que os denunciados estavam realizando a venda de drogas por meio do sistema conhecido como ‘disque-drogas’, separando o entorpecente em ‘trouxinhas’ de 1g (uma grama) e a vendendo por R\$ 50,00 (cinquenta reais) cada.

No dia dos fatos, inclusive, os denunciados estariam indo à residência de amigos e traziam consigo o entorpecente para que, caso recebessem alguma ligação, a venda fosse facilitada.

Vale salientar que, veio à tona a nítida divisão de tarefas delitivas entre os denunciados Marcos Suel e Fabíola, que estavam alinhados, agindo em coautoria e unidade de desígnios, no tocante ao fracionamento da droga em porções, armazenamento, entrega e venda, bem como que os dois denunciados dividiam entre si os lucros obtidos com a venda, haja vista a relação de convivência.

Ademais, conforme consta, as porções apreendidas são remanescentes de uma quantidade maior, adquirida pelos denunciados por volta de vinte dias antes, quando compraram 30g (trinta gramas) e já tinham vendido 20g (vinte gramas). (...)”

Por decisão fundamentada, a autoridade apontada como coatora converteu a prisão em flagrante em preventiva. Em virtude disso, foi manejado o presente remédio constitucional, cujo objetivo, como dito, é a revogação da prisão cautelar decretada em desfavor da paciente, ou, subsidiariamente, a substituição da prisão por outras medidas cautelares não prisionais ou concessão de prisão domiciliar.

Em suas razões, afirmou o impetrante, basicamente, que não estão presentes os requisitos e fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva e que a paciente tem condições subjetivas favoráveis, o que, em sintonia, defendeu ser suficiente para revogação da prisão preventiva ou substituição por outras medidas cautelares não prisionais. Por fim, destacou que a paciente é mãe de filhos menores de doze anos, o que disse ser suficiente para a concessão de prisão domiciliar.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame do presente remédio constitucional.

Do pedido de revogação da prisão preventiva ou substituição por outras medidas cautelares não prisionais:

O pedido em questão está prejudicado.

Isso porque, analisando os autos da ação penal da origem, que tramita sob o nº 0003109-25.2018.8.12.0020, constata-se que houve a prolação de sentença, que condenou os réus, dentre eles a paciente, nos termos da denúncia.

Ademais, o magistrado negou aos réus o direito de recorrer em liberdade, expondo, nesse ponto, como fundamentação, além dos argumentos expostos na decisão que decretou a custódia cautelar, aos quais se reportou, o fato de terem permanecido presos ao longo de todo o processo, a natureza do delito e a quantidade de pena aplicada.

Constata-se, portanto, que a prisão preventiva da paciente está embasada em novo título, que é a superveniente sentença condenatória, a qual, repita-se, negou a ela, paciente, o direito de recorrer em liberdade. E o fez, como visto, com acréscimos de novos fundamentos, o que lhe atribui o caráter da novidade.

Assim, está prejudicada a análise dos presentes pedidos de revogação da prisão preventiva e/ou substituição por outras medidas cautelares não prisionais, tendo em vista que o ato coator então atacado – decisão que decretou a preventiva – não mais subsiste, estando a custódia, atualmente, embasada na sentença condenatória superveniente.

Nesse sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência do STJ, para o qual:

“(…) A discussão posta acerca do decreto de prisão preventiva do ora agravante encontra-se superada, pois, configurando a sentença um novo título, necessária a prévia submissão da matéria ao Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância” (AgInt no HC 371.844/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019).

No mesmo caminho,

“(…) o pedido de revogação da prisão preventiva encontra-se prejudicado em virtude da superveniência de novo título prisional ao qual foram agregados novos fundamentos para a manutenção da segregação cautelar do recorrente” (AgRg no RHC 59.075/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016).

Assim, ante a superveniência de novo título embasador da custódia cautelar, que sediou novos fundamentos, reputo superada a análise em questão.

Do pedido de concessão de prisão domiciliar:

O pleito não merece atendimento.

Primeiramente, é preciso esclarecer que a simples subsunção fática do caso concreto a uma das situações previstas no art. 318 do Código de Processo Penal não enseja, automaticamente, o direito à prisão domiciliar.

Paralelamente ao juízo subsuntivo, deve ser feito um exame das circunstâncias do caso concreto, a fim de verificar se a prisão domiciliar será suficiente o bastante para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, destaco os elucidativos ensinamentos do professor Renato Brasileiro, que assim leciona sobre o tema:

“(…) a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos par que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.” (Manual de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998).

Esta também é a posição dos professores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer²³ e Norberto Avena²⁴, para os quais a mera adequação do caso concreto ao art. 318 do Código de Processo Penal não é suficiente para o deferimento da prisão domiciliar, a qual exige, para além disso, a análise das circunstâncias do caso concreto para saber se a medida será suficiente.

O mesmo entendimento parece ter sido adotado pelo próprio legislador, o que se extrai de uma interpretação literal do *caput* do art. 318 do Código de Processo Penal, que prevê, em seu texto normativo, que “poderá o juiz”, evidenciando, a partir dessa expressão, uma faculdade judicial, ainda que o caso se subsuma nas hipóteses do dispositivo.

É preciso ressaltar, todavia, que o tema, notadamente no aspecto da prisão domiciliar às mães de filhos menores de 12 anos, ganhou relevância nacional a partir do julgamento, pela 2ª Turma do STF, do HC coletivo nº 143641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018.

23 “Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 645-646”

24 “Processo penal. 7. ed., São Paulo: Método, p. 487”

Na ocasião, em decisão despida de força vinculante, o Ministro Relator decidiu que, como regra, a prisão domiciliar deveria ser concedida, dentre outros casos, às mães de filhos menores de doze anos, independentemente da análise das circunstâncias do caso concreto, bastando a subsunção a tal hipótese. Impôs-se, portanto, como regra, uma situação de deferimento obrigatório da prisão domiciliar, nas circunstâncias apresentadas.

Entendeu-se, a esse respeito, que há, nessa situação, que se assemelha a dos autos, uma presunção (relativa) da indispensabilidade da presença física da mãe para o desenvolvimento físico e emocional equilibrado da prole.

No entanto, o relator consignou hipóteses excepcionais de indeferimento da prisão domiciliar mesmo nas circunstâncias acima exaltadas. Nesse sentido, ficou estabelecido que a medida não deve ser autorizada quando: a mãe tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; a mãe tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos e/ou netos); ou em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Cabe salientar que as situações de exceção configuram casos de ruptura da presunção (relativa) indispensabilidade da mãe ao lado da prole, aptas a evidenciar, em verdade, que tal proximidade é prejudicial ao desenvolvimento do infante.

Assim, nos termos do referido julgamento, a regra passou a ser a concessão de prisão domiciliar às mães de filhos menores de doze anos, com previsão de possibilidade excepcional de indeferimento da medida nos casos listados em linhas anteriores.

A norma judicial extraída do referido julgamento foi incorporada pela Lei nº 13.796/2018, que, acrescentando o art. 318-A ao Código de Processo Penal, impôs o dever de aplicação da prisão domiciliar, entre outros casos, às mães de crianças, salvo se o crime foi praticado com violência ou grave ameaça ou contra a prole.

Veja, aliás, a íntegra do dispositivo:

“Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

A despeito do silêncio legislativo, o STJ, no julgamento do HC 470.549/TO, que ocorreu após à vigência da Lei nº 13.796/2018, concluiu que, apesar de não constar no rol dos incisos do art. 318-A do CPP, a existência de situação excepcionalíssima, aludida no HC coletivo nº 143641/SP, permite o indeferimento da prisão domiciliar, sendo uma terceira hipótese ao lado das duas positivadas no dispositivo.

O tema foi assim enfrentado pelo STJ:

“O art. 318-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo STF no HC 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei.

O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais.

Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis.

Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente do STF deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. STF. 5ª Turma. HC 470.549/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12/02/2019.”

É dizer, portanto, que, mesmo após a decisão do HC coletivo nº 143641/SP e a inclusão do art. 318-A do Código de Processo Penal, ainda é possível o indeferimento de prisão preventiva a mães de crianças ante a presença de situação excepcionalíssima, particularizada pelos elementos do caso concreto, que demonstrem a dispensabilidade da presença da mãe junto à companhia de sua prole.

No presente caso, entendo que existem elementos concretos aptos a ensejar a excepcionalidade da situação, possibilitando o indeferimento da prisão domiciliar.

A paciente é mãe de duas crianças, conforme comprovam as certidões de nascimento de f. 151 e 154.

A fim de aclarar a verdadeira a dispensabilidade ou não da paciente junto à prole, foi determinada a realização de estudos, por equipe multidisciplinar, acerca da situação dessas crianças, especialmente o local onde residem e o atual responsável pelo cuidado dos infantes durante o período de cárcere da mãe.

Um dos estudos (f. 184-189), relacionado à criança Breno Leandro Pereira Acunha, constatou que o infante já estava sob a guarda dos avós paternos, há, aproximadamente, seis meses antes da prisão da paciente. O estudo ainda apontou:

“O genitor Breno Acompanhou a realização da visita domiciliar e (...) informa concordar que a guarda do filho fique com sua genitora, pois possui melhores condições de cuidar da criança do que ele e a mãe de seu filho, que está presa, e que há aproximadamente 06 meses antes de sua prisão entregou Breno para a Sra. Conceição, alegando não ter condições de cuidar do filho. (...) o Estudo Social realizado através dos instrumentais técnicos operativos aponta que a Sra. Conceição Rodrigues Acunha, avó paterna da infante em tela, denota responsabilidade, maturidade e esclarecimento no que tange às condições objetivas e subjetivas do dever de guarda, apresentando conjuntura favorável para oferecer a Breno Leandro Pereira Acunha, 01 ano e 04 meses, desenvolvimento físico, intelectual, moral e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo amor, carinho e zelo. Não foi possível identificar ocorrência de ameaça ou violação dos direitos do infante” (sic).

O outro estudo (f. 276-282), relativo à criança Maria Clara Pereira Ferreira, verificou que a menor, atualmente com quatro anos, desde o nascimento, sempre morou com a avó materna, senhora Rosimeire da Costa Pereira, que, desde então, é responsável exclusiva pelos cuidados integrais da infante. O referido estudo também destacou:

“(...). Por meio de relatos orais, a senhora Rosemeire disse que (...) ‘desde o nascimento ela (Maria Clara) sempre morou comigo’. Disse que a requerida Fabiola verbalizou que irá lhe entregar a guarda da criança em tela. (...).

Evidenciamos que Rosemeire ostenta capacidade psicoemocional para atender as necessidades para um bom desenvolvimento biopsicossocial da criança em tela. Outrossim, evidenciamos na entrevista omissões de fatos importantes e relatos controversos que sinalizam uma conduta dissimulada, possivelmente objetivando proteger a requerida e demonstrar que a filha Fabiola desempenhava adequadamente as funções maternas. (...).

Evidenciamos há existência de vinculação afetiva, suficientemente boa, no núcleo familiar no qual a criança em tela encontra-se inserida. Bem como a criança Maria Clara reconhece e nomeia a avó materna Rosemeire por “mãe”, o companheiro da avó, senhor Otaviano por “pai” e os tios Jenifer e João por “irmãos”, demonstrando, assim, sentimentos

de segurança e pertencimento ao núcleo familiar no qual está inserida, reconhecendo-os como sua família.

Observamos que o núcleo familiar da senhora Rosemeire, no momento, possui dinâmica familiar saudável, organizada e estruturada capaz de favorecer o desenvolvimento global dos membros familiares.

Por tudo que já foi pautado, podemos afirmar para o momento, que não há evidências psicoemocionais que impeçam a senhora Rosemeire de permanecer exercendo os cuidados da neta Maria Clara, visto que a mesma atende o melhor interessa da infante.”

A partir desses elementos concretos, verifica-se que a paciente já não dispunha da guarda dos seus filhos menores na ocasião em que foi presa, os quais estavam sob os cuidados exclusivos dos avós (Breno, com os avós paternos, e Maria Clara, com a avó materna). Ademais, os elementos exaltados também evidenciam que os respectivos avós, responsáveis pelas crianças, oferecem ambiente saudável ao desenvolvimento dos infantes, de modo que atendem, satisfatoriamente, ao princípio do melhor interesse.

Logo, conclui-se, de forma absolutamente nítida, que é dispensável a presença da paciente ao lado dos seus filhos menores, porque, além de estarem sob a guarda (de fato) de seus avós, os seus direitos fundamentais estão sendo adequadamente satisfeitos, não havendo nenhuma consequência prejudicial advinda da ausência da mãe.

A previsão de prisão domiciliar às mães de crianças visa possibilitar o crescimento e desenvolvimento sadio e harmônico dos infantes, o que se potencializa pela convivência a partir das relações afetivas no âmbito da família natural. A preocupação maior, aqui, evidentemente, é com desenvolvimento infantil, que é melhor tutelado pela presença da mãe junto à prole.

Todavia, se tal finalidade – o crescimento saudável das crianças – está sendo satisfatoriamente atingida através dos cuidados da família extensa, a prisão domiciliar, no caso, perde a razão de ser, podendo, então, ser indeferida.

Ademais, é importante ressaltar que, mesmo em prisão domiciliar, a paciente não ficará ao lado de seus filhos, os quais, como já dito, estão sob a guarda de fato de avós, situação que, em última análise, também esvazia a finalidade da prisão domiciliar no presente caso, evidenciando sua desnecessidade.

Assim, reputo caracterizada situação excepcionalíssima capaz de autorizar o indeferimento da prisão domiciliar, pois há elementos concretos que indicam a desnecessidade da presença da mãe junto aos infantes.

Por isso, indefiro o pedido em questão.

Do dispositivo:

Posto isso, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram a ordem, 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 Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

2ª Câmara Criminal

Habeas Corpus Criminal nº 1600731-56.2019.8.12.0000 - Maracaju

Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – TESE REJEITADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – AUSÊNCIA DE DESÍDIA POR PARTE DA ACUSAÇÃO E DO JUÍZO – DEVIDO PROCESSO LEGAL RESPEITADO – SÚMULAS 21 E 52 DO STJ – NÃO CONCESSÃO, COM O PARECER.

Ninguém pode ficar indefinidamente à mercê do arbítrio estatal, quando a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, garantia que ganha especial relevo em sede criminal, envolvida a prisão cautelar, justamente para que não haja o cumprimento antecipado de pena, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Os prazos para a conclusão da instrução criminal podem ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. Na hipótese, não há demora injustificada, nem excesso de prazo a caracterizar constrangimento ilegal, considerando que o processo segue trâmite regular perante o Juízo de primeiro grau.

Ademais, a confrontação entre o tempo de segregação cautelar, pouco mais de dois anos e meio, com a pena mínima cominada ao tipo penal (homicídio qualificado), 12 anos de reclusão, evidencia a não ocorrência de excesso de prazo na conclusão processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, denegar a ordem, por maioria, nos termos do voto do 1º Vogal. Vencido o Relator.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de *habeas corpus* criminal, com pedido de liminar, impetrado, de próprio punho, por Sergio Henrique Vieira Mercado apontando como autoridade coatora o juiz(a) de direito da 1ª Vara da Comarca de Maracaju, atuante nos Autos de nº 0001953-88.2016.12.0014.

Alega a ocorrência de excesso de prazo sob o argumento de que está preso, pela suposta prática do delito descrito no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, desde 22.09.2016 sendo que até o presente momento não foi submetida a julgamento.

Afirma ainda que possui condições pessoais favoráveis.

Pediu a concessão de liminar para responder ao processo em liberdade e a ulterior confirmação no mérito.

A liminar foi indeferida, f. 14-15.

As informações foram prestadas, f. 20-21.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de habeas corpus, f. 25-29.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* criminal, com pedido de liminar, impetrado, de próprio punho, por Sergio Henrique Vieira Mercado apontando como autoridade coatora o juiz(a) de direito da 1ª Vara da Comarca de Maracaju, atuante nos Autos de nº 0001953-88.2016.12.0014.

Alega a ocorrência de excesso de prazo sob o argumento de que está preso, pela suposta prática do delito descrito no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, desde 22.09.2016 sendo que até o presente momento não foi submetida a julgamento.

Afirma ainda que possui condições pessoais favoráveis.

Pediu a concessão de liminar para responder ao processo em liberdade e a ulterior confirmação no mérito.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Em informações noticiou a autoridade apontada como coatora:

“O paciente/impetrante foi pronunciado em 14.9.2018 (f. 323-334) como incurso nas sanções previstas no artigo 121, §2º, IV, do Código Penal.

Na oportunidade foi mantida a sua segregação cautelar (inicialmente decretada em 21.9.2016), nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Recurso em sentido estrito interposto pela defesa em 26.10.2018 (f. 341) e pelo órgão ministerial em 31.8.2018 (f. 343-357).

Contrarrrazões da defesa apresentada em 7.11.2018 (f. 360-372) e ministeriais em 26.11.2018 (f. 386-393).

Atualmente, o feito encontra-se em grau de recurso.”

Por oportuno, primeiramente, destaco que o mencionado recurso em sentido estrito manejado pela defesa do paciente e pelo *Parquet*, Autos nº 0001953-88.2016.8.12.0014, foi julgado em 19 de fevereiro de 2019, *verbis*:

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA EX OFFICIO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

O representante do Ministério Público Estadual possui a prerrogativa de ser intimado mediante vista pessoal, que, com relação aos processos eletrônicos, é promovida mediante remessa do processo digital às filas correspondentes via sistema SAJ/MP, com integração ao SAJ/TJ, ato que gera automaticamente a movimentação pertinente e inicia a contagem do prazo recursal. O disposto no artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Lei 11.419/2006, não se aplica aos membros do Ministério Público Estadual, haja vista que tais dispositivos dirigem-se aos jurisdicionados em geral que se cadastrarem previamente no Poder Judiciário e são intimados por meio eletrônico em portal próprio, via consulta eletrônica ao teor da intimação.

A interposição do apelo criminal fora do quinquídio legal caracteriza a intempestividade do recurso e acarreta o seu não conhecimento.

Recurso não conhecido.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – QUALIFICADORAS DO INCISO IV DO § 2º DO ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL – PEDIDO DE AFASTAMENTO – NÃO ACOLHIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Somente é cabível a exclusão das qualificadoras, na decisão de pronúncia, quando manifestamente improcedentes, uma vez que cabe ao Conselho de Sentença, diante dos fatos narrados na denúncia e colhidos durante a instrução probatória, a emissão de juízo de valor acerca da conduta praticada pelo réu.

Recurso não provido.”

Destaco ainda que do *decisum* do recurso em sentido estrito houve interposição de recuso especial pelo Ministério Público Estadual, Feito nº 0001953-88.2016.8.12.0014/50000, sendo que em 02/04/2019, foi dado seguimento ao mesmo remetendo-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça autuado em 09/04/2019, REsp nº 1806414/MS (2019/0100162-0), sendo que desde 17/05/2019 os autos encontram-se conclusos ao relator, Ministro Ribeiro Dantas, para julgamento.

Logo, até o presente momento, constata-se que não existe sequer previsão para que o paciente, que se encontra preso desde 21/09/2016, seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Com efeito, embora o atraso na marcha processual possa ser justificado pelas diversas remarcações de audiências, necessidade e expedição de carta precatória e recursos, compulsando os autos originários, verifico a ocorrência de excesso de prazo na prisão preventiva do paciente, que se encontra segregado há aproximadamente 2 anos e 8 meses sem que se tenha sequer o júri tenha sido marcado.

Mesmo à luz do princípio da razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto é possível concluir que o tempo decorrido para formação da culpa excedeu o aceitável de modo que o tempo total de prisão foge completamente das raias da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido o STJ:

“HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIME – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO.

1. No que concerne à assertiva quanto ao excesso de prazo na finalização da instrução processual, não se ignora que o paciente está preso desde 04.01.06, caracterizando evidente constrangimento ilegal.

2. In casu, uma vez que não há qualquer previsão para o fim da instrução criminal sem que exista incidente relevante atribuível à defesa, capaz de afastar o excesso de prazo, o atraso é completamente desmedido, violando, assim, o princípio da tempestividade do processo ou da razoabilidade dos prazos processuais.

3. Ordem concedida, parcialmente, para expedir alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, para que possa aguardar o seu julgamento em liberdade.” (STJ: HC 124124 PE 2008/0279226-1, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Data de Julgamento: 20/09/2011, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/10/2011)

Nessa mesma seara de pensamento esta Corte:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – EXCESSO DE PRAZO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Ninguém pode ficar indefinidamente à mercê do arbítrio estatal, quando a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, garantia que ganha especial relevo em sede criminal, envolvida a prisão cautelar, justamente para que não haja o cumprimento antecipado de pena, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Ordem parcialmente concedida.” (TJMS; Habeas Corpus nº 1412554-45.2018.8.12.0000 – Maracaju; Relator designado: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data do Julgamento: 22 de novembro de 2018; Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal).

Como é cediço, ninguém pode ficar indefinidamente à mercê do arbítrio estatal, quando a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, garantia que ganha especial relevo em sede criminal, envolvida a prisão cautelar, justamente para que não haja o cumprimento antecipado de pena, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Nesse contexto, por óbvio que o paciente não pode continuar sendo prejudicado por retardo processual que não deu causa, afigurando-se impositiva a substituição da sua prisão preventiva por medidas cautelares mais brandas.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, a fim de permitir que Sergio Henrique Vieira Mercado responda ao processo em liberdade, com o compromisso do mesmo em comparecer aos atos do processo sempre que intimado, manter endereço atualizado nos autos onde possa ser encontrado, não se mudando ou se ausentando sem prévia comunicação da autoridade processante e comparecimento mensal em juízo para informar e justificar atividades (art. 319, I, CPP).

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Consoante entendimento consolidado da jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, o prazo para conclusão da instrução processual não possui natureza absoluta, admitindo-se a dilação com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão, por exemplo, da complexidade da causa, pluralidade de réus envolvidos no fato criminoso, da necessidade de expedição de cartas precatórias, enfim, de circunstâncias que legitimamente justifiquem o alargamento do tempo para a conclusão do processo e que não decorram de desídia da autoridade judiciária.

Na hipótese, não se verifica desídia ou inércia do magistrado *a quo* na condução da ação penal, que segue seu trâmite regular, a despeito das dificuldades inerentes e cotidianas, especialmente pela especificidade das ações penais de procedimento do júri, com duas fases, formação da culpa e julgamento de mérito pelo Conselho de Sentença.

Na hipótese, o paciente foi pronunciado, tendo tanto a defesa como o MP apresentado recurso em sentido estrito, sendo que o defensivo foi improvido e acusatório não conhecido, por ser intempestivo.

Diante disso, houve recurso especial do MP objetivando o conhecimento do RESE nesta Corte, o qual está pendente de julgamento no STJ.

Logo, o processo não permaneceu inerte, tendo seu regular prosseguimento, de modo que plenamente justificado certo alargamento na conclusão da instrução processual, inexistindo descaso do Estado-juiz ou do Estado-acusação e não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

Portanto, à luz do panorama fático-processual acima exposto, pode-se concluir, com extrema clareza, que o feito, até a atual fase em que se encontra, teve regular e pronto andamento, não havendo notícias da

ocorrência de suposta morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional, não havendo o que se falar em coação ilegal por excesso de prazo.

A apreciação da questão atinente ao excesso de prazo deve ser pautada pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa, de fato, o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais, cuja prática se apresenta imprescindível para observância do princípio constitucional do devido processo legal.

A propósito:

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – NÃO CABIMENTO – ROUBO MAJORADO – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL – REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO HC 326.593/SP – APONTADO EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – INOCORRÊNCIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) Os prazos processuais não têm as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. (Precedentes). VI - In casu, conforme informações constantes dos autos, justifica-se o prazo dilatado do trâmite processual pela complexidade do feito ‘em virtude da necessidade de colher-se prova extensa, principalmente que necessita da expedição de cartas precatórias’ Habeas corpus não conhecido”. (STJ, HC 353.179/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 02/06/2016).

Neste cenário, não merece acolhimento a alegação de excesso de prazo deduzida na impetração, visto que a instrução criminal está seguindo seus trâmites regulares, na esteira do devido processo legal, não podendo ser cerceado o direito de recurso do Ministério Público.

Demais disso, a confrontação entre o tempo de segregação cautelar, pouco mais de dois anos e meio, com a pena mínima cominada ao tipo penal (homicídio qualificado), 12 anos de reclusão, evidencia a não ocorrência de excesso de prazo na conclusão processual.

Outrossim, incidem na hipótese as Súmulas 21 e 52 do STJ, segundo as quais, pronunciado o réu e encerrada a instrução processual, resta superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Forte em tais razões, presentes os requisitos da prisão cautelar e não havendo constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, por ora, impossível o acolhimento do pedido.

Diante do exposto, divergindo respeitosamente do Relator e de acordo com o parecer, denego a ordem postulada no presente *habeas corpus*.

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:

Denegaram a ordem, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal. 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, 4 de junho de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0008532-85.2017.8.12.0800 - Campo Grande

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CONCUSSÃO E SEQUESTRO – RECURSOS DEFENSIVOS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DOS DELITOS – PROVAS CONCRETAS DE AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INOCORRÊNCIA – CRIMES INDEPENDENTES – CONCURSO MATERIAL MANTIDO – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – INCABÍVEL – PRETENDIDA REDUÇÃO DAS PENAS-BASES PARA OS MÍNIMOS LEGAIS – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – PENAS FIXADAS EM OBSERVÂNCIA AO ART. 69 DO CPM – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 53, § 2º, CPM – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E AMPLA DEFESA – INOCORRÊNCIA – FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA – CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 70, II, “L”, CPM – CONFIGURADA – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 72, II, CPM – COMPORTAMENTO ANTERIOR MERITÓRIO – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DA BENESSE DO ART. 74 DO CPM – OPERAÇÃO REALIZADA NO CÁLCULO DA PENA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INAPLICÁVEL – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – FECHADO MANTIDO – RECURSOS DESPROVIDOS.

Tendo os apelantes, segundo se constata dos autos do processo, agido em unidade de desígnios, exigindo para si, diretamente e em razão da função, vantagem indevida, bem como privado a vítima de sua liberdade, mediante sequestro, não há falar em absolvição dos crimes de concussão e sequestro.

Impossível aplicar o princípio da consunção ao caso, pois os crimes de concussão e sequestro são distintos, autônomos, independentes, não se constituindo a conduta de um como meio necessário ou etapa de preparação/execução do outro, pelo que inviável aplicação do princípio da consunção ao caso.

Incabível, no caso, o reconhecimento da minorante da participação de menor importância visto que todos os agentes são coautores dos crimes.

As circunstâncias judiciais apontadas como negativas foram fundamentadas de forma concreta e fixadas em patamar necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, pelo que não há falar em afastamento das mesmas para a redução das penas-bases.

A fundamentação e o dispositivo da condenação guardam correspondência com os fatos descritos na inicial acusatória, razões pelas quais inexistente ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Ademais, há permissão expressa de reconhecimento de agravante pelo Conselho de Justiça, ainda que não tenha sido arguida (art. 437, “b” e art. 440, “b”, do CPPM).

Considerando que, segundo consta dos autos, dois réus eram os “cabeças” dos delitos, ou seja, os que dirigiram as atividades dos demais, deve ser mantida a agravante contida no parágrafo 4º do art. 53 do CPM.

Agravante do art. 70, II, “I”, do CPM não integra a elementar do tipo penal, assim, o agravamento não incide em *bis in idem*, pois a prática do delito não exige que o agente esteja necessariamente no exercício da função.

Para reconhecer o comportamento meritório, não basta a simples análise da vida em caserna do miliciano, mas também sua vida pessoal, familiar, social e profissional, sendo que esta deve ir além de simples elogios.

As penas-bases foram agravadas uma única vez, ou seja, em $\frac{1}{4}$ pelas duas agravantes, atendido, assim, o disposto no art. 74 do CPM.

O *quantum* aplicado à agravante foi fixado de forma proporcional, atendendo ao princípio da razoabilidade, não há falar em redução.

Quando não há confissão espontânea pelo agente sobre a autoria dos fatos que lhe são atribuídos, impossível o reconhecimento da atenuante da confissão a autoria dos delitos (art. 72, III, “d”, CPM).

Preenchidos os requisitos contidos no art. 33, § 2º, “a”, e § 3º, do Código Penal, mantém-se o regime prisional fechado.

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 dos recursos, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de junho de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Alex Duarte de Aguir, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 10 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 305 (concussão) e art. 225 (sequestro) c/c art. 53, § 2º, I, do Código Penal Militar;

Rafael Marques da Costa, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 08 anos e 02 meses de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 305 (concussão) e art. 225 (sequestro) do Código Penal Militar;

João Nilson Cavanha Vilalba, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 09 anos e 07 meses de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 305 (concussão) e art. 225 (sequestro) c/c arts. 53, § 2º, I, e 70, II, “I”, do Código Penal Militar;

Felipe Fernandes, Walgnei Pereira Garcia e Lucas Silva de Moraes, qualificados nos autos, foram condenados às penas de 08 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 305 (concussão) e art. 225 (sequestro) c/c art. 70, II, “I”, do Código Penal Militar;

Eduardo Torres de Arruda, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 08 anos e 06 meses de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 305 (concussão) e ao art. 225 (sequestro) do Código Penal Militar (f. 1192-1229).

Alex e Rafael pedem, em suma, a absolvição dos delitos por ausência de provas de autoria e materialidade dos fatos, bem como de que restaram configurados.

Alternativamente, pedem a aplicação do princípio da consunção, absorvendo o crime-meio (sequestro) pelo crime-fim (concussão).

Subsidiariamente, pedem a redução das penas-bases para os mínimos legais por estarem exacerbadas, sem motivos plausíveis.

Por fim, o apelante Alex pede o afastamento da agravante do art. 53, § 2º, I, CPM, por ausência de provas de que dirigiu a atividade dos demais agentes e porque esta circunstância não constou na denúncia, violando o princípio da correlação entre acusação e sentença, inviabilizando o contraditório e a ampla defesa (f. 1287-1321 e 1322-1351).

João, Felipe e Walgnei pedem, em suma, a absolvição dos delitos por ausência de provas de autoria e materialidade dos fatos, bem como de que restaram configurados, pedindo a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Alternativamente, pedem a aplicação do princípio da consunção, absorvendo o crime-meio (sequestro) pelo crime-fim (conculção).

Subsidiariamente, pedem a redução das penas-bases para os mínimos legais por estarem exacerbadas, sem motivos plausíveis; o afastamento da agravante do art. 70, II, “I” do CPM (estado de serviço), por ser integrante do crime, incorrendo em *bis in idem*, bem como a aplicação da atenuante prevista no art. 72, II, CPM (ser meritório seu comportamento anterior) e a alteração do regime prisional para outro mais brando.

O apelante João, ainda, argumenta que não estão configurados os maus antecedentes, pois sua pena anterior foi extinta em 2012, pedindo o seu afastamento, bem como da agravante do art. 53, § 2º, I, CPM, por ausência de provas de que dirigiu a atividade dos demais agentes e porque esta circunstância não constou na denúncia, violando o princípio da correlação entre acusação e sentença, inviabilizando o contraditório e a ampla defesa. Por fim, pede que seja aplicada a benesse do art. 74 do CPM (f. 1352-1392).

Eduardo pede, em suma, a absolvição dos delitos por ausência de provas de autoria e materialidade dos fatos, bem como de que restaram configurados ou a desclassificação para o crime de prevaricação.

Alternativamente, pede a redução das penas-bases para os mínimos legais por estarem exacerbadas, sem motivos plausíveis; o reconhecimento da atenuante da participação de menor importância (art. 53, § 3º, CPM) e a alteração do regime prisional para outro mais brando (f. 1393-1406).

Lucas pede, em suma, a absolvição dos delitos por ausência de provas de autoria e materialidade dos fatos, bem como de que restaram configurados, até mesmo por ter obedecido ordem direta dos superiores, nos termos do art. 38, “b”, CPM.

Alternativamente, pede a redução das penas-bases para os mínimos legais por estarem exacerbadas, sem motivos plausíveis; o afastamento da agravante do art. 70, II, “I” do CPM (estado de serviço), por ser integrante do crime, incorrendo em *bis in idem*; o reconhecimento das atenuantes da participação de menor importância (art. 53, § 3º, CPM) e da confissão espontânea, compensando-as com a agravante (caso seja mantida) (f. 1407-1416).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento dos recursos (f. 1454-1486).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 1499-1533).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia o seguinte:

“Depreende-se do auto de prisão em flagrante e inquérito policial militar em anexo que, na data de 1º de dezembro de 2017, na rua Verdes Mares, esquina com a avenida Gunter

Hans, nesta cidade de Campo Grande/MS, os denunciados Cb João Vilalba, Sd Lucas Moraes, Sd Felipe Fernandes, Sd Walgnei Pereira, 3º Sgt Alex Aguir, Cb Eduardo Torres e Cb Rafael Marques, cientes da reprovabilidade de suas condutas, e agindo em unidade de desígnios, exigiram, para si, diretamente e em razão da função, vantagem indevida, e, em consequência desta vantagem, deixaram de praticar ato de seus ofícios.

Ainda, nas mesmas condições de tempo e local, os denunciados privaram a vítima Rogério Fernandes Mesquita de sua liberdade, mediante sequestro.

Conforme restou apurado, na data citada, por volta das 9hs, a guarnição composta pelos denunciados Cb Vilalba, Sd Moraes, Sd Fernandes e Sd Walgnei abordou o caminhão placas ATV-8001, próximo à rotatória saída para São Paulo, determinando ao motorista, Rogério Fernandes Mesquita, que encostasse o veículo.

(...).”

Dos pedidos de absolvição e desclassificação

Todos os apelantes pedem a absolvição dos delitos de concussão e sequestro por ausência de provas de autoria e materialidade dos fatos delituosos, bem como de que restaram configurados ou, ainda, a desclassificação das condutas para o crime de prevaricação.

Consta nos autos que, no dia 01/12/17, de manhã, nesta Capital, na rodovia, próximo a rotatória na saída para São Paulo, a guarnição de serviço, composta pelos apelantes João (comandante), Lucas, Felipe e Walgnei abordou o motorista do caminhão (placa ATV-8001) Rogério Fernandes Mesquita, o qual transportava uma carga de cigarros contrabandeados.

Sabendo deste fato, a guarnição subtraiu R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) do motorista Rogério, bem como comunicou os fatos ao Sargento Aguir, apelante Alex, o qual, mesmo de férias, a paisana, em veículo particular, veio ao local e, se apoderando das chaves e documentos do caminhão, bem como do telefone celular do motorista Rogério, passou a ameaçá-lo de morte, bem como a privar sua liberdade, a fim de que contactasse o proprietário da carga, para que este pagasse pela liberação do caminhão, da carga de cigarros e do próprio Rogério.

Em seguida, a guarnição se retirou do local a fim de trabalhar normalmente e o Sargento Aguir, apelante Alex, ficou sozinho com Rogério, obrigando-o a conduzir o caminhão até próximo do posto de combustível Tarumã, na Av. Gunter Hans, esquina com a Rua Verdes Mares, privando-o de sua liberdade, a fim de que aguardasse o pagamento.

O Sargento Aguir chamou os apelantes Rafael e Eduardo, para virem ao local dar “apoio”, os quais estavam de folga, pois haviam doado sangue, bem como a paisana, em veículos particulares, passando a vigiar o caminhão e o caminhoneiro Rogério, o qual, ficou privado da liberdade e sem se alimentar por cerca de 10 horas (f. 332-343).

Nisso, a pessoa de Fábio Garcete, vulgo “Nanico”, telefonou para a vítima Rogério, e o Sargento Aguir, que estava de posse do celular dela, atendeu e exigiu-lhe o pagamento da quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a fim de que liberasse o caminhão, a carga de cigarros e o motorista Rogério. Logo depois, também se encontraram em um mercado, tendo Sargento Aguir reforçado a exigência, se apresentado com o nome de “Marcelo”, momento em que estava acompanhado do apelante Eduardo (forte, com tatuagem no braço e pulseira de ouro – f. 24 e 176).

O informante Fábio Garcete, desta feita, denunciou os fatos ao GAECO (Tenente Coronel André Henrique de Deus Macedo) e ao Batalhão de Choque (Capitão Rigoberto Rocha da Silva), bem como a um policial federal chamado Helder, inclusive, encaminhando-lhes fotos do caminhão e de sua localização, por aplicativo (f. 332-343), sendo enviados policiais da inteligência para monitorar o local, a partir das 14:30 horas, constatando a presença dos apelantes Alex, Rafael e Eduardo, cada um em veículo diverso, sempre rondando próximo do caminhão estacionado na Av. Gunter Hans, com a Rua Verdes Mares, inclusive um indivíduo próximo do Sargento.

Segundo a testemunha Karolina, em juízo,

“(...) vi o Aguir ‘com outra pessoa’, tinha outra pessoa, mas não posso afirmar que era o motorista, porque não o vi depois”; ... ele estava com ele, depois entrou no carro dele; essa pessoa permanecia com ele o tempo todo; no caminhão não tinha ninguém, o caminhão ficou fechado (...).” (f. 437).

A equipe da inteligência continuou monitorando e, por volta das 19:00 horas, foi avisada que Fábio Garcete iria ao posto de combustível Tarumã, a fim de entregar a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para o Sargento Aguir, apelante Alex.

Antes de Fábio se dirigir ao local, outra equipe policial (agentes do GAECO - f. 54) fotografou o dinheiro que seria entregue ao Sargento Aguir (f. 26-30), bem como o acompanhou durante todo o percurso até o posto de combustível Tarumã, local combinado para efetuar o pagamento (testemunha André Henrique de Deus Macedo – f. 437).

Lá chegando, o Sargento Aguir ingressou no veículo de Fábio Garcete (Honda CRV preto) e, após se apoderar do dinheiro, colocando-o na cintura, ingressou em seu veículo Honda Civic prata e emparelhou com o veículo Montana, conduzido pelo apelante Eduardo, e lhe repassou a quantia, o qual se retirou do local imediatamente. Toda essa movimentação foi filmada pelas câmeras de segurança do posto de combustível (f. 321-331).

Em seguida, a guarnição do Capitão Rigoberto prendeu em flagrante o Sargento Aguir, bem como o apelante Rafael, que continuava por ali vigiando o local, em uma motocicleta Honda Twister. No veículo do Sargento Aguir foram apreendidos 04 telefones celulares, dentre eles, o pertencente à vítima Rogério, além do CRLV do caminhão; no bolso do apelante Rafael estava a nota fiscal de transporte de biscoitos (utilizado para o transporte de carga do contrabando), guias de arrecadação e outros documentos também pertencentes à vítima Rogério.

Pouco tempo antes da prisão em flagrante, a vítima Rogério conseguiu fugir no veículo de terceiro (f. 336 e 437).

Todos os apelantes já sabiam anteriormente que esse caminhão passaria naquele local, transportando carga de cigarros contrabandeado, bem como já estavam previamente mancomunados para a prática dos delitos de concussão e sequestro, até mesmo porque não informaram ninguém sobre a ocorrência, nem superior, nem CIOPS; não checaram os documentos do caminhão, nem do motorista, nem da carga transportada; não efetuaram a prisão do motorista, nem do suposto dono da carga, Fábio Garcete; um deles estava de férias e dois de folga e ficaram o dia todo vigiando e privando a liberdade da vítima Rogério, até que o suposto dono da carga viesse efetuar o pagamento da vantagem exigida; todos integravam o 10º BPM (Batalhão da Polícia Militar), o qual não tinha competência para efetuar a abordagem naquela área (que seria do 1º BPM); a guarnição de serviço trocou de viatura duas vezes no dia dos fatos e os apelantes Eduardo e Rafael apresentaram atestado médico pela manhã, ficando dispensados da escala de serviço no período noturno, no patrulhamento das motocicletas (conforme a testemunha Arédio – f. 437); não esclareceram para os superiores, de imediato, que estavam promovendo uma suposta ação controlada a fim de prender também o proprietário da carga de cigarro contrabandeado.

Além disso, a vítima Rogério descreveu fisicamente e reconheceu por fotografias todos os apelantes (f. 136-142), sendo que o Sargento Aguir também foi reconhecido por Fábio Garcete, como sendo a pessoa que exigiu e recebeu a vantagem (f. 25-26), e por policiais da inteligência que monitoraram o local (f. 437). Também houve a identificação da voz do Sargento Aguir em um áudio, exigindo o dinheiro de Fábio Garcete, dizendo *“não vem com trinta mil, se não for cento e cinquenta não quero nem conversar com você”* (testemunha Arédio – f. 205 e 437).

Como dito, as imagens das câmeras de segurança do posto de combustível Tarumã demonstram o momento em que o Sargento ingressa no veículo do civil Fábio para receber a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); entra em seu veículo Honda Civic prata e emparelha com o veículo Montana, conduzido pelo apelante Eduardo, repassando-lhe a quantia (f. 321-331), o qual conseguiu ir embora, tratando-se do destinatário final do dinheiro (f. 336).

Após analisar cuidadosamente os elementos de provas contidos nos autos, cheguei à conclusão de que os apelantes, agindo em unidade de desígnios, efetivamente praticaram os delitos de concussão e sequestro, pois exigiram para si, diretamente e em razão da função, vantagem indevida (R\$ 150.000,00), inclusive, se apoderaram da quantia total de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), bem como privaram a vítima Rogério Fernandes Mesquita de sua liberdade.

Não há dúvidas de que os crimes restaram configurados e que os apelantes, todos policiais militares, agiram dolosamente e em unidade de desígnios. Assim, não prosperam as teses defensivas de que a guarnição (composta pelos apelantes João, Lucas, Felipe e Walgnei) somente abordou e não participou dos demais fatos consistente em exigir vantagem ou sequestrar o motorista do caminhão, Rogério; ou que somente prevaricou (apelante Eduardo); ou, ainda, que somente obedeceu ordem dos superiores (apelante Lucas), até porque, ordem ilegal não se obedece; ou que queriam “valorizar” a ocorrência, retardando a ação a fim de também prenderem o proprietário da carga de cigarros contrabandeados, versão totalmente descabida e fantasiosa.

Portanto, a sentença muito bem analisou todo o conjunto probatório, encontra-se devidamente fundamentada com base nos autos constantes dos autos, abordou todas as matérias e teses defensivas com riqueza de detalhes, destacando toda a sequência dos fatos, razão pela qual, adoto-a também como razão de decidir para manter a condenação de todos os apelantes em seus exatos termos, *in verbis* (f. 1.194-1.220):

“(…)

Ao contrário do que foi defendido pelos réus, as materialidades e as autorias delitivas ficaram inconcussamente comprovadas nos autos. Em outras palavras, ficou plenamente comprovado que os réus, agindo em unidade de desígnios, exigiram, para si, diretamente e em razão da função, vantagem indevida, bem assim que, nas mesmas condições de tempo e local, privaram o civil Rogério Fernandes Mesquita de sua liberdade, mediante sequestro – enquadrando-se, perfeitamente, aos arts. 305 (concussão) e 225, caput (sequestro), ambos do Código Penal Militar (CPM).

Nesse sentido, verte-se dos autos que, ao ser inquirida judicialmente, a vítima Rogério Fernandes Mesquita prestou as seguintes declarações:

(...) Juiz: o senhor era o motorista do caminhão que transportava a carga de cigarro?

Rogério: sim, senhor

Juiz: o senhor foi parado aonde, aqui em Campo Grande?

Rogério: eu não sei certo a região, senhor

Juiz: na entrada da cidade?

Rogério: isso, na entrada da cidade

Juiz: e dali o senhor foi conduzido para onde?

Rogério: para dentro da cidade, no começo da cidade ali no começo da cidade

Juiz: em um posto de gasolina?

Rogério: em um posto de gasolina

Juiz: e a GU que abordou o senhor, revistou o caminhão?

Rogério: revistou

Juiz: e constataram que a carga era de cigarro?

Rogério: sim, senhor

Juiz: a nota que o senhor tinha da carga, era o que?

Rogério: era de bolacha

Juiz: e com que destino?

Rogério: São Paulo

Juiz: a cabine do caminhão do senhor foi revistada?

Rogério: sim senhor

Juiz: e eles deram voz de prisão ao senhor?

Rogério: não, senhor, não deram não

Juiz: quanto tempo o senhor ficou com a GU inicial que abordou o senhor?

Rogério: questão de uma hora, mais ou menos

Juiz: depois o senhor foi repassado à guarda de quem?

Rogério: de civis, que depois eu fiquei sabendo que era PM também

Juiz: mas estavam com trajes civis?

Rogério: sim, senhor

Juiz: e, o senhor narra no seu depoimento, que o senhor tinha 5 mil reais na primeira revista e esse dinheiro foi levado, o senhor confirma isso?

Rogério: confirmo, sim, senhor

Juiz: posteriormente, quando o senhor foi entregue a esses civis, o que que eles pediram para o senhor?

Rogério: não pediram para mim, pediram para eu ligar para o pessoal lá, que eles queriam uma quantia em dinheiro, que era para liberar eu e a carga.

Juiz: o senhor narra no seu depoimento em 150 mil reais, o senhor confirma isso?

Rogério: sim, senhor, eles mesmos falaram isso para mim, que queriam 150 mil reais.

Juiz: e quem que ligou para o senhor? Foi o Rigoberto?

Rogério: não senhor

Juiz: eles usaram o telefone do senhor para fazer essas ligações?

Rogério: usaram, sim senhor

Juiz: o senhor reside aonde?

Rogério: em Japorã/MS

Juiz: e o senhor pegou essa carga aonde?

Rogério: Ponta Porã/MS

Juiz: em determinado momento, eles liberaram o senhor para ir atrás de dinheiro?

Rogério: não, senhor

Juiz: o senhor ficou o tempo todo com eles?

Rogério: o tempo todo

Juiz: eles não soltaram o senhor para ir buscar o dinheiro?

Rogério: não, senhor. Eles ficaram perto de mim, cuidando de mim, mas para ir buscar o dinheiro não.

Juiz: a abordagem foi que horas?

Rogério: umas 9 horas da manhã

Juiz: e o senhor ficou com eles até a hora que foram presos, de noite?

Rogério: isso, até umas 18/19 horas

Juiz-militar: tem uma parte do depoimento do senhor, que o senhor fala que os PM's já sabiam que a carga era de cigarro, o senhor confirma?

Rogério: Sim, eles já sabiam, eles mesmos falaram para mim.

Juiz-militar: antes mesmo de fazer a revista?

Rogério: sim, senhora

Juiz-militar: você imagina de que modo que eles poderiam saber disso? Você passou isso para alguém ou eles comentaram?

Rogério: não, senhora, não imagino não

Juiz-militar: ao total, quantas pessoas o senhor reconheceu que atuaram nessa ação que o senhor passou aí?

Rogério: o senhor pergunta os militares?

Juiz-militar: quantas pessoas trataram com o senhor aí, nesse dia, nesse momento, quantas estavam fardadas e quantas estavam sem trajes?

Rogério: tinham 4 fardados e 3 civil.

Juiz-militar: esse 4 fardados, estavam em uma viatura de serviço?

Rogério: foram os que me abordaram

Juiz-militar: no momento em que te retiraram do veículo, eles te levaram dentro da viatura, no camburão, em condição de preso ou não.

Rogério: não, senhor, deixaram o caminhão na beira da BR, me levaram normal, dentro da viatura com eles, sem ser na gaiola, até encontrar com esse outro policial, que estava em outro carro, à paisana, aí eles me passaram para esse cara.

Juiz-militar: aí deixou você com ele e foram embora ou iam retornar em algum momento?

Rogério: não senhor, foram embora

MP: eles te entregaram para uma pessoa ou tinha mais de uma?

Juiz-militar: no local lá tinham 3 pessoas

MP: quando fizeram a primeira entrega, quando o senhor foi deixado pela Guarnição, pela viatura para essa pessoa, ele estava de carro ou estava de moto?

Juiz-militar: estava de carro.

MP: o senhor ficou com essa pessoa fora ou dentro do carro?

Rogério: fiquei dentro do carro, fora do carro, de qualquer jeito

MP: foi o dia inteiro assim?

Rogério: foi o dia inteiro

MP: o senhor lembra quando chegou os outros dois, que o senhor disse que tinha 3, lembra como eles chegaram no local?

Rogério: um chegou com um carro parecido com o outro que estava comigo e o outro chegou de moto

MP: e essas pessoas fizeram o que com o senhor?

Rogério: não fizeram nada, só ficaram me ameaçando

MP: ameaçando como?

Rogério: pedindo dinheiro, falando que ia matar e não sei o quê e eu não tinha nem contato com esse pessoal

MP: falaram que iam matar o senhor?

Rogério: sim senhor, me pediram dinheiro, mas eu não tinha contato com ninguém.

MP: certo. No depoimento, o senhor fala que estava com 5 mil reais.

Rogério: confirmo.

MP: e o que que aconteceu com esse dinheiro?

Rogério: ficou com os PM da viatura.

MP: lembra qual a turma? Esses três sem farda ou os que estavam com farda que pegaram?

Rogério: os que estavam na viatura, com farda

MP: certo. No depoimento do senhor, o senhor fala que um que era um ruivinho, teria falado que ia dar um tiro no senhor, confirma?

Rogério: sim, senhor.

Juiz: essa pessoa que trouxe o dinheiro, o senhor conhecia ele?

Rogério: não, conheci ele lá

Juiz: a pessoa de Fábio Garcete

Rogério: Sim senhor, mas conheci ele em Campo Grande, não conheci em outro momento.

Juiz: mas o senhor conheceu no dia ou você já conhecia ele?

Rogério: não, conheci ele no dia

Juiz: o senhor foi contratado para levar a carga, o senhor pegou a carga em Maracaju/MS?

Rogério: não, senhor, peguei em Ponta Porã

Juiz: e ia levar a para onde?

Rogério: para São Paulo

Juiz: o senhor já respondeu algum processo por contrabando ou descaminho

Rogério: não senhor

Juiz: foi a primeira vez?

Rogério: primeira

Juiz: o senhor foi levado na Polícia Federal e foi autuado lá por contrabando?

Rogério: sim, senhor, fui autuado

Juiz: eles fixaram fiança ou deram liberdade provisória?

Rogério: senhor, eu não sei, eu sei que me liberaram, não sei se foi fiança, minha advogada que sabe certinho

Juiz: a sua advogada acompanhou o senhor lá no momento?

Rogério: sim, acompanhou

Defesa: pela defesa do Moraes, Fernandes, Vilalba e Walgnei: seu Rogério, o senhor fala de uma quantidade em dinheiro no caminhão, essa quantidade estava aonde no caminhão

Rogério: não senhor, não estava no caminhão, estava comigo, que era 5 mil reais

Defesa: certo. Esse dinheiro veio de onde?

Rogério: isso eu não sei te responder.

Defesa: o senhor sacou esse dinheiro em algum banco?

Rogério: não

Defesa: o senhor consegue comprovar que o senhor estava com esse dinheiro?

Rogério: não tem como comprovar, porque é ilícito, é de contrabando

Defesa: pelo réu Eduardo Torres: o senhor fez um reconhecimento dos policiais militares, em que horário que foi feito esse reconhecimento? sa: aí, para encerrar, quando o senhor diz que eles estavam despercebidos e aproveitou a distração dos policiais, onde que esses policiais estavam?

Rogério: em uma borracharia, em frente de onde estava o caminhão

Defesa: e o senhor estava há quantos metros de distância deles?

Rogério: questão de 5/6 metros

Defesa: e qual seria esse horário

Rogério: seria umas 17 horas

Defesa: quando o senhor diz que estava há 5 metros deles, o senhor estava próximo ao caminhão

Rogério: não, senhor, estava distante, questão de 200 metros (...). (f. 437). (Transcrição efetuada pelo Parquet). (Grifou-se).

Essas declarações da vítima estão substancialmente consonantes às prestadas (f. 102-103) por ela durante a lavratura do auto de prisão em flagrante dos corrêus Sgt Aguir e Cb R. Marques e, também, com o seu interrogatório (f. 654-655) na Polícia Federal. Portanto, mesmo sendo questionado por três vezes sobre os fatos e passado mais de um mês entre a data dos fatos e a em que a vítima foi ouvida judicialmente, ela não apresentou nenhuma contradição ou incoerência substanciais, o que não é condizente com a postura de quem eventualmente estejam inventando uma versão fática – reforçando a conclusão de que o ofendido Rogério Fernandes Mesquita declarou a verdade real dos fatos.

A versão supracitada foi integralmente corroborada pelas declarações prestadas por Fábio Garcete, que foi o civil que negociou o pagamento dos 150 mil reais, delatou a negociata a um policial federal e que entregou a quantidade inicial de 30 mil reais ao corrêu Alex Duarte de Aguir, ocasião em que este e o corrêu Rafael Marques da Costa foram presos em flagrante.

Nessa esteira, o civil Fábio Garcete declarou (f. 104-105) na fase policial, em síntese, que, após saber que o caminhão havia sido abordado pelos denunciados, telefonou para Rogério Fernandes Mesquita, mas que foi atendido por um dos corrêus, ocasião em que exigiu o pagamento de R\$ 150.000,00 como condição para liberar Rogério Mesquita e o caminhão carregado de cigarros contrabandeados. Nessa oportunidade, combinou de se encontrar com esse corrêu, o que ocorreu no supermercado COMPER do Bairro Aero Rancho. Fábio Garcete descreveu os policiais com encontrou pela primeira vez para concretizar a negociata, sendo as descrições dos corrêus Alex Duarte de Aguir, Eduardo Torres de Arruda. Descreveu, também, o policial para o qual entregou os 30 mil, Alex Duarte de Aguir

De outro, verifica-se que ao serem interrogados judicialmente, os denunciados apresentaram uma versão fática condizente com a da vítima, porém, com algumas divergências sobre parte dos fatos, senão vejamos.

Ao ser interrogado judicialmente sobre os fatos, o corrêu STG PM Alex Duarte de Aguir prestou as seguintes declarações:

(...) Réu (...) que eu estava de férias, na rua, quando o Sd Fernandes entrou em contato comigo dizendo que estava com uma ocorrência em andamento, na equipe do Vilalba, de serviço, e pediu um apoio; que de pronto fui apoiá-los; que ele não disse a natureza da ocorrência; fui até o local onde eles estavam, próximo ao anel viário de campo grande, e no local o Cb Vilalba me informou que eles tinham abordado um caminhão e em entrevista com o motorista ele apresentou uma nota fiscal de carga de biscoito e durante a entrevista ele achou contradições nas respostas do motorista, e resolveu fazer a verificação da carga; que o caminhão estava lacrado e o motorista falou que não podia porque estava lacrado; que o Cb Vilalba, segundo me relatou, falou que ia levar o caminhão até a receita para que se fosse aberto e nesse instante o motorista confessou que seria uma carga de cigarro contrabandeado do Paraguai e que ele não mexesse na carga, se fosse possível ele não mexer que o patrão dele, a empresa dele, pagaria uma certa quantia para que ele não mexesse na carga; que o Cb Vilalba então, isso ele relatou a mim, pegou e falou para ele que tudo bem como que faria esse acerto e ele falou que o patrão, o responsável pela carga, viria até o local fazer o pagamento, o Cb Vilalba então, deixando a entender que aceitaria o suborno para retardar um flagrante fingiu para ele aceitar isso aí e então pediu meu apoio; ele me pediu apoio porque demandaria um tempo até o suposto responsável, dono da carga, chegasse ao local então ele pediu que eu fosse esse intermediário para que eles pudessem sair dali e continuar o serviço e eu concordei com ele achando que seria uma ação interessante, uma ação legal, por prender um número maior de criminosos ali, aceitei; o Cb Vilalba então deslocou com a guarnição dele e eu peguei e conversei com o motorista e pedi para que ele retirasse o caminhão do local onde estava, que era um local ermo, levando para outro local, pedi que ele me acompanhasse, o motorista foi dirigindo o caminhão e eu fui na frente com meu carro até o local onde o caminhão foi apreendido posteriormente, no bairro Tarumã, na rua Verdes Mares e lá o caminhão ficou e eu fiquei lá em vigilância;

Juiz: o senhor foi sozinho com o caminhão?/ Eu fui no meu carro sozinho e o motorista foi dirigindo o caminhão, nisso a guarnição já tinha saído;

Juiz: quer dizer que o senhor ficou sozinho com o motorista?/ Nesse momento sim;

Juiz: e o senhor com sua experiência não temeu uma fuga, ou se passar com o carro em cima do senhor?/ Não, não senhor.

Juiz: isso é natural, porque a gente sabe que na polícia militar a supremacia de força em qualquer diligência é absoluta e o senhor correu o risco de ficar sozinho?/ Nesse momento em que conversei com o Cb Vilalba eu falei que não daria para ficar sozinho, eu não ficaria sozinho, então eu liguei para o Cb R. Marques e perguntei se ele poderia me apoiar e ele falou que sim...

Juiz: mas do local onde o caminhão estava até o outro o senhor foi sozinho o senhor no seu carro e ele no caminhão?/ Exatamente;

Juiz: e a viatura foi embora?/ A viatura foi embora, foi trabalhar;

Juiz: e os senhores acionaram o 190?/ Não.

Juiz: fizeram alguma verificação de documento?/ Não, eu não.

Juiz: e porque que não fizeram essas diligências de comunicar os superiores?/ O Cb Vilalba tinha pegado o documento do veículo e a nota fiscal.

Juiz: ele checkou?/ Não sei dizer se ele checkou, aí só com ele para ver se ele checkou o caminhão.

Juiz: mas o senhor perguntou pra ele se havia checkado, se tinha alguma restrição, mandado de prisão?/ Não, eu não perguntei, não senhor.

Juiz: e o senhor não se preocupou em abrir a carga para ver se havia drogas ou outras coisas?/ Para isso que nós estávamos retardando o flagrante para ver se posteriormente depois da prisão com certeza iria ser aberta a carga do caminhão.

Juiz: o senhor não se preocupou de que o motorista tivesse sendo seguido por outro veículo ou tivesse outros elementos que pudessem colocar em risco o senhor sozinho?/ No momento não, no momento estávamos em um local ermo e dava para ter uma ampla visão do local que não tinha outros veículos;

Juiz: tá, chegando no posto o senhor fez o que, o senhor estava com qual veículo?/ eu estava no Honda Civic, após alguns minutos chegou no local o Cb R. Marques e o Cb Eduardo Torres, repassei o que havia acontecido, a situação para eles, e ficamos ali fazendo o monitoramento do veículo. Nesse tempo, o Cb Vilalba me repassado o celular que estava com o motorista, e através desse celular uma pessoa entrou em contato comigo me falando da situação que ele pegava e acertava, fazia o acerto daquela carga para que a gente não mexesse e eu deixando a entender que realmente ia acontecer isso aí fui entrando em contato com ele e nisso foi se passando o tempo.

Juiz: qual que foi o valor que os senhores combinaram com ele?/ Ele me falou cento e cinquenta mil reais.

Juiz: posteriormente ele falou que ia pagar menos?/ Posteriormente, já no final da tarde começo da noite, ele entrou em contato falou que tinha uma quantia menor que os 150 mil e que iria me levar e a gente marcou num posto de gasolina próximo de onde estava o caminhão.

Juiz: o senhor nesses 14 anos de polícia o senhor viu algum dono ir buscar a carga de cigarros, o senhor tem alguma notícia no Estado de que algum... essa carga de cigarro o senhor sabe de onde vem?/ Provavelmente do Paraguai.

Juiz: e ia para São Paulo?/ Parece que...

Juiz: e o senhor achou que alguém do Paraguai ou de São Paulo vinha aqui para o senhor prender ele em flagrante?/ Provavelmente deveria ter alguém aqui na cidade.

Juiz: o senhor ia prender o dono da carga, ele ia vim lá do Paraguai ou de São Paulo para ser autuado aqui?/ Quem viesse com o dinheiro com certeza ia ser preso.

Juiz: e o senhor presumiu tudo isso e não comunicou a ninguém, nenhum superior?/ Não era minha função no momento.

Juiz: mas o senhor sabe que estava de férias e tudo quanto é ação tem que comunicar o superior, o senhor comunicou seu superior?/ Geralmente no nosso serviço a gente informava quando a ocorrência já estava pronta.

Juiz: a obrigação do senhor quando tem uma ocorrência em andamento é notificar, porque não notificou?/ A minha obrigação é quando a ocorrência está pronta Excelência.

Juiz: quer dizer que o senhor não tem que informar, o senhor pode fazer o que quiser durante 2, 3 dias e não falar nada?/ Eu nunca informei Excelência. Não é bem assim Excelência.

Juiz: que hora começou sua ação?/ Aproximadamente umas 9, 9:10 da manhã.

Juiz: e que horas terminou sua ação?/ Eu não me recordo o horário.

Juiz: mas que horas, 21hs, 22hs, 8, 9?/ Era na parte da noite.

Juiz: quer dizer que durante 12 horas o senhor achou que não tinha que comunicar a ninguém o que estava fazendo?/ Não comuniquei não senhor.

(...)

Juiz militar: nesse encontro no posto de combustível, seu veículo esteve no local entre 18:30 a 19:30hs, porque que no momento em que você encontrou o Fábio e recebeu parte do valor porque não deu voz de prisão a ele?/ Eu não recebi parte do valor, ele não apareceu com dinheiro algum e foi exatamente por isso que não efetuei a prisão dele no momento.

Juiz militar: e vocês conversaram o que?/ Ele foi lá para pedir mais tempo, porque segundo ele demandava um tempo maior para ele arrecadar aquele valor de 150 mil reais.

Juiz: mas o senhor queria prender ele ou queria o dinheiro?/ porque que não prendeu?/ porque não tinha materialidade Excelência.

Juiz: mas que materialidade?/ o cigarro estava ali?/ Do dinheiro, do dinheiro.

Juiz: o senhor tinha a materialidade do cigarro?/ mas queríamos fazer a apreensão com o maior número de pessoas.

Juiz: mas o senhor já estava com a pessoa ali?/ além do que dar um prejuízo de numerário para a organização.

Juiz: o senhor já estava com a pessoa, estava com a carga, porque não prendeu?/ Eu não tinha materialidade para prender aquela pessoa.

Juiz: o senhor queria prender o dinheiro junto?/ Sim senhor.

Juiz militar: após essa conversa com o nanico, o senhor conversou com o Eduardo Torres, no pátio do posto, emparelhados os carros, qual foi essa conversa?/ Ele me questionou porque não foi feita a prisão dessa pessoa, que na verdade nós não sabíamos nem quem era pessoalmente, eu só havia mantido contato por telefone, e ele me questionou # sargento e

ai porque não foi feita a prisão?/# falei porque ele não estava com o dinheiro, ele pediu mais um tempo e eu falei que ele tinha apenas mais uma hora senão a carga ia ser apreendida. Inclusive eu falei com ele que ele tava enrolando demais e eu ia conversar com o R Marques e o restante da guarnição e se eles achassem viável a gente apreendia daquela forma mesmo a carga, e o Eduardo falou para mim # vê então Sargento e resolve, o que o senhor fizer tá bem feito# e foi embora porque ele tava com o filho recém-nascido e estava meio adoentado no dia e ele deslocou e foi embora para casa.

Juiz militar: mas qual foi o combinado de vocês ali nessa hora, porque se o nanico aparecesse com o dinheiro o senhor ia estar sozinho para dar voz de prisão?/ Não, o Eduardo Torres estava no pátio do posto e o R Marques do outro lado da rua, visualizando o posto.

(...)

Juiz militar: e o motorista do caminhão estava com quem?/ nesse momento eu não sei.

Juiz militar: mas não estava com a guarnição?/ não, nem com a gente.

Juiz militar: mas a guarnição deixou ele sob sua custódia?/ ele foi comigo, como eu falei, dirigindo o caminhão, em todo momento durante o dia ele ficou próximo ao caminhão, ele saía, ia próximo ao posto, provavelmente para ir ao banheiro, sentava-se num ponto de ônibus próximo ao caminhão, ficava próximo ao caminhão, ia a uma lanchonete próximo também.

Juiz militar: ele estava com liberdade?/ Sim.

Juiz militar: então ele poderia fugir?/ poderia, só que da forma que nós falamos com ele, nós deixamos ele bem tranquilo, dando a entender que assim que a pessoa viesse e fizesse o acerto ele poderia seguir a viagem dele.

(...)

Juiz militar: você me conhece, eu fui seu comandante, sabe minha postura e sabe que eu jamais admitiria um policial meu estando de férias se envolvesse em uma ocorrência e pior sem que me avisasse. Eu queria saber o que te motivou, estando de férias, aceitar essa ocorrência e não ter avisado, porque isso que você relatou para o doutor, que é costume informar somente depois eu não conheço como praxe, talvez na hora, no calor dos fatos, não dê tempo de informar, mas no primeiro momento a gente costuma informar o CIOPS ou a autoridade acima, vocês passaram varias horas sem informar tendo inclusive a guarnição # abandonado# você ali na ocorrência, na minha concepção totalmente errado, o que te motivou a atuar?/ Durante esse tempo que o senhor não estava mais no comando lá, por diversas vezes eu, não só eu como o restante da guarnição, de folga, até mesmo de férias, a gente prestava apoio a guarnição de serviço, em diversas ocorrências, eu estando de folga ou de férias, ou outro policial recebendo informação, a gente checava a informação, verificava se era verídica, as vezes chamava outro colega de folga, como já aconteceu, posso citar exemplos, ocorrências feitas dessa forma, e a gente chamava apenas a guarnição depois para poder conduzir, e foi nesse sentido, eu fui no sentido de apoiar meus companheiros, eu fazia parte dessa guarnição, eu era comandante dela antes de sair de férias, então eles sentiram confiança em mim, em pedir esse apoio e eu fui prestar apoio de pronto, dias antes quando eu estava de serviço eu pedi apoio de um colega de folga e ele foi, isso era de praxe, pode não ser de praxe legalmente, mas entre nós nós fazíamos esse tipo de serviço.

Juiz militar: as imagens, são claras, mostram no posto um veículo emparelhando com o seu veículo, o que foi passado ali de um para o outro?/ Nada, exatamente nada, nós só conversamos, ele questionou porque não ter feito a prisão, que era o combinado e como isso não foi feito, ele me questionou, eu falei porque a pessoa não tinha aparecido com o dinheiro, então ele falou que ia para a casa dele; (...)

MP: por quanto tempo vocês mantiveram o motorista preso ali?/ Bom ele não estava preso, mas ele ficou até a noite, até quando eu fui preso metros (...). (f. 733). (transcrição efetuada pelo Parquet). (grifou-se).

No mesmo sentido foram as declarações do corréu CB PM João Nilson Cavanha Vilalba, in verbis:

(...) Juiz: o senhor na época dos fatos trabalhava onde e quantos anos de polícia tem?/ No tático do 10º batalhão, 11 anos de policial militar.

Juiz: na data dos fatos o senhor era o comandante da guarnição?/ sim senhor.

Juiz: assumiram o serviço que horas?/ próximo de 8, de 9 horas mais ou menos.

Juiz: próximo de 9 horas que saíram do parque Airton Sena?/?/ Sim, oito e pouco, 9 horas.

Juiz: e dali se dirigiram para onde?/ a gente saiu pelo Aero Rancho, Marechal Deodoro, a intenção era ir para a região do Pênfico, Dom Antônio, mas Marechal Deodoro, a divisa de área entre o 10º.

Juiz: a primeira visualização do caminhão foi onde?/ pra entrar no Pênfico, a gente faz um retorno bem próximo a rotatória, esse caminhão tava vindo de Sidrolândia pra estrada de Campo Grande, foi na rotatória que a gente visualizou esse caminhão.

Juiz: ele estava na rotatória e pegou sentido São Paulo?/ Não, ele deu seta para São Paulo, tava entrando pra São Paulo, eu entendi que quando ele viu a viatura, não sei porque motivo, ele virou, ignorou essa seta, e seguiu sentido Terenos, Indubrasil.

*Juiz: e os senhores abordaram ele onde?/ assim que ele virou pra rotatória, a gente acabou de fazer o contorno, eu pedi pro motorista retornar e seguimos sentido ao macroanel de novo, fomos atrás dele, **ele percorreu uma distância não me recordo bem, e aí já começou os pedidos de abordagem, com sinal sonoro e luminoso**, ele demorou para atender essa abordagem, assim que teve uma estradinha de terra, junto a rodovia, ele encostou o caminhão, **seria a região do Indubrasil.***

Juiz: quem teve a primeira conversa com ele?/ fui eu.

Juiz: e ele já falou que era cigarro?/ não, ele disse que era biscoito, que ele trazia essa carga da região de fronteira, enfim, e que levaria para o estado de São Paulo.

Juiz: os senhores revistaram a cabine do caminhão?/ a cabine sim senhor.

Juiz: pegaram os documentos?/ foi encontrado uma nota fiscal.

Juiz: os documentos pessoais dele?/ não, eu solicitei o RG dele para pegar os dados dele.

Juiz: e chamaram no rádio para checar caminhão e motorista?/ não foi feita a checagem Excelência.

Juiz: por que?/ porque logo ele começou a conversa, primeiro eu perguntei dessa carga que ele tava levando, já achei estranho essa atitude dele, ele não tinha habilitação, e ele já informou, eu falei que ia abrir o caminhão, ele disse que não era para abrir, que se não abrisse, enfim, ele poderia conversar comigo, eu já entendi que era produto ilícito, ou ele ou o caminhão.

Juiz: e o senhor pegou e não comunicou e não pediu apoio aos superiores porque?/ a ocorrência foi se desenrolando e a gente foi entendendo o que tinha acontecido em entrevista com ele, não é informado de imediato qualquer tipo de alteração em ocorrência.

Juiz: os senhores estavam em uma rodovia federal, fora da área de vocês, fizeram a apreensão de um caminhão e de uma pessoa, e o senhor acha que não era necessário comunicar ninguém?/ sim, eu acho.

Juiz: é normal isso, fazem sempre isso?/ até eu entender o que tá acontecendo com a ocorrência sim.

Juiz: o senhor entendeu que era cigarro, e porque não abriu a carga?/ porque ele deu a entender, antes de dizer que era cigarro, ele só disse o seguinte que o patrão dele pagaria para a carga não ser aberta, o lacre não ser rompido. Eu perguntei porquê, segundo ele para chegar em São Paulo com o lacre, ele conseguia chegar tranquilamente. E ele pediu para não abrir o lacre, o patrão pagaria uma quantia, de início ele já falou 150 mil, falou o valor; aí eu indaguei o que seria essa carga, e ele disse que seria cigarro.

Juiz: e porque o senhor não prendeu ele e a carga?/ porque ele disse essa situação e agente quis valorizar a ocorrência.

Juiz: valorizar em que sentido?/ a prisão de contrabandista de cigarro, você consegue prender só a carga, o caminhão, o motorista nem preso fica, nessa situação em que ele havia dito que outra pessoa poderia trazer o dinheiro, eu vislumbrei a possibilidade de prender inclusive o dono da carga.

Juiz: o senhor sabe de onde vem esse cigarro?/ do Paraguai.

Juiz: e tava indo para São Paulo?/ segundo ele.

Juiz: e o senhor compreendeu que o dono da carga que estivesse no Paraguai ou em São Paulo viria a Campo Grande para ser preso pelo senhor?/ sim, porque ele disse que seria assim.

Juiz: ele falou que o dono da carga viria, e o senhor acha que ele viria trazendo 150 mil para o senhor prende-lo?/ sim.

Juiz: o senhor sabe quantas apreensões são feitas, alguma vez já apreendeu dono de carga?/ Não.

Juiz: o senhor sabe onde possivelmente o dono dessas fábricas moram?/ não senhor.

Juiz: mesmo assim o senhor entendeu que ele poderia vir a campo grande para o senhor fazer a prisão dele?/ eu entendi sim senhor.

Juiz: o senhor tem quantos anos de polícia mesmo?/ 11.

(...)

Juiz: o senhor, quando o Sgt Aguir chegou no local, o senhor repassou para ele o plano que o senhor tinha elaborado, a ideia de levar o carro para aquele local do posto foi de quem?/ foi do Sgt Aguir.

Juiz: o senhor acompanhou o caminhão e ele até o posto?/ Não senhor.

Juiz: o senhor foi embora com a guarnição e largou ele com o motorista?/ eu fui embora, o motorista tava muito cooperativo.

Juiz: então ficou um para um, num lugar ermo, o senhor abandonou seu colega lá sem preocupação nenhuma?/ não, o motorista, o caminhão já estava saindo junto.

Juiz: mas o senhor acompanhou o tempo inteiro?/ não acompanhei até a chegada no local não senhor.

Juiz: mas o senhor foi até onde com ele?/ nós seguimos na rodovia e eu fiquei próximo, fazendo rondas na região do Penfico, que era próximo ao local.

Juiz: então o senhor não acompanhou a saída dele com o motorista?/ a saída?/

Juiz: a chegada e o deslocamento?/ deslocamento não, chegada não, a saída sim.

Juiz: então o senhor deixou um para um, em carros diferentes?/ sim.

Juiz: o senhor também disse que foi em tom de brincadeira mas o senhor confirma que chegou a mencionar alguma coisa de como usar o dinheiro?/ sim, durante a conversa com o Major na corregedoria, eu comentei com ele sim, isso aí.

Juiz militar: que tinha feito e falou que foi uma brincadeira, gastar o dinheiro numa viagem?/ foi uma brincadeira que eu fiz junto com os meninos, e me arrependo disso aí ali no momento (...). (f. 733). (transcrição efetuada pelo Parquet). (grifou-se).

Oportuno consignar que todos os demais denunciados apresentaram (f. 733) a mesma versão, sendo, pois, prescindível a colação do teor de todos os interrogatórios. Além disso, urge registrar que o corréu STG PM Alex Duarte de Aguir – superior hierárquico de todos os outros corréus – e o CB PM João Nilson Cavanha Vilalba – comandante da guarnição que fez a abordagem inicial do caminhão – foram os dois policiais militares que encabeçaram toda a empreitada criminosa. O próprio CB PM João Nilson Cavanha Vilalba declarou em Juízo que ele repassou a ocorrência para o STG PM Alex Duarte de Aguir e que foi deste a ideia de deslocar o caminhão para o Posto de Combustível.

Pois bem, do confronto entre as declarações da vítima Rogério Fernandes Mesquita (corroboradas pelo civil Fábio Garcete) e as prestadas judicialmente pelos denunciados, infere-se que praticamente não houve controvérsia sobre os contornos dos fatos, exceto nos pontos que traduziram convenientes para a defesa dos acusados, o que foi desenhando sobretudo levando-se em consideração a circunstância de não que era possível mentir sobre a maioria dos atos executórios – porquanto quase todos foram monitorados por uma equipe de policiais compostas por policiais militares integrantes da Corregedoria da PM/MS, do Batalhão de Choque e do GAECO/MS; e de um policial federal – os quais empreenderam diligências desde as 15h do dia dos fatos, a fim de apurar a notícia criminosa.

Assim, cotejados as declarações dos civis com as dos réus, verifica-se que estes contraditaram judicialmente apenas alguns pontos da narrativa da vítima, especialmente que: não encontraram nenhum dinheiro com ela; foi ela que sugeriu que o seu patrão pagaria o valor de R\$ 150.000,00 para eles não abrirem a carga; agiram motivados a desenvolver uma ação controlada a fim de prender o proprietário da carga; não privaram a liberdade dela e tampouco a ameaçaram; e, não foi recebido nenhum dinheiro da pessoa de Fábio Garcete.

Ocorre que sobressai dos autos a conclusão de que nenhum elemento probatório sequer indiciou em favor da versão dos réus. Com efeito, a versão deles se revelou absolutamente insubsistente, desprovida de qualquer fundamento fático-jurídico, porquanto totalmente absurda e inverossímil.

Em verdade, as circunstâncias fáticas reveladas através dos elementos probatórios – inclusive e sobretudo as que se materializaram de modo incontroverso nos autos, porquanto narradas pelos próprios réus) – comprovaram que os denunciados, agindo de forma premeditada e em unidade de desígnios, exigiram, para eles, diretamente e em razão da função de policial militar, o pagamento do valor de R\$ 150.000,00 para liberar o motorista Rogério Fernandes Mesquita e o caminhão carregado de cigarros contrabandeados, bem assim que, nas mesmas condições de tempo e local, privaram o referido civil de sua liberdade, mediante sequestro, por aproximadamente dez horas.

Sob esse prisma, passa-se ao destaque de alguns pontos incontroversos que conduzem à conclusão inequívoca de que os denunciados cometeram os crimes de sequestro e de concussão, senão vejamos:

1. Na data de 1º/12/2017 – dia dos fatos – os réus João Nilson Cavanha Vilalba, Lucas Silva de Moraes, Felipe Fernandes Alves e Walgnei Pereira Garcia não participaram da educação física matinal, conforme escalado, o que se deu sem nenhuma justificativa ou autorização de seus superiores hierárquicos.

2. Não entraram em contato com o CIOPS para informar a assunção do serviço operacional, conforme determina a praxe legal castrense.

3. A abordagem do caminhão foi efetuada numa área de atribuição do 1º BPM, e não do 10º BPM (o caminhão estava trafegando na rodovia, pelo anel rodoviário, vindo de Sidrolândia sentido São Paulo/SP); mesmo assim, em vez de solicitar apoio aos policiais do 1º BPM, decidiram buscar apoio do Alex Duarte de Aguir, que se encontrava de férias.

4. Não acionaram o rádio para checagem dos documentos do caminhão e do motorista suspeitos.

5. Não informaram a abordagem ao caminhão e nem a deflagração da suposta ação controlada ao Oficial Ronda de Serviço no dia ou a qualquer outro integrante do escalão superior do 10º BPM, e tampouco ao Centro Integrado de Operação de Segurança (CIOPS) – tal operação teve início por volta das 9h, perdurando até aproximadamente 19h30min, e mesmo durante todo esse tempo não procederam às comunicações devidas.

6. Não deram voz de prisão para o motorista do caminhão, Rogério Fernandes Mesquita, e negociaram a liberação do veículo e da vítima com o suposto proprietário da carga de cigarros.

7. O caminhão e o seu motorista Rogério Fernandes Mesquita foram entregues ao Alex Duarte de Aguir, que os conduziu do local da abordagem (anel rodoviário – saída pra Sidrolândia) para a rua Verdes Mares esquina com a Avenida Gunter Hans.

8. Só após chegar ao local, foi que <"Nome da Parte Passiva Seleccionada#Retorna o nome e complemento da(s) parte(s) passiva(s) selecionada(s)=6@PAPT"> solicitou apoio ao Cb Rafael Marques da Costa e ao Cb Eduardo Torres de Arruda, os quais foram dispensados do serviço porque pelo motivo de terem doado sangue.

9. Os denunciados Alex Duarte de Aguir, Eduardo Torres de Arruda e Rafael Marques da Costa ficaram próximo ao local em que estava o caminhão, vigiando-o.

10. O corréu João Nilson Cavanha Vilalba havia entregado o aparelho de telefone celular do motorista ao denunciado Alex Duarte de Aguir, através do qual este recebeu um telefonema do Fábio Garcete e negociou o pagamento de propina para a liberação do caminhão e do motorista.

11. Alex Duarte de Aguir encontrou com Fábio Garcete e não deu voz de prisão a este; logo após, entrou em seu carro e o emparelhou com o do Eduardo Torres, ainda no Posto de Combustível; em seguida, este saiu do local, oportunidade em que Alex Duarte de Aguir e Rafael Marques da Costa foram presos em flagrante.

Todos esses 11 pontos incontroversos já são manifestamente suficientes para infirmar completamente a versão apresentada pelos denunciados, revelando-se absolutamente impossível acolher a tese de que agiram com o escopo de prender o proprietário da carga de cigarros contrabandeado.

Ao contrário, esses pontos incontrovertidos comprovaram robustamente que desde o início eles agiram mancomunados e com o dolo de exigir – para eles, diretamente e em razão da função de policial militar – vantagem indevida para liberar o caminhão e o motorista, para o que, além de reter o veículo em um Posto de Combustível (o que reduzia a suspeita), mantiveram o motorista sequestrado, privando a liberdade deste por aproximadamente dez horas.

Ao prestar seu depoimento judicial (f. 437), o TC PM Emerson de Almeida Vicente – Comandante do 10º BPM, portanto, do qual pertenciam os réus – asseverou que a guarnição só pode assumir o serviço operacional antes do horário fixado se tiver alguma ordem por escrito, sendo que no dia dos fatos não houve nenhuma ordem ou autorização nesse sentido para a guarnição dos réus, bem assim que todas as condutas adotadas pelos réus não correspondem aos procedimentos legais que deveriam ser adotados.

Todos esses procedimentos não adotados pelos réus foram premeditados e revelam que eles tinham conhecimento prévio sobre o horário em que o caminhão com cigarros contrabandeados passaria pelo local em que foi abordado.

Por isso, não participaram da educação física matinal e assumiram o serviço operacional antes do horário fixado e, pior, sem nenhuma autorização e tampouco comunicação aos Comandos. Também não comunicaram a abordagem e nem a deflagração da suposta ação controlada ao Oficial Ronda de Serviço no dia ou a qualquer outro integrante do escalão superior do 10º BPM, e tampouco ao Centro Integrado de Operação de Segurança (CIOPS) – mesmo permanecendo com a ocorrência por aproximadamente 10 horas.

A propósito, ficou clarividente nos autos que os denunciados tiveram várias oportunidades para informar imediatamente a versão deles aos seus superiores hierárquicos e aos órgãos militares – ou seja, comunica-los de que estariam executando uma ação controlada a fim de prender o proprietário da carga.

Uma delas é a da praxe castrense, procedimento legal na Instituição Militar, que é informar a ocorrência ao Oficial Ronda de Serviço no dia ou a qualquer outro integrante do escalão superior do 10º BPM, ou CIOPS – mesmo permanecendo com a ocorrência por aproximadamente 10 horas.

Os próprios réus admitiram que deveriam ter comunicado a ocorrência, porém, de forma evasiva, alegaram que já adotaram esse procedimento em outras oportunidades, dando a entender que isso seria costumeiro. Todavia, além de não comprovar, tal assertiva foi completamente refutada pelo Tenente Coronel Emerson de Almeida Vicente – Comandante do 10º BPM por um dos Juizes Militares – e, inclusive por um dos Juizes Militares que compõem o presente Escabinato, nos seguintes termos:

(...) Juiz militar: você me conhece, eu fui seu comandante, sabe minha postura e sabe que eu jamais admitiria um policial meu estando de férias se envolvesse em uma ocorrência e pior sem que me avisasse. Eu queria saber o que te motivou, estando de férias, aceitar essa ocorrência e não ter avisado, porque isso que você relatou para o doutor, que é costume informar somente depois eu não conheço como praxe, talvez na hora, no calor dos fatos, não dê tempo de informar, mas no primeiro momento a gente costuma informar o CIOPS ou a autoridade acima, vocês passaram várias horas sem informar tendo inclusive a guarnição abandonado você ali na ocorrência, na minha concepção totalmente errado, o que te motivou a atuar?/ Durante esse tempo que o senhor não estava mais no comando lá, por diversas vezes eu, não só eu como o restante da guarnição, de folga, até mesmo de férias, a gente prestava apoio a guarnição de serviço, em diversas ocorrências, eu estando de folga ou de férias, ou outro policial recebendo informação, a gente checava a informação (...). (f. 733). (transcrição efetuada pelo Parquet). (grifou-se).

O fato de a guarnição dos réus entregar uma ocorrência a um policial de férias e a outros dois que haviam sido dispensados do serviço por ter doado sangue reforça sobremodo o dever de comunicação aos seus superiores e ao CIOPS – tornando ainda mais absurda as teses dos acusados.

A segunda oportunidade, foi quando os denunciados Alex Duarte de Aguir e Rafael Marques da Costa foram presos em flagrantes.

Ora, se realmente estivessem na execução da alegada ação controlada, seguramente teriam revelado isso no momento em que foram questionados pelo Rigoberto Rocha da Silva, que foi o condutor da prisão. Porém, não foi o que aconteceu. A propósito, ao ser ouvido

durante a lavratura do APFD (ratificado judicialmente à f. 437), o CAP PM Rigoberto Rocha da Silva declarou:

(...) Que o Sgt Aguir, em entrevista, relatou que estaria monitorando uma denúncia de droga, porém disse que estava de férias e que não havia informado nenhum dos seus superiores sobre a diligência que estava fazendo; que indagado sobre o material encontrado em seu veículo (celulares e documentos mencionados acima), nada respondeu; que posteriormente foi constatado que o celular Samsung duos pertencia ao caminhoneiro Rogério Fernandes Mesquita, motorista do caminhão; que indagado ao Cb R. Marques sobre o que estava fazendo naquele local, o mesmo disse que estaria aguardando o Sgt PM Aguir; que Rogério e Fábio reconheceram o Sgt Aguir como o policial que solicitou a quantia em dinheiro para liberar o Rogério e o caminhão (...); Diante dos fatos foi dado voz de prisão aos policiais militares 3º Sgt PM Alex Duarte de Aguir e Cb QPPM Rafael Marques da Costa, sendo os mesmos em seguida conduzidos a esta corregedoria para as providências cabíveis (...). (f. 92-93). (grifou-se).

Irrefutável a conclusão de que se eles realmente estivessem numa ação controlada repassaria essa informação imediatamente ao CAP PM Rigoberto Rocha da Silva, sobretudo por se tratarem de policiais experientes, com aproximadamente 10 anos de exercício na atividade policial. Entretanto, foram pegos de surpresa, haja vista que certamente não contaram com a possibilidade de serem delatados pelos contrabandistas.

Além disso, a circunstância de o corréu Alex Duarte de Aguir ter sido flagrado com o celular do motorista comprova a versão de que Fábio Garcete telefonou para Rogério Fernandes Mesquita (o motorista) e foi atendido pelo referido denunciado, oportunidade em que este fez a exigência do pagamento de 150 mil reais como condição para liberar o caminhão e o motorista.

Outra oportunidade para revelar aos superiores que estaria na execução da suposta ação controlada os corréus presos em flagrante delito foram ouvidos na Corregedoria-Geral da PM/MS. Entretanto, não foi o que aconteceu.

Ao serem interrogados nos autos de prisão em flagrante, na Corregedoria-Geral da PM/MS (f. 112), os corréus Alex Duarte de Aguir e Rafael Marques da Costa responderam (f. 112 e 115) que se reservavam no direito de permanecerem calados. Essa foi a terceira oportunidade de comunicar que estavam trabalhando numa ação controlada com o escopo de prender o maior número de bandidos e se defenderem das imputações.

Por suas vezes, os denunciados João Nilson C. Vilalba, Lucas S. de Moraes, Felipe Fernandes Alves e Walgnei P. Garcia declararam (f. 149-171) durante o IPM que por volta das 3h, quando se encontravam na DEPAC-Piratininga, foram informados pelo Ten PM Arédio Gomes de Oliveira da prisão em flagrante dos corréus Alex Duarte de Aguir e Rafael Marques da Costa, porém, como não receberam qualquer determinação para se apresentarem na sede do Batalhão ou na sede da Corregedoria-Geral, continuaram o serviço normalmente e que por volta das 7h30min passaram o serviço e foram pra suas residências. Asseveraram também que, após determinação do Ten PM Cândido para se apresentarem na sede da Corregedoria-Geral, demoraram apresentar-se devido estarem esperando a disponibilidade de seus advogados.

Por fim, Eduardo Torres de Arruda declarou (f. 174-176) que às 21h encontrava-se em sua residência e tentou contato com os denunciados Alex Duarte de Aguir e Rafael Marques da Costa, porém, não obteve êxito. Diante disso, foi até o local em que o caminhão se encontrava e visualizou viaturas e policiais próximos àquele veículo, pelo que não parou e foi embora para sua residência. Teve esse réu aqui, portanto, uma segunda oportunidade de comunicar a ocorrência. Além dessa oportunidade, ele declarou ainda que no dia seguinte esteve em frente da Corregedoria-Geral, mas não entrou para esclarecer os fatos, o que só ocorreu muito depois após receber a determinação para comparecimento na Corregedoria, para onde foi acompanhado de seu advogado.

Ao ser questionado judicialmente sobre o porquê não ter entrado e procedido aos esclarecimentos, o denunciado Eduardo Torres de Arruda declarou:

*(...) Juiz militar: mas você sabia qual era a intenção, você estava dentro do planejamento, porque que no outro dia você foi retirar a motocicleta do R Marques porque que em nenhum momento você informou o plano de vocês?/ **não sei senhor, por causa que o Rafael já deveria ter falado, o pessoal da guarnição já deveria ter falado. Eles informaram na noite que eu fiquei sabendo, eles falaram pro Tenene Arédio, antes do Tenente Arédio sair de lá eles falaram esse caminhão aí é nosso, quando eles estavam na DEPAC Piratininga.***

*Juiz militar: nem o Sgt Aguir nem o Cb R Marques?/ **então mas eu não sabia, eles estavam detido, eu não sabia se eles tinham falado ou não.** (...). (f. 733). (transcrição efetuada pelo Parquet). (grifou-se).*

Vê-se, pois, que as respostas – conforme veemente adotado pelos réus nestes autos – foram evasivas e desprovidas de razão, sobretudo porque é corolário lógico que se ele tivesse prestado os esclarecimentos isso de forma alguma o teria prejudicado, pelo contrário, só teria o efeito de corroborar a versão deles.

Extraí-se dos autos, dessa forma, que quando os denunciados João Nilson Cavanha Vilalba, Lucas Silva de Moraes, Felipe Fernandes Alves, Walgnei Pereira Garcia e Eduardo Torres de Arruda souberam das prisões em flagrante delito dos outros corréus, não se apresentaram imediatamente, no dia dos fatos, ao Oficial Corregedor de Serviço ou a seus superiores, para os devidos esclarecimentos dos fatos – comportamento voluntário e espontâneo que, se adotado, seria condizente com a versão deles de que estariam executando uma ação controlada.

No entanto, eles só se apresentaram para esclarecer os fatos porque assim foi determinado, e mesmo assim só foram cumprir essa determinação no dia 2/12/2017, por volta das 16h, na sede da Corregedoria-Geral da PM/MS, acompanhados de seus advogados constituídos, após o encerramento do APFD. Ou seja, somente se apresentaram após, juntamente com seus advogados, elaborar a versão agora defendida.

Mas não é só.

A versão dos réus torna-se ainda mais absurda e insubsistente pelo fato de os que estavam de serviço – João Nilson Cavanha Vilalba, Lucas Silva de Moraes, Felipe Fernandes Alves, Walgnei Pereira Garcia – terem entregado a ocorrência para o que se encontrava de férias – Alex Duarte de Aguir –, o qual, inicialmente, assumiu sozinho a custódia do caminhão e do motorista, sendo que só após ter chegado ao Posto de Combustível é que foi apoiado pelos outros corréus Eduardo Torres de Arruda e Rafael Marques da Costa, que, a propósito, haviam sido dispensado do serviço pelo fato de terem doado sangue. Nesse local, verificou-se que os denunciados permaneceram providenciando a custódia do motorista e do caminhão, a fim de impossibilitar o insucesso da empreitada criminosa por eles arquitetada.

*Ao ser inquirido judicialmente sobre esse procedimento dos réus – especialmente o de manter um investigado privado de sua liberdade por tanto tempo, bem assim de policiais de serviço entregar uma ocorrência para outros que estão de férias ou de folga –, **a testemunha TC PM Emerson de Almeida Vicente – Comandante do 10º BPM, portanto, do qual pertenciam os réus – depôs nos seguintes termos:***

*(...) MP: **já tem histórico no 10º BPM, de policiais fazerem campana e policiais ficarem com a privação de liberdade do investigado durante o dia todo?***

*Emerson: **nesse sentido não. O que ocorre no 10ºBPM e na PM de um modo geral é: algum policial em folga, ou acaba se deparando com um crime em andamento e, pela sua função, ele acaba acionando a equipe de serviço que vai dar o apoio, mas não fazer dessa forma como o Sr. colocou.** (...).*

MP: tem também histórico de ocorrência que uma guarnição, em trabalho, com policiais em seu horário de trabalho, entregam investigados para policiais que estão de folga em carros particulares?

Emerson: não, até por que isso é fora de qualquer procedimento.

MP: tem também algum histórico de que investigados sejam colocados em carros particulares e transitados pela cidade, ao invés de serem levados para a delegacia de polícia?

Emerson: também não. Também fora de procedimento. (...). (f. 437). (transcrição efetuada pelo Parquet). (grifou-se).

Não existe a mínima possibilidade, portanto, de esses procedimentos serem compreendidos como sendo corretos. Ao revés, a adoção deles só corrobora fortemente a versão dos contrabandistas de que os denunciados, em suma, exigiram vantagem indevida e privaram o motorista de sua liberdade.

Além disso, dессome-se que a alegada ação controlada não se sustenta sequer pelo desenrolar fático narrado pelos próprios réus. Conforme já registrado, os denunciados declararam judicialmente que a intenção deles foi a de simular o aceite da propina com o propósito de prender o proprietário da carga de cigarros, vinha do Paraguai com destino a São Paulo, tese que, além das razões fáticas já consignadas acima, não se sustenta por, pelo menos, dois motivos.

Primeiro, que nenhum policial militar, por mais inexperiente que fosse, acreditaria que o proprietário de uma carga de cigarros contrabandeados sairia do local em que estivesse (Paraguai, São Paulo ou até mesmo Campo Grande) e se deslocaria até o local portando R\$ 150.000,00 para, pessoalmente, fazer o pagamento de propina. Tal alegação fica ainda mais absurda e inacolhível pelo fato de os réus serem policiais experientes, todos com aproximadamente 10 anos de exercício na Polícia Militar.

Inclusive, o corréu Alex Duarte de Aguir – o que possui a graduação mais elevada entre os denunciados e um dos dois policiais militares que encabeçaram toda a empreitada criminosa – possui mais de 14 anos na PM/MS e ele próprio asseverou em Juízo que nunca teve notícia de algum proprietário de produto contrabandeado vir até o local da apreensão para negociar pessoalmente a liberação da carga apreendida.

E, segundo, porque ficou incontroverso nos autos que o corréu Alex Duarte de Aguir se encontrou com Fábio Garcete – que se passou por suposto proprietário da carga – e não deu voz de prisão a este; logo após, esse denunciado entrou em seu carro e o emparelhou com o do Eduardo Torres de Arruda, ainda no Posto de Combustível; em seguida, este saiu do local, oportunidade em que Alex Duarte de Aguir e Rafael Marques da Costa foram presos em flagrante.

Ora, ainda que tivessem acreditado na palavra do suposto proprietário do produto contrabandeado – de que iria pessoalmente efetuar o pagamento da propina exigida – verifica-se que, contraditoriamente, o denunciado Alex Duarte de Aguir não deu voz de prisão a Fábio Garcete e, ao ser questionado judicialmente sobre o porquê, alegou que assim agiu porque o contrabandista não levou o dinheiro prometido e, portanto, não havia prova da materialidade delitiva.

Denota-se, entretanto, se a intenção fosse realmente de prender o responsável ou dono da carga, eles teriam dado voz de prisão a Fábio Garcete, haja vista que é de conhecimento de policiais – sobretudo dos experientes, como no caso – que a corrupção ativa é crime formal, isto é, consuma-se com a simples oferta ou promessa de vantagem indevida, sendo o eventual pagamento desta mero exaurimento. Em outras palavras, já estava presente a materialidade delitiva no momento em que Fábio Garcete supostamente teria oferecido a vantagem indevida. Além disso, os réus tinham em seu poder o caminhão carregado com cigarro contrabandeado e o seu respectivo motorista.

Mas, pelos elementos probatórios colhidos nos autos, ficou muito claro que essa não era a intenção dos acusados, e sim a de receber os R\$ 150.000,00 para a liberar o caminhão e o motorista.

Nesse sentido, convergiram outros elementos probatórios.

Ao ser interrogado judicialmente sobre a não prisão do suposto proprietário da carga de cigarro contrabandeado, o corréu Eduardo Torres de Arruda assim se manifestou:

(...) Juiz: e por que que a hora que ele chegou não foi dada voz de prisão para ele?/ depois que nós estávamos no PME, porque na hora eu não conversei com o Sgt Aguir sobre isso, quando a gente chegou que eu perguntei pro Sgt Aguir o que que aconteceu lá, o Sgt Aguir não sabia se quem falou com ele era mesmo o dono da carga e como o cara que foi falar com ele não tinha dinheiro nenhum, ele falou que como que ele ia apreender o cara se não tinha dinheiro e ele não sabia se aquele cara que foi falar com ele era o dono da carga.

(...) em dado momento, chegou um carro preto que não me lembro qual era o carro, e estacionou lá, e o Sgt foi lá no carro, chegou ficou um tempo no carro e eu fiquei cuidando, o Sgt Aguir saiu do carro sem fazer menção nenhuma, simplesmente saiu do carro e foi andando em direção ao carro dele. Aí eu fui pro meu carro, fiquei sem entender o que estava acontecendo porque ele falou que ia enquadrar o cara e não enquadrou, eu fui pro meu carro, aí ele saiu com o carro dele, eu cheguei parei meu carro perto dele e falei e aí o que que aconteceu, aí ele respondeu, eu não entendi, eu dei uma ré, voltei pra perto dele e falei e aí?/, o Sgt Aguir falou ‘ah, esse bicho aí tá de sacanagem comigo, falou que era para esperar mais tempo, não sei o que, não trouxe porra nenhuma de dinheiro e eu não sei se era ele mesmo’, ele falou assim ‘vou falar com o Rafael e vou entrar em contato com a barca vamos conduzir isso aí que já tá tempo demais’, eu falei Sgt beleza então eu vou pra casa porque fazia horas já. (...). (f. 733). (transcrição efetuada pelo Parquet). (grifou-se).

Denota-se, portanto, que inicialmente o corréu Eduardo Torres de Arruda afirmou que no local dos fatos não tomou conhecimento do porquê de o denunciado Alex Duarte de Aguir não ter dado voz de prisão a Fábio Garcete, haja vista que eles não conversaram sobre isso, afirmando que ele apenas questionou o Alex Duarte de Aguir sobre qual teria sido o motivo quando se encontraram no Presídio Militar. Todavia, mais à frente do seu interrogatório, asseverou que quando emparelhou o seu carro com o do Alex Aguir já foi perguntando o porquê – contradição essa que também contribui para a conclusão de que a versão apresentada pelos denunciados não corresponde à verdade dos fatos.

Ao ser interrogado judicialmente, o denunciado Rafael Marques da Costa – que foi preso em flagrante na ocasião dos fatos – declarou não saber o porquê de nem o motorista e nem o Fábio Garcete não terem sido presos.

Soma-se, ainda, que o réu João Nilson Cavanha Vilalba – comandante da guarnição dos corréus que se encontravam de serviço –, quando ouvido na Corregedoria-Geral da PM/MS, asseverou (f. 151) que era impossível a apresentação de seu celular porque o havia destruído por força de seu estado emocional decorrente da situação. Obviamente, ele destruiu o seu celular porque sabia que as mensagens telefônicas trocadas com os corréus que estavam com o caminhão e o motorista revelariam ainda mais a prática criminosa.

Oportuno acrescentar também um outro elemento probatório, consistente nos depoimentos da testemunha 2º Ten. PM Arédio Gomes de Oliveira – que, na ocasião dos fatos, era o Oficial ronda no 10º BPM.

Este, ao ser ouvido na fase policial, declarou (f. 205) que foi o primeiro que identificou a voz do réu Alex Duarte de Aguir em um áudio exposto pelo TC PM Macedo, onde o denunciado dizia: “não vem com trinta mil, se não for cento e cinquenta não quero nem conversar com você”.

Na fase judicial a testemunha Arédio Gomes de Oliveira ratificou (f. 437) essas declarações prestadas durante o IPM.

Por fim, cumpre mencionar que o momento do pagamento dos R\$ 30.000,00 foi registrado pelas câmeras de segurança do Posto de Combustíveis (CD juntado aos autos à f. 350), e devidamente analisados pelo Setor de Operações e Inteligência do GAECO, que forneceu o Relatório de Informação nº 275/SOI/GAECO/2017, no qual analisou minuciosamente a sequência dos fatos, desde a chegada do réu Alex Duarte de Aguir no posto de combustível até o momento de sua prisão. Veja-se a sequência destacada pelo Ministério Público:

- o acusado Sgt Aguir chegando no posto Tarumã em seu veículo Honda Civic, às 18:51hs;
- o Sgt Aguir estaciona seu veículo e caminha até o estacionamento em frente a conveniência;
- depois, senta-se em uma cadeira na área dos sanitários;

- nesse interim, às 18:54hs, o Cb Eduardo Torres estaciona seu veículo, modelo Montana, do outro lado do posto de combustível. Ele desce do carro, vai até a conveniência, e retorna, sentando-se na tampa da carroceria;

- já às 19hs, o Sgt Aguir caminha até o estacionamento, e segue em direção ao veículo Honda CRV, que acabou de estacionar, onde está Fábio Garcete, responsável por fazer o pagamento do valor exigido;

- o Sgt Aguir entra e logo depois sai do veículo às 19:11hs - e caminha em direção ao seu carro, enquanto arruma algo no bolso de sua calça;

- o veículo Honda CRV dirigido por Fábio Garcete deixa o posto de combustível;

- às 19:12hs, os militares Alex Aguir e Eduardo Torres emparelham seus veículos, ainda no pátio do posto; Eduardo manobra novamente seu carro, de modo que as portas dos motoristas fiquem próximas. É nesse momento que o Sgt Aguir passa para Eduardo o valor recebido de Fábio;

- às 19:14hs, ambos deixam o pátio do posto, sendo que o Cb E.Torres se desloca rapidamente do local, e o Sgt Aguir atravessa a rua, aproximando-se do Cb Rafael Marques, onde ambos recebem voz de prisão e foram conduzidos à Corregedoria da PMMS, para lavratura do auto de prisão. (grifou-se).

Da leitura do supracitado, impende destacar que – considerado todo o contexto fático revelado nos autos – as filmagens comprovaram que o civil Fábio Garcete entregou dinheiro ao réu Alex D. de Aguir, o que fica demonstrado quando este sai do carro daquele e caminha em direção ao seu, momento em que arruma algo no bolso de sua calça. Ato contínuo, também ficou demonstrado que quando o corréu Alex D. de Aguir emparelha o seu veículo com o do acusado Eduardo T. de Arruda aquele entrega a este o dinheiro recebido, sendo que este só não foi preso em flagrante porque saiu imediatamente do local, pelo que não foi possível a apreensão do dinheiro.

Pois bem. Da análise de todos os elementos probatórios acima carreadas, não resta nenhuma dúvida de que a delatio criminis efetuada pelo civil Fábio Garcete e pelo motorista Rogério Fernandes Mesquita foi completamente verdadeira.

Nesse prisma, insta salientar que, consoante se vê acima, a palavra destes civis não restaram isoladas nos autos, porquanto perfeitamente corroboradas pelas próprias narrativas incongruentes feitas pelos réus e, especialmente, pelos depoimentos judiciais das testemunhas Ten Cel Emerson de Almeida Vicente, 2º Ten. PM Arédio Gomes de Oliveira, Ten Cel PM André Henrique de Deus Macedo e Cap PM Rigoberto Rocha – sendo que essas duas últimas testemunhas, inclusive, após receberem a notícia criminal, efetuaram diligências

iniciais evidenciarem a veracidade dos fatos, pelo que passaram a realizar vigilância nas proximidades do local onde o pagamento foi efetuado.

Não prospera, dessa forma, a tese dos réus no sentido de que as provas revelaram-se insuficientes. Ao contrário, infere-se, conforme asseverado acima, que todos os elementos probatórios produzidos nos autos – inclusive os interrogatórios dos réus – convergiram unisonantemente para a conclusão inequívoca de que eles praticaram os fatos delituosos que lhes foram imputados na exordial acusatória.

Também não assiste razão aos denunciados quando alegaram que não privaram a liberdade do motorista Rogério Fernandes Mesquita.

Notadamente, só fizeram essa alegação com o claro propósito de escaparem de eventual condenação pelo crime de sequestro. Entretanto, conforme ficou demonstrado nos autos, os réus, agindo mancomunados, privaram a liberdade do referido motorista, o que fizeram mediante o sequestro deste.

Dispõe o Código Penal Militar que comete o crime previsto no seu art. 225 aquele que priva alguém de sua liberdade mediante sequestro.

Nas lições doutrinárias, “é ‘privar’ significa tolher, total ou parcialmente, a liberdade de locomoção de alguém” (MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial. 7. ed. São Paulo: Método, 2015, v. 2).

Consoante já demonstrado acima, a versão apresentada pelo motorista foi a que verdadeiramente aconteceu.

Dessa forma, ficou comprovado que os denunciados João Nilson Cavanha Vilalba, Lucas Silva de Moraes, Felipe Fernandes Alves e Walgnei Pereira Garcia, conluiados, abordaram o caminhão placas ATV-8001, realizaram revista no caminhão e no motorista Rogério Fernandes Mesquita, quando localizaram e apossaram-se do valor de R\$ 5.000,00 pertencente ao caminhoneiro. Posteriormente, colocaram este, contra sua vontade, no interior da viatura e, em seguida, deslocaram-se por alguns minutos até se encontrarem com o acusado Alex Duarte de Aguir, que estava no veículo Honda Civic, placas HTI-2540, ocasião em que este exigiu que Rogério Fernandes Mesquita lhe entregasse as chaves e documento do caminhão, sob ameaça de dar um tiro na vítima.

Ato contínuo, após a entrega dos objetos, o denunciado Alex Duarte de Aguir conduziu o motorista Rogério até onde estava estacionado seu caminhão, entregou as chaves e exigiu que ele conduzisse o veículo até o local situado na avenida Gunter Hans, esquina com a rua Verdes Mares. Ao chegarem nesse local, os acusados Eduardo Torres de Arruda e Rafael Marques da Costa passaram a integrar a empreitada criminoso, ficando encarregados da vigilância do caminhão, enquanto Alex Duarte de Aguir manteve a vítima em seu poder, passando a trafegar com esta pela cidade e exigindo o telefone do dono da carga, sendo que em dado momento Fabio Garcete ligou no telefone dela, oportunidade em que o réu Alex Duarte de Aguir já estava com o aparelho, atendeu e exigiu o pagamento dos R\$ 150.000,00 como condição para a liberação da carga e do motorista.

Urge ressaltar, por oportuno, que esses fatos não ficaram comprovados apenas pelas palavras do ofendido Rogério Fernandes Mesquita e do civil Fábio Garcete, mas também pela valoração extremamente negativa dos interrogatórios dos réus e pelos depoimentos das testemunhas Ten Cel Emerson de Almeida Vicente, Ten Cel PM André Henrique de Deus Macedo, Cap PM Rigoberto Rocha e 2º Ten. PM Arédio Gomes de Oliveira, sendo que esta última testemunha – além de ter identificado a voz do réu Alex Duarte de Aguir em um áudio exigindo a propina – declarou (f. 206 e 437), inclusive, que o corréu Lucas Silva de Moraes lhe confessou que eles abordaram o caminhão, detiveram o motorista Rogério Fernandes, colocaram-no dentro da viatura e o levaram até se encontrarem com o acusado Alex Duarte de Aguir, para quem aquele foi entregue.

Também não procede a tese subsidiária dos réus de que o sequestro foi crime meio para o aperfeiçoamento do delito de concussão, devendo aquele, por força do princípio da consunção, ser absorvido por este.

Isso porque, de acordo com a jurisprudência do STJ, não é possível a adoção dessa tese haja vista que:

(...) o crime de concussão é formal, cuja consumação se verifica com a simples exigência de vantagem indevida nos moldes em que descrito no tipo penal. Já o crime de cárcere privado/sequestro é material e não guarda nenhuma relação com a consumação do crime de concussão, ou seja, um não é fase necessária para a realização do outro, motivo pelo qual se cuidam de condutas autônomas. (STJ, AgRg no REsp. 1366683-PR. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 14/11/2017). (grifou-se).

Nesse prisma, sendo a concussão crime formal, ela se consumou tão somente com a exigência de vantagem indevida promovida pelos denunciados, independentemente do alcance de qualquer finalidade, de modo que não é possível considerar que o cometimento de sequestro seja meio idôneo, normal ou mesmo eficaz para a sua prática, porquanto já consumado com a simples exigência; quanto menos, que o sequestro seja meio necessário para a prática do crime de concussão.

De igual modo, inacolhível a tese de desclassificação para o crime de prevaricação, haja vista que a conduta praticada pelos denunciados apresentou um elemento a mais, qual seja, a exigência de vantagem indevida para a liberação do caminhão e do motorista – enquadrando-se, pois, perfeitamente ao delito de concussão.

Por tudo que foi exposto, outra conclusão não há senão a de que ficou plenamente comprovado que os denunciados infringiram os art. 225, caput, e 305 do CPM.

(...).

A respeito, já decidiu o Superior Tribunal Militar:

“APELAÇÃO – MPM – DEFESA – ART. 305 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – CONCUSSÃO – PRELIMINARES DE NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – LEI 11.719/08 – NÃO APLICAÇÃO AOS FEITOS DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – PRECEDENTES – INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INVERSÃO DO RITO – INOBSERVÂNCIA – DECLARAÇÃO DE VÍCIO PROCESSUAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – PRECLUSÃO – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO – DEMONSTRAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE – ACERVO PROBATÓRIO – ROBUSTEZ – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA- BASE – FIXAÇÃO – ART. 69 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – VIOLAÇÃO – AGRAVANTE GENÉRICA – ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER – INCOMPATIBILIDADE COM O TIPO PENAL CONDENATÓRIO – EXCLUSÃO – PENA ACESSÓRIA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – REQUISITOS LEGAIS – AUSÊNCIA – INAPLICABILIDADE – APELOS CONHECIDOS – APELAÇÃO DEFESA – PARCIALMENTE PROVIDA – RECURSO MINISTERIAL – DESPROVIMENTO. (...) III - É de ser mantida a condenação pela prática do crime de concussão quando o acervo probatório, colhido no transcurso da instrução criminal, torna certa a prática delitiva pelo Acusado, consistente em exigir vantagem indevida, seja de maneira direta seja de forma insidiosa, mas sempre a impingir à vítima o metus publicae potestatis. (...) VII - Apelos conhecidos. Parcialmente provido o Recurso defensivo. Negado provimento ao ministerial. Condenação mantida. Pena mitigada e regime inicial de cumprimento readequado. (STM - Ap 0000040-78.2013.7.11.0211, Relator Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Publicação em 8/3/2018.)” (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000040-78.2013.7.11.0211. Relator(a): Ministro(a) Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Data de Julgamento: 20/02/2018, Data de Publicação: 08/03/2018).

“APELAÇÃO – CRIME DE CONCUSSÃO – MILITAR NO EXERCÍCIO DE FISCALIZAÇÃO AQUAVIÁRIA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 36 DO STF – ALEGADA NULIDADE NA FIXAÇÃO PENA – INEXISTÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS.

Considerada a condição de militar do apelante, o qual foi condenado na instância a quo pelo crime de concussão, capitulado no art. 305 do CPM, não há razão para afastar a competência desta Justiça Especializada para o julgamento do presente feito, ainda mais por se tratar de militar no exercício da função de fiscalizar o tráfego aquaviário. Afastada à hipótese a aplicação da Súmula Vinculante nº 36 do STF, tendo em vista a sua incidência se restringir ao agente civil. O crime de concussão, na maioria das vezes, é cometido às escondidas, longe da visão de terceiros que poderiam facilmente limitar a espontaneidade do agente. Por essa razão, a jurisprudência pátria aceita como meio de prova o depoimento da vítima quando convergente com outros elementos que autorizem a condenação. (...) Negado provimento ao apelo. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000077-53.2012.7.08.0008.” Relator(a): Ministro(a) William de Oliveira Barros. Data de Julgamento: 29/08/2017, Data de Publicação: 14/09/2017).

“(…) MÉRITO – RECONHECIMENTO DOS ACUSADOS NAS IMAGENS OBTIDAS POR CFTV – REPRODUÇÃO DA PROVA EM JUÍZO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – NATUREZA DE PERÍCIA – SUJEIÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – VALIDADE – INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 368 DO CPPM – INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO – DISTINÇÃO ENTRE RECONHECIMENTO PESSOAL E FOTOGRÁFICO. A identificação dos Réus por intermédio das imagens obtidas no circuito interno da agência bancária realizada na fase inquisitorial foi ratificada em Juízo pelo Relatório de Auditoria de Tomada de Contas Especial. Este, por sua vez, submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa, possui natureza de Laudo Pericial constituindo-se, portanto, meio de prova apto a subsidiar a eventual condenação. (...) Negado provimento ao Apelo defensivo e dado provimento parcial ao Recurso ministerial. Maioria. (...) (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000013-02.2002.7.11.0011.” Relator(a): Ministro(a) Cleonilson Nicácio Silva. Data de Julgamento: 09/11/2016, Data de Publicação: 07/03/2017).

Do princípio da consunção

Incabível, no caso, a aplicação do princípio da consunção, pois os crimes de concussão e sequestro são distintos, autônomos, independentes, não se constituindo a conduta de um como preparação, meio ou execução do outro.

Tal princípio reserva-se a casos em que o crime-meio é utilizado para alcançar o crime-fim. No caso concreto, o sequestro da vítima Rogério não foi utilizado como meio necessário para a prática da concussão, crime formal, tratando-se de condutas independentes, não havendo vinculação entre os crimes.

Cleber Masson leciona que:

“(…) De acordo com o princípio da consunção, ou da absorção, o fato mais amplo e grave consume, absorve os demais menos amplos e graves, os quais atuam como meio normal de preparação ou execução daquele, ou ainda como seu mero exaurimento.” (Direito penal esquematizado - Parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, v. I).

O princípio da consunção/absorção só tem incidência naquelas hipóteses em que existam, necessariamente, um crime-meio e um crime-fim. Em se tratando de sequestro e concussão, não há qualquer relação de meio e fim entre um e outro delito, não havendo como se cogitar de que o menos grave seja meio necessário para a consecução do outro, mais grave.

Por tais razões, essa tese deve ser afastada.

Da participação de menor importância

Incabível também o reconhecimento da participação de menor importância, pois evidenciado por todo o conjunto probatório que todos os apelantes participaram ativamente dos crimes do crime de concussão e sequestro, agiram em unidade de desígnios, com divisão de tarefas e objetivo de obtenção de vantagem indevida.

Vê-se de seus próprios interrogatórios judiciais que todos acordaram sobre o modo de proceder, se comunicaram durante o dia dos fatos por telefone celular e agiram em coautoria com relevante e indispensável contribuição para a empreitada criminosa, incidindo o disposto no art. 53 do CPM.

Afasta-se, também, essa alegação.

Das dosimetrias das penas

Todos os apelantes pugnaram pela redução das penas-bases, alegando que se encontram exacerbadas e sem motivação motivos plausível.

Nos termos do art. 69 do CPM:

“Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.”

Constata-se que as penas-bases foram aplicadas acima do mínimo legal, por serem desfavoráveis a todos os apelantes as circunstâncias judiciais do dolo elevado, extensão do dano, meios empregados, insensibilidade, indiferença e ausência de arrependimento.

Para os apelantes João, Rafael, Eduardo e Alex também foi negativamente a circunstância do modo de execução e circunstâncias de tempo.

Por fim, para o apelante João também foi reconhecido os maus antecedentes.

Sobre os antecedentes, bem se sabe que eles consubstanciam circunstância judicial que diz respeito aos envolvimento judiciais anteriores do acusado, onde haja sido condenado por sentença irrecorrível. Não se admite, pois, como “maus antecedentes”, a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (Súmula 444, STJ).

Assim, considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

Com enfoque na situação sob exame, pode-se inferir que as respectivas certidões e folhas de antecedentes do apelante João foram juntadas às f. 759-760. A partir desses documentos, observa-se que o réu ostenta, em seu desfavor, uma condenação, por crime anterior, amparada por sentença judicial transitada em julgado (disparo de arma de fogo – pena extinta em 26/09/12).

Diante desse contexto, é plenamente aceitável que essa condenação seja utilizada para a configuração de “maus antecedentes”, mesmo que já tenham se passado vários anos, haja vista que o prazo depurador de 05 (cinco) anos entre a data de cumprimento ou extinção da pena e a data do cometimento da infração posterior incide tão somente para efeito de aplicação da agravante genérica da reincidência.

Quanto às demais circunstâncias judiciais também entendo que se encontram devidamente fundamentadas com base nos elementos que circunstam os fatos, encontrando respaldo para a conclusão de que extrapolaram os tipos penais, devendo ser mantidas como negativas.

Realmente, o dolo é elevado, pois as provas dos autos não deixam dúvidas de que os crimes foram premeditados e que os apelantes estavam mancomunados.

Os danos são extensos, pois ao invés de preservarem a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, conforme determina o art. 144 da Constituição Federal, os policiais praticaram crimes extremamente graves, causando patentes prejuízos à imagem da Corporação Militar e indignação da sociedade, inclusive, valendo-se da estrutura da Polícia Militar.

Ademais, os apelantes não demonstraram qualquer arrependimento em audiência, pelo contrário, total dissimulação e frieza.

O modo de execução e as circunstâncias do tempo foram elevadas, pois a vítima Rogério permaneceu vigiada, cerceada de sua liberdade, sem, inclusive, se alimentar, por cerca de 10 horas, certamente muito atemorizada pelo que poderia ocorrer caso a exigência dos réus não fosse atendida.

Sem falar que o apelante Eduardo foi o destinatário final dos R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), enquanto o apelante Alex, Sargento Aguir, foi quem ficou proferindo ameaças de morte contra a vítima Rogério.

Como se sabe, o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime. Assim, não há reparo a ser feito, não havendo falar em ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A respeito:

“Para a fixação da pena-base, levam-se em conta as circunstâncias judiciais contidas no art. 69 do CPM. A valoração justa e adequada dessas circunstâncias no juízo a quo inviabiliza sua modificação na instância superior.” (Tribunal de Justiça Militar-MG - Apelação – Processo nº 0003809-57.2012.9.13.0001; Relator: Juiz Cel PM James Ferreira Santos; Julgamento (unânime): 17/11/2016. DJME: 22/11/2016.).

“O magistrado a quo levou em consideração que 06 (seis) circunstâncias judiciais foram desfavoráveis ao apelante, o que justifica elevar o quantum da pena-base um pouco acima do mínimo legal.” (Tribunal de Justiça Militar-MG - Apelação – Processo nº 0001442-49.2015.9.13.0003; Relator: Juiz Cel PM Rúbio Paulino Coelho; Julgamento (unânime): 22/08/2017. DJME: 29/08/2017).

Das agravantes e atenuantes

Os apelantes Alex e João pediram o afastamento da agravante do art. 53, § 2º, I, CPM, por ausência de provas de que dirigiram a atividade dos demais agentes e porque esta circunstância não constou na denúncia, violando o princípio da correlação entre acusação e sentença, inviabilizando o contraditório e a ampla defesa.

É descabida a alegação, pois apesar desta agravante não estar capitulada na denúncia, os fatos estão descritos nessa peça, ficando claro que o apelante Alex, 3º Sargento Aguir, era o mais graduado dos réus (que eram cabos ou soldados) e que o apelante João, Cabo Vilalba, era o comandante da guarnição de serviço, portanto, eram os “cabeças” dos delitos, ou seja, os que dirigiram as atividades dos demais agentes (parágrafo 4º do art. 53 do CPM).

Como se sabe, o réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação, o que ocorreu, conforme se extrai dos autos. Sem falar que há permissão expressa no Código de Processo Penal Militar de reconhecimento de agravante, ainda que não tenha sido arguida:

“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;

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.”

“Art. 440. O Conselho de Justiça ao proferir sentença condenatória:

a) mencionará as circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na fixação da pena, tendo em vista obrigatoriamente o disposto no art. 69 e seus parágrafos do Código Penal Militar;

b) mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no citado Código, e cuja existência reconhecer; (...).”

Nesse sentido:

“Incide a agravante prevista no artigo 53, § 2º, inciso I, do CPM, quando as provas carreadas aos autos evidenciam que o Réu idealizou, preparou e liderou a execução do delito. (...)” (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000013-02.2002.7.11.0011. Relator(a): Ministro(a) Cleonilson Nicácio Silva. Data de Julgamento: 09/11/2016, Data de Publicação: 07/03/2017).

Já os apelantes João, Felipe, Walgnei e Lucas pediram o afastamento da agravante do art. 70, II, “I”, do CPM (estando de serviço).

Como afirmado na sentença,

“(...) Não há falar-se em inaplicabilidade dessa agravante, porquanto, consoante é cediço, a concussão pode ser praticada por policial militar que não esteja de serviço. Aliás, foi o que se viu nos autos com relação aos corréus Alex Duarte de Aguir, Eduardo Torres de Arruda e Rafael Marques da Costa, os quais não estavam de serviço. Seguramente, a prática de crime por policial que está de serviço é, em regra, mais grave do que aquele praticado por policial que não está de serviço.” (f. 1.222-1.223).

Portanto, tratando-se os referidos apelantes de integrantes da guarnição de serviço e podendo o delito ser cometido por quem não esteja de serviço, não há falar em *bis in idem*, devendo ser mantida a agravante.

A respeito:

“APELAÇÃO – CRIME DE CONCUSSÃO – MILITAR NO EXERCÍCIO DE FISCALIZAÇÃO AQUAVIÁRIA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 36 DO STF. ALEGADA NULIDADE NA FIXAÇÃO PENA – INEXISTÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. (...) A incidência da agravante de estar em serviço, contida no art. 70, inciso II, alínea “I”, do CPM, teve sua aplicação no mínimo previsto de 1/5 (um quinto), convergente com o critério de fixação da pena-base. Por não integrar a elementar do tipo penal, o presente agravamento não incide em bis in idem, pois a prática do delito não exige que o agente esteja necessariamente no exercício da função. Aliás, o crime subsiste ainda que ele não tenha sido investido na função. Preliminar rejeitada por unanimidade. Negado provimento ao apelo. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000077-53.2012.7.08.0008.” Relator(a): Ministro(a) William de Oliveira Barros. Data de Julgamento: 29/08/2017, Data de Publicação: 14/09/2017).

Os apelantes João, Felipe, Walgnei pediram a aplicação da atenuante prevista no art. 72, II, CPM (ser meritório seu comportamento anterior).

No entanto, como bem opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer (f. 1.529):

“Para que seja aplicável a atenuante por motivos de meritório comportamento, previsto no artigo 72, inciso II, do Código Penal Militar, é imprescindível a análise de outros pressupostos relevantes como a inexistência de punições registradas no extrato de elogios e

punições, comprovação de uma postura exemplar e profissional na sociedade, em família, antecedentes criminais, entre outros.

Depreende-se que os apelantes juntaram documentos referentes aos elogios, comportamento e primariedade. Todavia, é certo que somente o proceder dentro da Corporação não basta para a avaliação deste requisito, não sendo trazidos aos autos quaisquer informações acerca da conduta social e familiar dos apelantes, para que se pudesse confirmar o propalado comportamento exemplar.

No mesmo sentido, em julgado proferido por esta Corte Estadual de Justiça prevaleceu o entendimento de que ‘para reconhecer o comportamento meritório, não basta a simples análise da vida em caserna do miliciano, mas também sua vida pessoal, familiar, social e profissional, sendo que esta deve ir além de simples elogios.’ (TJMS – 2009.025725-9/0000-00).

(...).”

Além disso, o apelante João possui antecedentes e registros criminais, nada indicando bom comportamento anterior (f. 759-760).

O apelante João pugnou também pela aplicação da benesse do art. 74 do CPM (“*Quando ocorre mais de uma agravante ou mais de uma atenuante, o juiz poderá limitar-se a uma só agravação ou a uma só atenuação.*”)

Constata-se que realmente foi esta operação realizada na dosimetria da pena, pois as penas-bases foram agravadas uma única vez, ou seja, em 1/4, pelas duas agravantes.

Sobre o assunto, esclarece a doutrina:

“Ele pode limitar-se a uma só agravação; não o impedirá de fazê-lo o fato de haver mais de uma agravante. A operação é uma só; o aumento pode ser maior do que se houvesse apenas uma agravante.”²⁵

Evidente que, reconhecidas duas agravantes (art. 53, § 2º, I e art. 70, II, “I”, CPM), o aumento não poderia se dar no mínimo legal (1/5 – art. 73 do CPM), ficando somente um pouco acima deste, devendo ser mantido este patamar diante da gravidade e circunstâncias dos fatos delituosos, bem como por ser proporcional, justo e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

O apelante Lucas pede, ainda, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante.

Impossível sua aplicação já que o apelante em nenhum momento confessou a autoria dos delitos (art. 72, III, “d”, CPM), afirmando que realizaram uma ação controlada a fim de prender também o proprietário da carga de cigarros contrabandeados, bem como que a vítima Rogério estava livre (f. 158-161 e 733 - audiovisual).

Do regime prisional

Por fim, considerando a quantidade de pena e a existência de diversas circunstâncias judiciais negativas, deve ser mantido o regime prisional fechado para todos os apelantes, pois não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 33, parágrafos 2º e 3º, CP c/c art. 61 do CPM).

Deve ser aplicado ao caso o entendimento firmado pelo STF no julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, julgado em 10 de novembro de 2016, determinando-se o início imediato do cumprimento da pena, pois, conforme referido precedente:

“(...) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”

25 ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 183.

Em relação aos prequestionamentos, tenho que a sentença penal condenatória não viola nenhuma Lei Federal nem norma constitucional, estando em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Conclusão

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos defensivos.

Assim, prevalecendo este voto, não havendo recursos especial ou extraordinário, baixem-se os autos à origem para o início da execução da pena.

Por outro lado, esgotada a prestação jurisdicional nesta instância e havendo recursos aos Tribunais Superiores, oficie-se ao Juízo competente na origem para as providências cabíveis, assentando-se que não mais se tratam de presos provisórios (por força das prisões preventivas antes determinadas), mas de condenados em execução provisória, após decisão de 2º grau de jurisdição, em conformidade com ARE 964.246-RG/SP, devendo ser feitas as devidas anotações nos sistemas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento dos recursos, 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, 25 de junho de 2019.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0011675-59.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com a teoria da imputação objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido. Assim, tratando-se de hipótese de autocolocação em risco por pessoa maior e capaz, sendo o perigo provocado pela própria vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação, há exclusão da imputação por parte do acusado.

Contra o parecer, recurso improvido.

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. Com ressalvas do 1º vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (f. 300 – 306), que absolveu Sandro Gomes Cáceres do crime tipificado no art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Requer, em síntese, a condenação de Sandro Gomes Cáceres nas penas do art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (f. 313 – 323).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 325 – 332).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (f. 342 – 347).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (f. 300 – 306), que absolveu Sandro Gomes Cáceres do crime tipificado no art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Requer, em síntese, a condenação de Sandro Gomes Cáceres nas penas do art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (f. 313 – 323).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 325 – 332).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (f. 342 – 347).

Narra a denúncia que:

“(...) No dia 20 de outubro de 2013, por volta das 14h40min, na Avenida Sólon Padilha (BR 262 – prolongamento da Avenida Duque de Caxias), após o pontilhão, entre 50m e 200m antes da lombada eletrônica, nesta Capital, o denunciado Sandro, agindo com imprudência ao trafegar em velocidade superior à máxima permitida para a via, praticou homicídio culposo conduzindo o veículo Renault/Kangoo, cor branca, placas HTQ-3654, tendo como vítima Nico Mendes da Costa, que conduzia uma bicicleta Monark, barraforte, cor vermelha.

Apurou-se que o denunciado Sandro, até então funcionário da empresa “Feijão com Arroz”, conduzia o veículo da empresa para fazer uma entrega, bem como a vítima fatal retornava para o almoço, quando esta, ao tentar cruzar a referida via, sofreu a colisão com o denunciado Sandro, batendo com a cabeça no para-brisa e sendo arremessada por cima do veículo Renault/Kangoo, vindo a falecer. (...)”

O juízo de primeiro grau absolveu o apelado por atipicidade da conduta pelos seguintes argumentos:

“(...) O nexa fático é indiscutível, porquanto o óbito da vítima Nico Mendes da Costa deu-se em decorrência de acidente de trânsito envolvendo o veículo conduzido pelo acusado; não se tem, contudo, o nexa normativo, uma vez que o resultado jurídico não decorreu do risco incrementado pelo acusado, mas sim da autocolocação em perigo pelo ofendido.

Vejamos. A Avenida Duque de Caxias é uma das principais desta Capital, com tráfego intenso durante todo o dia, em especial em sua parte final, em que se inicia a Rodovia BR 262, tal qual a hipótese dos autos.

A vítima e o réu seguiam em direção a Indubrasil.

Em circunstâncias como estas, a travessia da via pública pelo ciclista deve ser feita com todas as cautelas possíveis.

É inconteste que a vítima Nico não se valeu dos cuidados que lhe eram exigidos e atravessou inadequadamente a faixa de rolamento em que transitava o acusado - fora do local específico para tanto e seu observar o procedimento adequado.

Compulsando os autos, constata-se que a vítima Nico Mendes da Costa cruzou a via que conta com 03 (três) faixas de rolamento, início de rodovia, aparentando que desejava realizar o retorno (f. 37).

Ocorre que, ao trafegar em local com veículos automotores, embora o ciclista conte com preferência, deve se comportar de mesmo modo que os demais ou realizar a travessia em local adequado ao pedestre.

Desta forma, se pretendia realizar o retorno, por estar na faixa da direita, deveria ter antecipadamente sinalizado que ingressaria à esquerda e, em movimento, sentido Indubrasil, transposto as 03 (três) faixas como um carro o faz; não pode cruzar a via perpendicularmente.

Ao contrário, poderia ter seguido até o redutor de velocidade e, então, cruzado a via na perpendicular.

O condutor de bicicleta deverá sempre comportar-se como se pedestre o fosse; acaso não queira, impõe-se que observe o procedimento estabelecido para os veículos maiores.

A velocidade em que trafegava o réu é irrelevante, haja vista que o acidente não teria acontecido, acaso a vítima realizasse a travessia da via de maneira adequada.

Permitir eventual responsabilização penal do réu Sandro Gomes Cáceres, desconsiderando-se completamente a imprudência da vítima, implicaria em violação ao princípio da confiança, que conta com especial aplicação no âmbito dos crimes de trânsito.

(...)

No mesmo sentido, com relação ao estado de conservação dos pneus dianteiros, é inconteste que o acusado Sandro Gomes Cáceres era empregado de Osmar Alves Coco no estabelecimento “Feijão com Arroz”, e conduzia o veículo “da empresa”, não sendo responsabilidade sua, mas sim de Osmar, realizar as devidas manutenções.

Logo, demonstrada a culpa exclusiva da vítima Nico Mendes da Costa e a negligência apenas de Osmar Alves Coco, impõe-se a absolvição do acusado Sandro Gomes Cáceres pela prática do crime tipificado no art. 302, caput, da Lei nº 9.503/97. (...)”

O recurso deve ser improvido.

É que, não restou devidamente comprovado que o réu descuroou do dever objetivo de cuidado e teria criado risco não permitido, sendo certo que de acordo com a teoria da imputação objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido.

Já tive a oportunidade de refletir sobre o tema da exclusão da tipicidade em casos desse jaez e compartilho com os Pares as minhas conclusões, lançadas na obra “*Teoria da imputação objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*”:

“(...)”

4.3.1.3. Incremento ou falta de aumento do risco permitido.

Não haverá igualmente imputação quando o agir estiver dentro de uma situação em que se verifique um risco permitido, entendido como aqueles perigos decorrentes de condutas toleradas, social e juridicamente, tanto em razão da importância que têm para a sociedade quanto de sua costumeira aceitação por todos, por serem inerentes à vida moderna.

(...)

Claus Roxin menciona os riscos permitidos resultantes do trânsito. (...). Sendo sempre importante assinalar que a exclusão da imputação só se dará nos casos em que advierem resultados danosos dessas práticas, se tiverem sido observadas as regras a elas inerentes ou, ocorrendo o desrespeito a alguma dessas normas, não seja este fato relevante para o resultado.

Exemplo sempre lembrado é o do condutor de veículo que, obedecendo rigorosamente às regras de trânsito, vem a causar a morte de alguém por atropelamento. Como o dirigir veículo envolve um risco permitido, e o condutor, cumprindo as normas de trânsito, não aumentou esse risco, não há imputação objetiva, tratando-se de situação atípica.

(...)

4.3.1.8. Autocolocação em risco

Outra hipótese em que pode ocorrer a exclusão da imputação dá-se quando o perigo é provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação.

A razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha político-criminal assumida pela teoria da imputação objetiva,

focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como ultima ratio, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam.

Por isso, em regra, a vítima, com capacidade de discernimento, conhecendo o perigo da posição em que se autocoloca, age diante do direito por risco próprio, ainda que a sua decisão tenha, por exemplo, origem em instigação de terceiro.

(...)

O grande número de casos possíveis de autocolocação da vítima em situação de risco ou perigo, aliado ao fato de se tratar de um critério de origem político-criminal, impede a construção de regras gerais que possam servir indiscriminadamente a todas as situações.

Claus Roxin comenta algumas decisões do Tribunal Superior Federal alemão sobre hipóteses de autocolocação em perigo pela vítima. Um caso refere-se a uma aposta de corrida de motocicletas entre A e B, em que ambos estavam embriagados, mas completamente imputáveis. Em virtude de erro cometido por ele mesmo, B falece em razão de acidente. O Tribunal condenou A por entender ter ele “causado de modo contrário ao dever um resultado previsível e evitável”. Quanto a essa decisão, Claus Roxin entende que, como B ainda se encontrava plenamente imputável, e por isso vislumbrava por completo o resultado, este não poderia ser imputado a A, por não se compreender no âmbito de alcance do tipo.

(...)

Como já salientado, as possibilidades práticas são muitas e o importante é o alcance dessa construção doutrinária, que leva em consideração o homem e seu direito à autodeterminação, como parte integrante de sua dignidade.” (SF. Pillares, f. 132. Ed. 2010, f. 123-124, 129-130).

Nesse sentido, a jurisprudência já decidiu:

APELAÇÃO CRIME – HOMÍCIDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – INEXISTÊNCIA DE CULPA NO AGIR DO RÉU – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO – ABSOLVIÇÃO.

Motorista de caminhão que atropelou a vítima em cima da calçada, supostamente agindo de forma imprudente. A prova dos autos aponta que a vítima autocolocou-se em situação de perigo, pois passou por trás do caminhão, ignorando o fato de que o condutor deste já avançava por sobre a calçada, realizando manobra plenamente sinalizada. Concorreu a vítima, pois, para o acidente, quebrando o princípio da confiança, segundo o qual todo aquele que atende adequadamente ao cuidado exigido pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. Nesse caso, exclui-se a responsabilidade do agente quanto a fatos que ultrapassem o seu dever de agir com cuidado. Não há, nos autos, elemento capaz de provar que a conduta do réu foi imprudente, uma vez que o mesmo disse ter observado os dois espelhos ao iniciar a manobra e constatado que não havia transeuntes passando no momento em que ingressou no passeio, além de ter ligado o pisca-alerta e sinalizado sonoramente. Assim, somadas as circunstâncias do fato, em face da conduta da vítima, decisiva para o evento, e não demonstrada violação a dever objetivo de cuidado pelo réu, impositiva a sua absolvição. RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime nº 70064658578, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 15/07/2015).

Compulsando-se os autos, percebe-se que o recorrido estava conduzindo o veículo normalmente pela via, quando a vítima, andando em sua bicicleta do lado direito da rodovia, abruptamente atravessou transversalmente a via, sem tomar as devidas cautelas para tanto, veja-se:

O recorrido disse que estava conduzindo o veículo do lado esquerdo da via e quando chegou na curva, deparou-se com a vítima atravessando a via, momento em que iniciou a frenagem, mas não conseguiu evitar a colisão. Afirmou que viu a vítima logo após a curva e não antes (f. 281).

A testemunha Renato Raimundo Teixeira de Souza disse que atendeu a ocorrência e que não houve imprudência por parte do recorrido e sim uma fatalidade. Afirmou, ainda, que o recorrido lhe disse que a vítima atravessou a via de forma repentina. Declarou que o recorrido poderia estar conduzindo o veículo acima da velocidade permitida, como também poderia estar no limite da velocidade, tendo em vista que os pneus dianteiros estavam gastos, de sorte que mesmo se estivesse conduzindo na velocidade da via, o veículo não iria parar. Disse que de onde o recorrido estava, não tinha como ele ver a vítima atravessando a via porque ali é o início de uma curva, sendo pego de surpresa e que naquele local é difícil a visualização, inclusive já atendeu várias ocorrências ali, pois muitas pessoas atravessam a via de forma descuidada. Que não sabe dizer se a vítima prestou atenção ou não ao atravessar a pista (f. 281).

Ora, o art. 34 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que “o condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade”.

No caso dos autos, percebe-se que a vítima autocolocou-se em risco, pois cruzou a via sem certificar-se de que poderia fazê-la com segurança, de sorte que, a velocidade em que o recorrido trafegava é irrelevante, tendo em vista que o acidente não teria acontecido, acaso a vítima realizasse a travessia da via de maneira adequada.

Ademais, ainda que o recorrido estivesse conduzindo o veículo com velocidade superior a permitida pela via, não há provas se foi esse fato que deu causa ao acidente ou a forma imprudente de travessia da vítima, razão pela qual a absolvição deve ser mantida.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 264-266 do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS que absolveu o condenado da imputação pela prática do crime de homicídio culposo, previsto no art. 302, do Código Penal.

O Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, negou provimento ao recurso ministerial, mantendo a sentença absolutória.

Examinando os autos, verifica-se que as provas são insuficientes para a condenação.

O croqui de f. 37 não é esclarecedor quanto a real dinâmica do acidente.

Conforme se verifica do croqui, existe uma seta indicativa iniciando no lado direito da pista indo para a margem esquerda da pista, referindo uma frenagem.

No entanto, conforme as demais provas produzidas, consistente no depoimento do próprio acusado e policiais condutores da diligência, o acidente teria ocorrido do lado esquerdo, próximo ao canteiro central, ou seja, distante da seta mencionada.

Não se pode afirmar ainda do referido croqui, onde teria sido o ponto de impacto da colisão, já que não é nada esclarecedor neste aspecto, tanto que o magistrado da origem indagou os policiais testemunhas nesse sentido, mas não ficou devidamente esclarecido.

Além disso, os testemunhos dos policiais condutores das diligências também não são esclarecedores quanto a real dinâmica do acidente, levando em consideração o croqui acima referido.

Por demais, consta do laudo pericial de f. 45-57, como dinâmica do acidente que:

“(...) Trafegava o veículo Renault/Kangoo (V1), na Rua Solon Padilha, no sentido norte/sul, na faixa esquerda, junto ao canteiro central, quando colidiu o setor frontal contra o setor lateral do veículo bicicleta (V2), que trafegava transversalmente a pista de rolamento,

no sentido oeste/leste. Após o impacto, o corpo do condutor de V2 foi arremessado por sobre o capô e vidro para-brisas de V, o que provocou o traumatismo crânio-encefálico e a consequente morte da vítima ali mesmo.”

Ora, pelo que se observa do laudo pericial acima, a bicicleta teria atravessado transversalmente a pista de rolamento, no sentido oeste/leste, enquanto o veículo vinha no sentido norte/sul, quando teria ocorrido a colisão.

No entanto, não ficou esclarecido quem efetivamente deu causa ao impacto, se a vítima que adentrou repentinamente na pista, tentando atravessá-la na frente do automóvel, ou se por eventual excesso de velocidade do apelante.

Portanto, de todos os elementos contidos no processo, não se pode concluir a real dinâmica do acidente objeto do presente processo nem que o apelante foi quem deu causa ao acidente, inexistindo provas concretas e esclarecedoras, pelo que a dúvida sobre essas questões essenciais conduz à absolvição.

Diante do exposto, com essas ponderações, acompanho o relator para negar provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (2º vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Com ressalvas do 1º vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 23 de abril de 2019.

2ª Câmara Criminal
Apelação Criminal nº 0000312-49.2017.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – OBSTAR OU DIFICULTAR A AÇÃO FISCALIZADORA DO PODER PÚBLICO NO TRATO DE QUESTÕES AMBIENTAIS (ART. 69 DA LEI 9.605/98) – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – PROCEDÊNCIA – ATIPICIDADE FORMAL E MATERIAL DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

O mero aviso sobre a presença da polícia ambiental a ribeirinhos que poderiam, eles próprios, perceber a fiscalização sendo realizada à pé pelos agentes no Porto Geral de Corumbá, assemelha-se mais a uma não-contribuição do que a uma dificuldade efetivamente criada.

Não se enquadra, pois, formalmente ao tipo penal do art. 69 da Lei 9.605/98, que visa punir quem cria embaraços reais à fiscalização ambiental, como as pessoas que fecham estradas de acesso, danificam viaturas em diligência, oferecem resistência de ordem física ou moral, enfim, aqueles que criam um óbice com um mínimo de potencialidade de frustrar atividade estatal.

A interpretação ampliativa que empresta significação hiperbólica ao vocábulo “*dificultar*”, a fim de alcançar um número indefinido de condutas, muitas absolutamente díspares em gravidade, é incompatível com um Direito penal pretensamente democrático, pautado em garantias fundamentais e que sabidamente é avesso a normas proibitivas de conteúdo obscuro.

É possível reconhecer a atipicidade material em matéria ambiental se demonstrada a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A existência de condenação pretérita não é óbice, pelo menos não intransponível, ao reconhecimento da insignificância da conduta.

Afigurando-se a conduta denunciada formal e materialmente atípica, impõe-se a absolvição do réu.

Recurso provido, 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, dar provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Relator. Com ressalvas do 1º Vogal.

Campo Grande, 25 de junho de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Rivaldo de Souza Valdonado, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, interpõe apelação criminal (f. 132-142) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal

da Comarca de Corumbá (f. 119-125), que o condenou à pena de 1 ano e 3 meses de detenção, em regime semiaberto, pela prática do crime tipificado no art. 69 da Lei 9605/98 (obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais).

Pede a defesa, em suma, a absolvição pela aplicação do princípio da insignificância. Mantida a condenação, busca o abrandamento do regime prisional ao aberto. Caso não prevaleçam as pretensões, elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

As contrarrazões ministeriais (f. 153-164) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 173-178) vertem-se pela manutenção da sentença.

Distribuição por sorteio (f. 166).

VOTO (EM 25/06/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Rivaldo de Souza Valdonado, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, interpõe apelação criminal (f. 132-142) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá (f. 119-125), que o condenou à pena de 1 ano e 3 meses de detenção, em regime semiaberto, pela prática do crime tipificado no art. 69 da Lei 9.605/98 (obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais).

Narrou a acusação que:

“(...) No dia 21/11/2016, por volta das 20h20min, na região do Porto Geral, no município de Corumbá/MS, Rivaldo de Souza Valdonado, consciente da ilicitude da sua conduta, foi flagrado obstando ou dificultando a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

Isso porque, segundo consta no histórico da ocorrência, policiais militares ambientais, enquanto realizavam fiscalização na região do Porto Geral de Corumbá com o fito de coibir a pesca durante o período da piracema, flagraram o denunciado alertando aos pescadores que se encontravam no local, possibilitando que estes se abstivessem da pesca ou mesmo se evadissem do local antes que a guarnição pudesse realizar a abordagem, assim, obstando a fiscalização ambiental.

Assim agindo, o denunciado Rivaldo de Souza Valdonado incorreu no crime ambiental tipificado no artigo 69 da Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).

A autoria resta comprovada pelo próprio denunciado, que, por ocasião do interrogatório, confessou a prática da conduta delitativa ao afirmar que teria avisado terceira pessoa ao avistar a viatura da Polícia Militar (f. 08 do IP), bem como pelos depoimentos dos policiais militares que integravam a guarnição que realizava a ação fiscalizadora ambiental no dia dos fatos (f. 05-07 do IP).

A materialidade delitativa, para efeito do oferecimento e recebimento da denúncia, está patenteada no auto de prisão em flagrante (f. 02-15 do IP); ocorrência nº 6936/2016 da 1ª Delegacia de Polícia Civil (f. 16 do IP); ocorrência nº 175/2016 da Polícia Militar (f. 17 do IP); Auto de Infração IMASUL nº 22504 (f. 18 do IP) e laudo de constatação nº 24291 (f. 19 do IP).

Ante o exposto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, por não restarem dúvidas acerca da autoria e da materialidade dos fatos, denuncia Rivaldo de Souza Valdonado como incurso nas penas do artigo 69 da Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais). (...)”

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado nos moldes alhures mencionados.

Por discordar do resultado, somente a defesa recorreu, pedindo, em suma, a absolvição pela aplicação do princípio da insignificância. Mantida a condenação, busca o abrandamento do regime prisional ao aberto. Caso não prevaleçam as pretensões, elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

As contrarrazões ministeriais (f. 153-164) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 173-178) vertem-se pela manutenção da sentença.

Distribuição por sorteio (f. 166).

Ao recurso deve se dar provimento.

Colhe-se da sentença que o magistrado singular, muito embora tenha considerado inexpressiva a lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 69 da Lei 9.605/98, deixou de aplicar o princípio da insignificância, tão somente em razão dos antecedentes maculados do recorrente.

A despeito de ser memorável, a cognição não merece prevalecer.

De início, vale ressaltar que o tipo penal em questão é extremamente aberto, porquanto não esclarece, especifica ou exemplifica como o agente poderia “obstar” ou “dificultar” a ação fiscalizadora do Poder Público em questões ambientais, pelo que sua constitucionalidade, não se pode deixar de dizer, soa bastante duvidosa²⁶.

Afinal, nesses termos, o dispositivo legal torna obscuro o conteúdo real da proibição, como também permite que um indefinido número de condutas, muitas absolutamente díspares em gravidade, recebam exatamente o mesmo tratamento penal, o que não é de se admitir, pois refoge às finalidades de prevenção geral e especial da sanção.

Assim, já sob o aspecto da tipicidade formal, parece-me um pouco forçoso sustentar que a conduta do apelante se enquadra, de fato, no art. 69 da Lei 9.605/98, pois apenas avisou sobre a presença da polícia ambiental a ribeirinhos que poderiam, eles próprios, perceber a fiscalização sendo realizada à pé pelos agentes no Porto Geral de Corumbá, algo que, deveras, assemelha-se mais a uma não-contribuição do que a uma dificuldade efetivamente criada.

Esclareça-se que o crime em questão, na realidade, visa punir quem cria embaraços reais à fiscalização ambiental, como as pessoas que fecham estradas de acesso, danificam viaturas em diligência, oferecem resistência de ordem física ou moral, enfim, aqueles que criam um óbice com um mínimo de potencialidade de frustrar atividade estatal, ou seja, em nada se assemelha à conduta do acusado.

A exêgese contrária, com o devido respeito, chancela hipótese para a palavra “dificultar” que evidentemente não é compatível com um Direito Penal pretensamente democrático, haja vista que abre campo para indevida responsabilização do cidadão apenas por não colaborar com o exercício funcional de determinada autoridade.

Saliento que a hipótese seria outra se o acusado obtivesse, de modo privilegiado e prévio, a informação sobre a operação ambiental e, de posse da notícia, retransmitisse o aviso sobre a movimentação policial antes mesmo de seu início, caso em que, aí sim, estaria implementado uma dificuldade minimamente concreta para a fiscalização.

Noutro giro, afora a atipicidade formal, mister se faz argumentar que a manutenção da condenação do recorrente também esbarraria na atipicidade material do fato, que é, por si só, de hialina irrelevância.

O princípio da insignificância, embora não previsto formalmente em lei, constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção

²⁶ Sobre o assunto, conferir: (Legislação Criminal Especial. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 – Vários Autores, coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha, f. 955).

mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, permitindo ao julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de ínfima importância.

O Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para utilização do princípio da insignificância, quais sejam:

“(…) (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF – HC nº 93.453 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 02.10.2009 – f. 133)”.

No caso em tela, verifica-se que a conduta narrada na inicial se amolda perfeitamente ao princípio da insignificância, preenchendo todos os requisitos apontados pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação do princípio em comento, tendo referida Corte, inclusive, afirmado a natureza bagatelar até mesmo para quem pescava em período defeso com petrecho proibido. *In verbis*:

“EMENTA – AÇÃO PENAL – CRIME AMBIENTAL – PESCADOR FLAGRADO COM DOZE CAMARÕES E REDE DE PESCA, EM DESACORDO COM A PORTARIA 84/02, DO IBAMA – ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI Nº 9.605/98 – REI FURTIVAE DE VALOR INSIGNIFICANTE – PERICULOSIDADE NÃO CONSIDERÁVEL DO AGENTE – CRIME DE BAGATELA – CARACTERIZAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ATIPICIDADE RECONHECIDA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – HC CONCEDIDO PARA ESSE FIM – VOTO vencido – Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (HC 112563, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, Processo Eletrônico DJe-241 Divulg 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012)”.

Com efeito, vale obtemperar que, se a Corte Suprema considera atípica a conduta de pesca em período defeso com petrechos proibidos, com muito mais razão cabe reconhecer a insignificância da conduta do réu, que apenas teria gritado, estando entre os ribeiros, “*olha a ambiental, a ambiental, a ambiental*”.

É que a natureza da sanção penal mostra-se desproporcional à conduta praticada isoladamente pelo apelante, sendo imprescindível registrar que, embora condutas semelhantes e inexpressivas possam representar, em conjunto, perigo de dano ao meio ambiente, a responsabilização criminal não pode extrapolar o que foi objetivamente praticado pelo apelante, sob pena de subversão de todas as premissas basilares do Direito penal sob à ótica garantista.

O Direito Administrativo, com suas conhecidas sanções se mostra suficiente para a prevenção geral e especial em situações como estas, sendo que as multas, suspensões do exercício da pesca, apreensões de materiais, entre outras, dispensam a utilização do Direito Penal que deve incidir em caráter subsidiário de *ultima ratio*.

E nem se queira argumentar que a existência de antecedente seria óbice intransponível à aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o réu do mencionado precedente do STF também era reincidente, inclusive, específico em delito ambiental, ao contrário do apelante, o qual, embora tenha registro por outros crimes, nunca havia respondido por outra ação penal por infração penal ambiental.

A insignificância penal deve ser valorada de forma objetiva, excluindo-se do âmbito da tipicidade as condutas que não afetem gravemente o bem jurídico penalmente protegido, independentemente da existência ou não de circunstâncias de cunho puramente subjetivo, sob pena de admitir a prevalência ao reprovável direito penal de autor, ao que se sabe incompatível com o atual Estado Democrático de Direito.

Conforme preleciona Luiz Regis Prado,

“(...) o Direito penal só pune fatos (ação/omissão), daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (Direito penal do fato), pondo-se a um direito penal do autor fundado no modo de vida ou no caráter”. (Curso de direito penal brasileiro, volume 1; parte geral. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, f. 136).

No mesmo sentido colhe-se a lição de Luiz Flávio Gomes:

“(...) A confusão está aqui: os critérios que orientam o princípio da insignificância são somente os do desvalor do resultado e do desvalor da conduta (e nada mais). Não se pode mesclar os critérios fundantes de cada princípio, sob pena de se incorrer em grave confusão (que não se coaduna com a boa técnica). O injusto penal é constituído de desvalor do resultado e desvalor da ação. A insignificância correlaciona-se indubitavelmente com o âmbito do injusto penal. Logo, não entram aqui critérios subjetivos típicos da reprovação da conduta (ou da necessidade da pena).

(...)

Toda referência que é feita (na esfera do princípio da insignificância) ao desvalor da culpabilidade (réu com bons antecedentes, motivação do crime, personalidade do agente etc.) está confundindo o injusto penal com sua reprovação, leia-se, está confundindo a teoria do delito com a teoria da pena (ou, na linguagem de Graf Zu Dohna, o objeto de valoração com a valoração do objeto). Não se pode utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (teoria da pena) dentro do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente (ou mesmo arbitrariamente).” (in: http://www.lfg.com.br/artigo/20041108121843523p_criterios-determinantes-do-principio-da-insignificancia.html. Acesso em 21.06.2012).

Cumpra observar que esse entendimento está em plena sintonia com a evolução do Direito Penal em âmbito internacional, que avança no sentido de expurgar da condenação elementos que não estejam diretamente ligados ao fato julgado.

Nessa trilha, a Corte Suprema Argentina utilizou precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos para acolher o recurso extraordinário 6457/09, afastando a incidência do dispositivo legal que agrava a pena em razão de condenações anteriores ou ações judiciais pendentes, pois essa circunstância:

“(...) não se vincula nem com o ilícito que se pretende punir, nem com o grau de culpabilidade do autor em relação a este, mas sim, leva em consideração características próprias do indivíduo que excedem o ato praticado” considerando inconstitucional o dispositivo quando “aumenta a pena imposta em razão de situações específicas que não estejam ligadas ao comportamento do agente que está sendo reprovado e é uma violação o princípio da culpa, e da garantia de ‘ne bis in idem’, assim como aumenta a pena do réu por razões pessoais”.

Por oportuno, confira-se trecho do voto do Ministro Raúl Zaffaroni:

“(...) Que cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que la invocación a la peligrosidad “consti tuye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía ... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas

sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención” (CIDH, Serie C. n° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

A propósito, conforme outrora já foi reconhecido nesta 2ª Câmara Criminal:

“(…) até as condenações anteriores não impedem a aplicação do princípio da insignificância, pois os critérios que o orientam dizem respeito tão somente ao desvalor do resultado e desvalor da ação” (Apelação n° 0000849-91.2012.8.12.0017, Relator Designado Des. Manoel Mendes Carli, j. 28.01.2013).

Cabe ainda lembrar que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é o mencionado princípio que fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitativa na sociedade moderna. HC 299.185-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/9/2014.

Logo, é certo que a vida criminal do agente não deveria infirmar, pelo menos não de modo absoluto, a aplicabilidade da bagatela.

Por conseguinte, desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitativa, impondo-se a absolvição pela aplicação do princípio da insignificância, julgando-se prejudicada a análise dos demais pedidos defensivos.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento à apelação criminal interposta por Rivaldo de Souza Valdonado, com o fim de absolvê-lo pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Rivaldo de Souza Valdonado contra a sentença que o condenou à pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, em regime semiaberto, por infração ao art. 69, da Lei 9.605/98.

O Relator Des. Ruy Celso Barbosa deu provimento ao recurso interposto para o fim de absolver o apelante, pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O art. 69, da Lei 9.605/98 estabelece que:

“(…) Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.”

Os verbos núcleos do tipo “obstar” ou “dificultar” significam, respectivamente, provocar impedimento ou tornar custoso a ação fiscalizadora da autoridade policial ambiental, no contexto de questões relativas ao meio ambiente.

Verifica-se dos autos, que o apelante, ao visualizar a polícia ambiental, gritou “olha a ambiental”.

Pelo que se verifica os policiais condutores das diligências somente ouviram o apelante gritar. Segundo os referidos policiais, o policial à paisana o visualizou. Ora, se existia um policial no mesmo local do apelante (parte

de cima do Porto Geral de Corumbá), visualizando os pescadores que, em tese, teriam sido alertados pelo apelante, não se tem como admitir que tenha praticado qualquer um dos núcleos do tipo. (depoimentos de f. 100)

Nesse ponto, aliás, foi bem explanado pelo relator, o seguinte:

“Assim, já sob o aspecto da tipicidade formal, parece-me um pouco forçoso sustentar que a conduta do apelante se enquadra, de fato, no art. 69 da Lei 9.605/98, pois apenas avisou sobre a presença da polícia ambiental a ribeirinhos que poderiam, eles próprios, perceber a fiscalização sendo realizada à pé pelos agentes no Porto Geral de Corumbá, algo que, deveras, assemelha-se mais a uma não-contribuição do que a uma dificuldade efetivamente criada.

Esclareça-se que o crime em questão, na realidade, visa punir quem cria embaraços reais à fiscalização ambiental, como as pessoas que fecham estradas de acesso, danificam viaturas em diligência, oferecem resistência de ordem física ou moral, enfim, aqueles que criam um óbice com um mínimo de potencialidade de frustrar atividade estatal, ou seja, em nada se assemelha à conduta do acusado.

A exegese contrária, com o devido respeito, chancela hipérbole para a palavra “dificultar” que evidentemente não é compatível com um Direito Penal pretensamente democrático, haja vista que abre campo para indevida responsabilização do cidadão apenas por não colaborar com o exercício funcional de determinada autoridade.

Saliento que a hipótese seria outra se o acusado obtivesse, de modo privilegiado e prévio, a informação sobre a operação ambiental e, de posse da notícia, retransmitisse o aviso sobre a movimentação policial antes mesmo de seu início, caso em que, aí sim, estaria implementado uma dificuldade mininamente concreta para a fiscalização.”

Diantes dos elementos acima expostos, tenho que não houve conduta concreta a justificar a condenação do apelante.

No que se refere a aplicação do princípio da insignificância, dependendo da análise do caso concreto, admite-se a sua aplicação aos crimes ambientais.

No entanto, o apelante é réu reincidente e com habitualidade criminosa, pelo que, como venho decidindo, diante disse peculiaridade, não cabe a aplicação do princípio da insignificância, porém, acompanho o relator para absolver o apelante, pela atipicidade formal da conduta.

Com as considerações acima, acompanho o relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator. Com ressalvas do 1º vogal.

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, 25 de junho de 2019.

3ª Câmara Criminal
Apelação Criminal nº 0839491-75.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALOR APREENDIDO – IMPOSSIBILIDADE – BENS QUE INTERESSAM AO PROCESSO – RECURSO IMPROVIDO.

São requisitos cumulativos para a restituição de coisas apreendidas antes do trânsito em julgado da sentença: a) não interessarem ao processo (art. 118, do CPP); b) o bem não ser confiscável (art. 119, do CPP c/c o art. 91, inciso II, do CP) e c) haver comprovação da propriedade (art. 120, do CPP). Considerando que a instrução criminal ainda está em andamento, que o numerário apreendido interessa ao processo originário, podendo ser inclusive objeto de perdimento, impossível o levantamento da apreensão para garantir a indisponibilidade do valor.

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, 16 de maio de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Corsino Somma, inconformado com a decisão do magistrado a quo que indeferiu o seu pedido de restituição da quantia de R\$ 193.402,00 (cento e noventa e três mil, quatrocentos e dois reais), apreendida em sua residência, interpôs o presente recurso de apelação.

Alegou a licitude da origem do numerário apreendido em seu apartamento, o qual inclusive constaria de suas declarações de imposto de renda.

Pugnou o apelante, pelo conhecimento e provimento do recurso liminarmente. No mérito, pela reforma da decisão de primeira instância para que seja deferida a restituição do dinheiro apreendido, mediante seu levantamento em favor da causídica.

Infere-se que a instrução criminal do processo originário (0837065-90.2017.8.12.0001) não se encerrou.

O juiz singular indeferiu o pedido de restituição formulado, sob o fundamento que “*o dinheiro apreendido é imputado como proveniente de ato ilícito e lavado pelo apelante*” (f. 575).

O *Parquet* contra-arrazoa às f. 611-623, alegando que não há nos autos qualquer prova que demonstre a licitude do valor apreendido, que segundo relatório de inteligência do COAF o apelante realizou movimentação financeira incompatível com a sua condição financeira, em apenas dois dias efetuou saques no importe de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais), e que o documento fiscal apresentado – DIRP retrata movimentação financeira supostamente existente no ano de 2015, enquanto o valor foi apreendido no ano de 2017, requerendo o improvimento do recurso de apelação.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou, às f. 628-632, pelo conhecimento e não provimento do apelo defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Corsino Somma, inconformado com a decisão do magistrado *a quo* que indeferiu o seu pedido de restituição da quantia de R\$ 193.402,00 (cento e noventa e três mil, quatrocentos e dois reais), apreendida em sua residência, interpôs o presente recurso de apelação.

Alegou a licitude da origem do numerário apreendido em seu apartamento, o qual inclusive constaria de suas declarações de imposto de renda.

Pugnou o apelante, pelo conhecimento e provimento do recurso liminarmente. No mérito, pela reforma da decisão de primeira instância para que seja deferida a restituição do dinheiro apreendido, mediante seu levantamento em favor da causídica.

Infere-se que a instrução criminal do processo originário (0837065-90.2017.8.12.0001) não se encerrou.

O juiz singular indeferiu o pedido de restituição formulado, sob o fundamento que “*o dinheiro apreendido é imputado como proveniente de ato ilícito e lavado pelo apelante*” (f. 575).

O *Parquet* contra-arrazoa às f. 611-623, alegando que não há nos autos qualquer prova que demonstre a licitude do valor apreendido, que segundo relatório de inteligência do COAF o apelante realizou movimentação financeira incompatível com a sua condição financeira, em apenas dois dias efetuou saques no importe de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), e que o documento fiscal apresentado – DIRP retrata movimentação financeira supostamente existente no ano de 2015, enquanto o valor foi apreendido no ano de 2017, requerendo o improvimento do Recurso de Apelação.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou, às f. 628-632, pelo conhecimento e não provimento do apelo defensivo.

No caso em tela, é evidente que a liminar pleiteada é de natureza satisfativa, confundindo-se com o próprio mérito, cuja análise será feita nesta oportunidade.

Para melhor compreensão da matéria, mister se faz um resumo fático:

O Ministério Público, baseado em documentos e elementos ingressou com denúncia em desfavor do apelante e de Marcelo Louveira Fagundes, Manoelina Louveira Fagundes, Patrícia Souza Sales, Jefher Leonardo Lewadosvski Gimenes, Luciano Teruhiko Tomioka, Edevaldo Marques, Mariano Gonçalves Ardevino, Rogério Clayton de Alcantara Negrini, André Luis Viene de Paula, Osny Peres Silva, Zuleide Maria Soares Pereira, Joaquim Angelo Lopes de Souza, Orley Orue, Morena Somma, e Clodoaldo Dias Guimarães, por imputação dos crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa, após investigação do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO, que visava apurar eventual prática do crime de corrupção e lavagem por parte do policial militar Marcelo Louveira Fagundes.

As investigações teriam identificado a existência de organização criminosa voltada à lavagem de capitais, consubstanciada principalmente na criação e utilização de empresas de fachada, inclusive com falsificação de documentos, com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem dos bens, direitos ou valores oriundos de atividades ilícitas mediante a utilização de operações financeiras ou comerciais, de forma a viabilizar o uso desses ativos sem atrair a atenção da ação estatal, apontando o apelante como o chefe da estrutura piramidal de poder e desenvolvimento hierárquico das atividades de uma organização criminosa.

A decisão monocrática não merece reforma.

Inobstante o apelante tenha declarado exercer atividades laborais lícitas de empresário, bacharel em direito, consultor jurídico, consultor financeiro, assistente jurídico/paralegal, jurista, detetive/investigador particular e perito, e alegado que a origem do numerário seja igualmente lícita, proveniente em parte de economia da venda de um veículo e que a manutenção do valor em espécie se devia porque realizava empréstimos a

terceiros a juros legais, e juntado cópia da declaração de ajuste anual do imposto de renda exercício 2016, ano-calendário 2015 (f. 14-18) e recibo de entrega (f. 19-20), bem como do instrumento particular de constituição de contrato de sociedade empresarial limitada “Inteligência Financeira e Assessoria Empresarial Ltda” (f. 25-30), observa-se que o objeto do delito de lavagem de capitais é o próprio dinheiro em si, portanto a restituição aqui pretendida é do objeto direto do crime imputado, apreendido no ano de 2017.

Considerando que a importância apreendida, nos termos do artigo 4º, da Lei 12.683/2012, é medida assecuratória, quer seja instrumento, produto ou proveito do crime de lavagem ou das infrações penais antecedentes, torna-se imprescindível para garantir a indisponibilidade dos bens e valores pertencentes a eventual criminoso ou organização criminosa.

Com efeito, o artigo 118 do Código de Processo Penal estatui que “*as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo*”.

Nesta senda, a restituição de coisas apreendidas no curso de inquérito ou de ação penal condiciona-se a três requisitos cumulativos, quais sejam: demonstração cabal da propriedade do bem pelo requerente (CPP, art. 120, *caput*); ausência de interesse no curso do inquérito ou da instrução judicial na manutenção da apreensão (CPP, 118) e não estar o bem sujeito à pena de perdimento (CP, art. 91, inc. II).

No caso em tela, não é de se acolher pedido de restituição de coisa apreendida pois não há prova inequívoca da origem lícita do dinheiro apreendido, cuja aferição, lícita ou ilícita, é matéria que concerne ao mérito da ação penal em andamento.

Neste sentido é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“MANDADO DE SEGURANÇA – RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO – PEDIDO INDEFERIDO NA ORIGEM – INTERESSE AO PROCESSO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – TRANSFERÊNCIA DA POSSE PROVISÓRIA DO BEM À POLÍCIA CIVIL – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. Considerando que o veículo pretendido restituir ainda interessa ao processo, porquanto teria sido apreendido durante operação para dismantelar organização criminosa ligada à exploração de jogos de azar e lavagem de dinheiro, inviável a sua restituição, nos termos do art. 118 do CPF. Outrossim, a transferência da posse provisória do veículo à Polícia Civil é medida assecuratória que encontra amparo na Lei nº 9.613/98, não havendo falar em ilegalidade. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela via do mandado de segurança. SEGURANÇA DENEGADA”. (TJ-RS - MS: 70080257751 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 06/02/2019, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/02/2019)

Ainda, no mesmo contexto é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

“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: a) não interessarem ao processo (art. 118); b) o bem não ser confiscável (art. 119, do CPP c/c o art. 91, inciso II, do CP) e c) 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 extreme 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.” (TJMS. Apelação n. 0833746-80.2018.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 19/02/2019, p: 21/02/2019)

Com efeito, considerando que a instrução criminal ainda está em andamento, que o numerário apreendido interessa ao processo originário, podendo inclusive ser objeto de perdimento, verifica-se não ser possível o levantamento da apreensão em questão.

Quanto aos prequestionamentos aventados tenho que a matéria foi suficientemente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 16 de maio de 2019.

3ª Câmara Criminal
Apelação Criminal nº 0001240-75.2018.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

EMENTA – TRÁFICO DE DROGAS – INSURGÊNCIA DA DEFESA – PENA-BASE – QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA – PATAMAR JUSTO E RAZOÁVEL – CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA INTEGRALMENTE – ATENUAÇÃO DE 1/6 – IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO RELATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA RECONHECIDAS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E *QUANTUM* RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A sentença não merece reparo em relação à pena-base, eis que exasperada em patamar justo e razoável, sobretudo diante da quantidade da droga apreendida, 81,5 kg de maconha.

No que tange às circunstâncias atenuantes, verifica-se que foi caracterizada a confissão espontânea, pois embora o magistrado singular tenha considerado a confissão parcial, ponderando que o apelante visou furtar-se às consequências da interestadualidade, a traficância foi confessada pelo réu, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea em sua integralidade, sendo de rigor a readequação da pena intermediária.

In casu, incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, pois as circunstâncias aferidas, a quantidade de droga apreendida, a confissão do apelante, sua vinculação com o fornecedor, o recebimento do veículo “preparado” para o transporte, o roteiro predeterminado, a considerável recompensa em dinheiro que receberia, a participação de adolescente o auxiliando no trajeto, constituem elementos indicativos do grau de envolvimento do agente com a vida criminosa, o que pressupõe a atuação de uma verdadeira organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, auxiliada pelo recorrente com a finalidade de garantir que a droga fosse inserida no mercado consumidor de outro Estado da Federação.

Impossível a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista a valoração das circunstâncias do crime, da quantidade da droga, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Igualmente a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, não se faz possível, eis que não preenchidos os requisitos do art. 44, I, do mesmo *Códex*.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento.

Campo Grande, 23 de maio de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de apelação criminal interposta por Ricardo Luis Ruffato contra a sentença de f. 190-196, que julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 710 (setecentos e dez) dias-multa, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e art. 40, incisos V e VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Em síntese, a defesa pugnou, pelo redimensionamento da pena-base, sua fixação no mínimo legal ou a redução do *quantum* majorado para 1/8 (um oitavo), considerando o reconhecimento de uma única circunstância judicial desfavorável; a atenuação em 1/6 em razão do reconhecimento da confissão espontânea; a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; a exclusão das causas de aumento de pena reconhecidas; subsidiariamente, limitar o aumento ao mínimo legal (1/6) para as duas causas reconhecidas; com o reconhecimento do privilégio, e consequente redução da pena privativa de liberdade, a fixação do regime inicial aberto, com fulcro no artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal, e a substituição da reprimenda por restritiva de direitos, com base no artigo 44 do Código Penal; e, caso não reconhecido o privilégio e mantida a quantidade de pena fixada, requer ao menos o afastamento do regime inicial fechado em razão da ausência de motivação idônea que justifique a fixação de regime inicial mais gravoso que o permitido pelo quantum de pena privativa de liberdade, e consequentemente, o abrandamento do regime prisional inicial, nos termos do artigo 33, § 2º, “c” do Código Penal.

Em contrarrazões (f. 236-257), o *Parquet* pleiteou o não provimento do recurso de apelação.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer (f. 302-319), pugnou pelo parcial provimento do recurso, no tocante à terceira etapa da dosimetria da pena aduzindo que o magistrado fixou o patamar de 1/6, o aplicou para cada uma das causas de aumento, restando, ao final do cálculo dosimétrico, a fixação da pena, nesta fase, acima do mínimo, única e exclusivamente em razão da quantidade de majorantes, pois conforme visto não houve fundamentação.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ricardo Luis Ruffato contra a sentença de f. 190-196, que julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 710 (setecentos e dez) dias-multa, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e art. 40, incisos V e VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Em síntese, a defesa pugnou, pelo redimensionamento da pena-base, sua fixação no mínimo legal ou a redução do *quantum* majorado para 1/8 (um oitavo), considerando o reconhecimento de uma única circunstância judicial desfavorável; a atenuação em 1/6 em razão do reconhecimento da confissão espontânea; a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; a exclusão das causas de aumento de pena reconhecidas; subsidiariamente, limitar o aumento ao mínimo legal (1/6) para as duas causas reconhecidas; com o reconhecimento do privilégio, e consequente redução da pena privativa de liberdade, a fixação do regime inicial aberto, com fulcro no artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal, e a substituição da reprimenda por restritiva de direitos, com base no artigo 44 do Código Penal; e, caso não reconhecido o privilégio e mantida a quantidade de pena fixada, requer ao menos o afastamento do regime inicial fechado em razão da ausência de motivação idônea que justifique a fixação de regime inicial mais gravoso que o permitido pelo quantum de pena privativa de liberdade, e consequentemente, o abrandamento do regime prisional inicial, nos termos do artigo 33, § 2º, “c” do Código Penal.

Em contrarrazões (f. 236-257), o *Parquet* pleiteou o não provimento do recurso de apelação.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer (f. 302-319), pugnou pelo parcial provimento do recurso, no tocante à terceira etapa da dosimetria da pena aduzindo que o magistrado fixou o patamar de 1/6, o aplicou

para cada uma das causas de aumento, restando, ao final do cálculo dosimétrico, a fixação da pena, nesta fase, acima do mínimo, única e exclusivamente em razão da quantidade de majorantes, pois conforme visto não houve fundamentação.

No caso em tela, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o recorrente como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, e artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06. Segundo consta da denúncia de f. 1-4:

“(...) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, na data de 08 de maio de 2018, por volta das 10h40min., na Rodovia MS 386, próxima a entrada da Fazenda Cascata, em Amambai/MS, o denunciado Ricardo Luis Ruffatto, foi flagrado transportando, visando outro Estado da federação, a quantidade de 81,5 Kg (oitenta e um quilos e quinhentas gramas) da substância entorpecente conhecida como maconha, acondicionados em setenta e três tabletes e cinco sacos de bucha, sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (termo de exibição e apreensão de f. 23). Nas mesmas condições acima especificadas, o referido denunciado corrompeu menor de 18 (dezoito) anos, para juntos praticarem infração penal, no caso, o adolescente J.C.A.V., com 16 (dezesesseis) anos de idade na época dos fatos. Segundo restou apurado, nas circunstâncias retromencionadas, durante fiscalização preventivo-ostensiva, a GU/PM deram ordem de parada ao veículo Mercedes/Benz A 160, placas DGE-7711 de Toledo/PR, conduzido por Ricardo Luis Ruffatto, e tendo como passageiro J.C.A.V., com 16 (dezesesseis) anos de idade no dia fato. Na oportunidade, devido ao excessivo nervosismo e informações desencontradas por parte dos indivíduos abordados, foi realizada vistoria minuciosa no automóvel, ensejo em que os milicianos lograram êxito em encontrar, em um mocó, localizado no assoalho do veículo, setenta e três tabletes e cinco sacos de bucha, da substância análoga à maconha, que, após pesadas, perfez o montante de 81,5 Kg (oitenta e um quilos e quinhentas gramas). Ao ser questionado informalmente sobre os fatos, o denunciado confessou a conduta ilícita, e asseverou ganharia R\$10.000,00 (dez mil reais) para transportar o veículo até a cidade de Toledo/PR, em conluio com o adolescente J.C., o qual receberia R\$ 200,00 (duzentos reais) (...)”.

Insurgiu-se a defesa quanto à dosimetria da pena-base, fixada nos seguintes termos, *in verbis*:

*“(...) Passo a aplicar a pena ao réu, nos termos do artigo 68 do CF. Inicialmente, consigno que o STF já decidiu que “Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006)”. (HC 112776, rel. Min. Teori Zavascki, julg. 19.12.2013). Assim, na forma do artigo 42 da Lei 11.343/06, será considerada na primeira fase da dosimetria a natureza e quantidade da droga. No caso, trata-se de maconha, droga que não é das mais deletérias quando comparada a outras, com a cocaína, heroína, ecstasy ou haxixe. **A quantidade, porém, é elevada (81,5 kg). Quanto às circunstâncias do artigo 59 do CP, vão assim consideradas: Culpabilidade: a natural da espécie. Antecedentes: no moderno direito penal da culpa, exigese para o reconhecimento de antecedentes criminais a existência nos autos de certidão que comprove o trânsito em julgado de condenação do denunciado por fatos que tenham se passado antes daqueles narrados na denúncia (Cf. STJ, HC 90630, Rel. Des. Conv. Jane Silva. j. 25.10.2007). Sem prova de anterior envolvimento em ilícito, a circunstância não pode ser valorada negativamente. Conduta social: não consta dos autos prova da prática pelo réu de conduta extrapenal que venha a lhe desabonar o comportamento social, sendo adequada ao meio em que vive, não revelando qualquer desajuste. Personalidade: não restou apurada. Motivos: comuns a crimes da mesma natureza, razão pela qual não pode a circunstância ser considerada em desfavor do réu. Circunstâncias: tenho por inexistente a presença de qualquer elemento accidental ao delito. Desse modo, a presente circunstância se apresenta favorável ao réu. Consequências: próprias dos delitos de mesma natureza. Comportamento da vítima: não deve ser considerado já que a mesma é a sociedade. Considerados tais elementos, fixo a pena base em 06 anos de reclusão para a infração prevista no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Passando à segunda fase, incide a atenuante da confissão. Como regra, este juízo tem aplicado a fração da confissão, quando plena, em um sexto da pena base. Porém, no caso vertente, a confissão é parcial, uma vez que visou furtar-se às consequências da interestadualidade. Assim, por critério de lógica, a***

redução não pode se dar em toda sua extensão, de modo que a pena será reduzida em nove meses, ou seja, pouco mais de um nono. Não incide a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, ante o modus operandi empregado, notadamente a adulteração de características originais do veículo para a prática do tráfico, percurso de longa distância, viagem específica para a realização do delito, participação de pelo menos outras três pessoas (a que o contratou, a que entregou o veículo e o adolescente apreendido em sua companhia). A causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, autoriza elevação da pena em 1/6, tendo em vista que o acusado ia cruzar somente uma divisa estadual (MS/PR). Incide, também, a majorante da participação de adolescente. Assim, considerando a incidência de duas causas de aumento, aplicando-se cada qual a razão de um sexto, a pena definitiva resulta em sete anos, um mês e vinte e dois dias de reclusão pela infração do art. 33, caput, e art. 40, incisos V e VI, ambos da Lei nº 11.343/06. Atendendo a critérios de proporcionalidade, a pena de multa para o delito de tráfico de drogas fica estabelecida em 710 dias-multa. Inexistindo prova quanto às condições econômicas do réu, fixo o valor do dia multa em um trinta avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena de multa deverá ser paga no prazo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado desta decisão, atualizada quando da execução. O STF decidiu no HC 111.440 que o regime inicial de cumprimento de pena previsto na Lei dos Crimes Hediondos não prevalece, devendo este ser analisado nos termos do Código Penal. Há que se considerar, também, o artigo 387, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 12.736/12, que dispõe que “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”. Assim, verificando que a parte sentenciada está presa desde 8.5.2018 e a pena concretizada, tem-se que não houve o transcurso de prazo suficiente para a progressão de regime, uma vez que não atingida a fração de 2/5, em se tratando de réu primário ou 3/5, em se tratando de reincidente. Por fim, é de se considerar a quantidade de droga apreendida, o que impõe regime inicial mais rigoroso e, neste particular, já decidiu o STJ que “É possível a utilização da quantidade e da natureza das drogas apreendidas neste momento da dosimetria, ainda que consideradas na primeira ou terceira fases da fixação da pena, sem que se cogite de qualquer ilegalidade”. (HC 270.851, rel. Min. Jorge Mussi, julg. 09.09.2014). Assim, considerados todos estes aspectos, o regime inicial de cumprimento da pena é o fechado. Em razão da pena concretizada, descabida a suspensão condicional da pena ou a sua substituição. Considerando o quantum da pena aplicada e a persistência dos motivos que justificaram a prisão cautelar, o sentenciado não poderá recorrer em liberdade (...).”

Sem dúvida, cumpre ao magistrado na fixação da pena-base explicitar seu entendimento, expor a motivação com lastro em elementos concretos dos autos, com a finalidade de permitir às partes o conhecimento das razões de seu convencimento.

É cediço, que o julgador tem discricionariedade para fixação da pena basilar, de acordo com os parâmetros do artigo 59, do Código Penal e, em se tratando de tráfico de drogas, também com observância ao artigo 42, da Lei nº 11.343/2006 que dispõe: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Ressalta-se que para o estabelecimento da reprimenda basilar no mínimo legal, é indispensável que todas as circunstâncias previstas no *caput* do dispositivo supratranscrito lhe favoreçam ou sejam neutras, e neste ponto, a sentença não merece reparos, eis que o magistrado *a quo*, na primeira fase da dosimetria da pena, considerou desfavorável a quantidade da droga apreendida, fixando a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

In casu, a quantidade elevada da droga apreendida (81,5 kg de maconha), justifica a exasperação da pena-base realizada pelo juízo singular.

Neste sentido, é o entendimento da 3ª Câmara Criminal, de que é mister a exasperação da pena-base em 1 (um) ano para cada circunstância prejudicial no caso de delito de tráfico de drogas previsto pelo artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, eis que proporcional à gravidade concreta verificada, sobretudo ao se cotejar com a variação em abstrato da sanção cominada ao tipo penal incriminador, que oscila no interstício de cinco a quinze anos de reclusão, conforme segue:

“EMENTA–APELAÇÃO ESCRIMINAIS DA DEFESA–TRÁFICO DE ENTORPECENTE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PROVAS ROBUSTAS – FINALIDADE MERCANTIL EVIDENCIADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE – QUANTIDADE DA DROGA – 1.725 KG DE MACONHA – EXASPERAÇÃO MANTIDA – 01 ANO PARA CADA MODULADORA NEGATIVA – REDUÇÃO DA PENA BASILAR DE OFÍCIO–TRÁFICO PRIVILEGIADO–ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/06–ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – MANTIDO O AFASTAMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS E CIRCUNSTÂNCIA PREJUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – CUSTAS PROCESSUAIS – ADVOGADO PARTICULAR – INDEFERIMENTO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – EM PARTE COM O PARECER – RECURSOS CONHECIDOS E DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDOS. As provas produzidas nos autos harmonizam-se com os fatos constatados quando do flagrante e depoimentos colhidos no curso do inquérito, restando suficientemente comprovada a autoria delitiva dos acusados concernente ao tráfico de drogas. O testemunho de policiais é considerado idôneo, suficiente a embasar uma sentença criminal condenatória, mormente quando se mostra em consonância com o conjunto probatório. A quantidade da droga apreendida - 1.725 Kg de maconha - é fator a denotar maior reprovabilidade na conduta, justificando-se considerar negativamente as circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul Mister a exasperação da pena-base em 01 ano para cada circunstância prejudicial no caso de delito de tráfico previsto no art. 33, caput, da lei nº 11.343/06, porquanto proporcional à gravidade concreta verificada, sobretudo ao se cotejar com a variação em abstrato da sanção cominada ao tipo penal incriminador, que oscila no interstício de cinco a quinze anos de reclusão. Para a aplicação da causa de diminuição de pena, mister a cumulação dos requisitos elencados, ou seja, que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, sendo que “faltando um deles, inviável a benesse legal”, nos termos do 33, § 4º, da Lei 11.434/2006. Estabelecida a pena em patamar superior a 4 anos e presente circunstância desfavorável, impossível a substituição da pena corpórea, ante o não cumprimento dos requisitos previstos nos incisos I e III do Código Penal. A concessão do auspício da gratuidade da justiça está condicionada àqueles que demonstrem de alguma forma a situação de hipossuficiência financeira que justificaria a concessão da aludida benesse, ainda que de forma presumida. 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. Em parte com o parecer, recursos conhecidos e, de ofício, parcialmente provido”. (TJMS; apelação nº 0008763-81.2017.8.12.0002; Terceira Turma; 7 de fevereiro de 2019; Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator)

Registre-se que, não se trata, obviamente de fórmula matemática absoluta, apenas um critério ideal, termo utilizado pelo próprio STJ, que deve auxiliar o magistrado no momento da dosagem da reprimenda na primeira fase da dosimetria penal.

Por conseguinte, diante dos fundamentos supramencionados, neste ponto, a sentença não merece reparo, eis que exasperada em patamar razoável e proporcional.

No que tange às circunstâncias atenuantes, verifica-se que foi caracterizada a confissão espontânea, pois embora o magistrado singular tenha considerado a confissão parcial, ponderando que o apelante visou furtar-se às consequências da interestadualidade, a traficância foi confessada pelo réu, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea em sua integralidade, sendo de rigor a readequação da pena intermediária.

Neste sentido o STJ firmou entendimento:

“Súmula 630: “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”.

Quanto à terceira fase da dosimetria da pena, considerou o magistrado duas causas de aumento, suficientemente fundamentadas, quais sejam, o tráfico interestadual e a participação de adolescente.

A primeira circunstância, foi reconhecida através do depoimento seguro dos policiais que efetuaram a apreensão, mormente pelas declarações de Leandro de Souza, o qual recordou-se que o acusado declarou que pretendia cruzar somente uma divisa estadual (MS/PR), pois a droga seria transportada até o Estado do Paraná. Apesar da negativa da defesa, não é crível que o apelante tenha deixado o leste do Estado do Rio Grande do Sul onde reside, para transportar a droga neste Estado do Mato Grosso do Sul, somente no trajeto compreendido entre Amambai e Mundo Novo.

Do mesmo modo, a participação de adolescente restou provada. J.C.A.V. respondeu pela prática do ato infracional, constando do processo de apuração de ato infracional (0001138-53.2018.8.12.0004) que fora contratado para acompanhar o condutor do caminhão, com o conseqüente julgamento procedente da representação, a aplicação de medida socioeducativa de internação.

Igualmente, a aplicação das causas, respectivamente previstas pelos incisos V e VI, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, a razão de um sexto, mostra-se razoável e proporcional.

Pretende ainda a defesa, o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

A Lei de Drogas prevê uma causa especial de diminuição de pena, aos agentes primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa, *in verbis*:

“Art. 33. (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

No presente caso, entendo que Ricardo Luis Ruffato não faz jus à benesse, pelas circunstâncias fáticas em que se deu a empreitada criminosa, eis que o apelante empreendeu viagem a este Estado, tendo como origem a cidade de sua residência Caxias do Sul - RS, com a finalidade exclusiva de realizar o transporte da droga apreendida, e o fez mediante a utilização de veículo com adulteração de suas características originais para a prática do tráfico, eis que a droga fora localizada acondicionada na parte de baixo do assoalho do veículo, em uma capa protetora plástica amarrada com arame, próxima ao tanque, ao para-choque, inclusive a porção que permaneceu exposta teve sua embalagem pintada para preservar a ocultação.

Ademais, as circunstâncias aferidas no caso em tela, especialmente a quantidade de droga apreendida, a confissão do apelante que realizou o transporte da droga, ter recebido o veículo “preparado” para o transporte, o roteiro predeterminado, a quantia considerável que receberia como recompensa em dinheiro, o auxílio de um adolescente, sua vinculação com o fornecedor do entorpecente, com o qual já possuía dívida, são elementos indicativos do grau de envolvimento do agente com a vida criminosa, o que pressupõe a atuação de uma verdadeira organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, auxiliada pelo recorrente com a finalidade de garantir que a droga fosse inserida no mercado consumidor de outro Estado da Federação, restando obstaculizada a aplicação do privilégio pleiteado.

Nas palavras do Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, do TRF 3ª Região, relator da ACr 0010410-28.2009.4.03.6000:

“(...) Basta a participação do agente na empreitada criminosa, de alguma forma, para que esteja integrado no contexto criminoso.[...] Por outro lado, a pessoa que aceita esse tipo de ‘trabalho’, a par de demonstrar ter perdido a sua inocência ou ingenuidade e, assim, optado pelo crime, está plenamente ciente do que faz, afirmação que é reforçada pelos constantes relatos de ameaça e pela raridade de delações. (TRF 3ª R.; ACr 0010410-28.2009.4.03.6000; MS; Quinta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto; Julg. 17/12/2012; DEJF 27/12/2012; Pág. 25)”. Grifo nosso

Na lição de Renato Brasileiro de Lima,

“(...) se restar comprovado que a “mula” transportava grande quantidade de droga, mediante remuneração, com despesas custeadas previamente, havendo toda uma estrutura de logística voltada à remessa de vultosas quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, com o fornecimento de passaportes, hospedagem, dinheiro e outros bens ao transportador da mercadoria, revela-se inviável a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por se tratar de efetivo integrante de organização criminosa (Lima, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. V. Único - 5. Ed. Bahia, Jus Podium, 2017. f. 1.028).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL 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 – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (QUASE 8 KG DE COCAÍNA) – PROCESSO EM CURSO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES – DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA – PRECEDENTES – AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM – NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício. II. In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (tráfico de drogas), ante a elevada quantidade de droga apreendida (quase 8 Kg de cocaína), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária (processo em curso por tráfico de drogas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes. III. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp nº 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. IV. Mantida a pena cominada ao paciente pelo delito de tráfico em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, restam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial aberto e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, c, e no art. 44, I, ambos do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. (STJ; HC 379.026; Proc. 2016/0301868-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 03/05/2017)

Portanto, no caso em discussão, incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Passa-se à dosimetria:

Na primeira fase, tendo em vista os fundamentos anteriormente alinhavados, mostra-se prejudicial ao apelante a quantidade da droga apreendida. Destarte, mantenho a pena-base em 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na fase intermediária, considerando-se a atenuante da confissão espontânea, deve-se reduzir a pena em 1/6, conduzindo-a para 5 (cinco) anos, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Relativamente à terceira fase, ante a incidência de duas majorantes, relativas ao tráfico entre Estados da Federação e à prática do delito envolvendo adolescente, mantém-se a aplicação a cada qual a razão de um sexto, restando a pena definitivamente em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Outrossim, não cabe a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, por tratar-se de crime de maior potencialidade lesiva, ante às circunstâncias do crime, da quantidade de droga apreendida, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Impossível a substituição da pena por restritivas de direitos, eis que não preenchidos os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

No que tange ao prequestionamento, tem-se que a matéria foi suficientemente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Ricardo Luis Ruffatto, para atenuar a pena na fase intermediária em 1/6, ante ao reconhecimento da confissão espontânea, e fixar a pena em definitivo em 6 anos, 9 meses e 20 dias e pagamento de 680 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, cujo valor deverá ser monetariamente corrigido desde a data do fato.

Prevalecendo-se o voto, oficie-se ao juízo da execução penal para adequação do cálculo.

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. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 23 de maio de 2019.

3ª Câmara Criminal

Habeas Corpus Criminal nº 1405720-89.2019.8.12.0000 - Caarapó

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTELIONATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA PARTICIPAÇÃO NA PRÁTICA CRIMINOSA – MATÉRIA DE CUNHO PROBATÓRIO – NÃO CONHECIMENTO NESTA PARTE – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – MEDIDA CONSTRITIVA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REITERAÇÃO DELITIVA – COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA – ORDEM DENEGADA.

Não se deve conhecer as questões trazidas acerca da ausência de provas de participação do paciente na empreitada criminosa, porquanto tal apreciação demanda análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

A custódia preventiva se faz necessária, haja vista que está evidente a inclinação à criminalidade, de modo que não existem dúvidas sobre a imprescindibilidade da custódia para a garantia da ordem pública.

Ordem parcialmente conhecida e 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 em parte e, na parte conhecida, denegar.

Campo Grande, 30 de maio de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

O advogado Odair José Bortoloti impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Vanderson Pavesi, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó-MS.

Em síntese, o impetrante relata que o paciente teve sua prisão em flagrante, ocorrida na data de 07 de maio de 2019, convertida em preventiva no dia 08 de maio de 2019 (Autos nº 0002278-43.2019.8.12.0019), por supostamente ter violado o disposto no art. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006.

Assevera que não há nos autos provas de que o paciente tenha qualquer participação nos fatos narrados flagrante, está devidamente demonstrada a ilegalidade da prisão e estão preenchidos todos os requisitos para responder o processo em liberdade, devendo, portanto, ser expedido o competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida (f. 61-63).

As informações prestadas (f. 67-77).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 81-85) pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

O advogado Odair José Bortoloti impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Vanderson Pavesi, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó-MS.

Em síntese, o impetrante relata que o paciente teve sua prisão em flagrante, ocorrida na data de 07 de maio de 2019, convertida em preventiva no dia 08 de maio de 2019 (Autos nº 0002278-43.2019.8.12.0019), por supostamente ter violado o disposto no art. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006.

Assevera que não há nos autos provas de que o paciente tenha qualquer participação nos fatos narrados flagrante, está devidamente demonstrada a ilegalidade da prisão e estão preenchidos todos os requisitos para responder o processo em liberdade, devendo, portanto, ser expedido o competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida (f. 61-63).

As informações prestadas (f. 67-77).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 81-85) pela denegação da ordem.

É o relato do necessário.

De início, ressalto que não se deve conhecer as questões trazidas pelo nobre causídico acerca da ausência de provas de participação do paciente na empreitada criminoso, porquanto tal apreciação demanda análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido é a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Não é possível, na via estreita do habeas corpus, examinar a tese defensiva de ausência de elementos indicativos do envolvimento do paciente na conduta ilícita, por demandar ampla dilação probatória.”²⁷

Logo, como alhures dito, não se conhece do *writ* quanto a tais questões.

Passa-se ao exame da impetração no tocante a ilegalidade da prisão.

Pois bem. Depreende-se dos autos que o paciente Vanderson Pavesi foi preso em flagrante no dia 07/05/2019, pela suposta prática dos crimes de estelionato e associação criminosa, tendo em vista que segundo as investigações policiais o paciente era responsável por captar pessoas dispostas a fornecer contas correntes para a movimentação do dinheiro proveniente dos golpes aplicados por uma organização criminosa por meio de uma plataforma de compra e venda *on line* (OLX).

Por ocasião da audiência de custódia realizada no dia 08/05/2019 (f. 17-19), o Juízo impetrado converteu a prisão em flagrante em preventiva, sob o seguinte argumento:

“(...) A respeito dos requisitos da prisão preventiva, entendo que estão presentes somente em relação ao autuado Vanderson Pavesi, fazendo-se necessária para garantia da ordem pública, pois denota possuir uma vida propensa ao crime, tanto que já possui condenação por tráfico”.

Posteriormente, a defesa postulou pela revogação da prisão preventiva, porém a autoridade apontada como coatora indeferiu o mencionado pleito em 10/05/2019, segue trecho do *decisum*:

27 STJ; HC 500.438; Proc. 2019/0083788-0; SP; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 27/05/2019

“(…) Não obstante suas alegações, verdade é que desde a decretação da prisão preventiva, ocasião em que foram analisados os requisitos autorizadores da medida e decidido pela necessidade da segregação cautelar, não houve qualquer mudança na situação fática que ensejasse a revogação da sua prisão, até mesmo pela recenticidade da referida decisão, pois proferida no último dia 08.

Somente o fato de já ter cumprido totalmente a pena que lhe foi imposta não autoriza sua soltura pois, conforme consignado na decisão que converteu sua prisão em flagrante em prisão preventiva, evidencia-se que faz do crime um meio de vida.

No mais, a juntada de documentos que comprovem que exerce atividade lícita e que reside no distrito da culpa não permitem a revogação da sua prisão se subsistem outros motivos que levam a crer que sua manutenção em segregação cautelar é a única maneira de garantir a ordem pública.

Ante o exposto, indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva formulado pelo autuado Vanderson Pavesi. (...)”

Insurge-se o presente *writ* contra a referida decisão.

Da análise acurada ao feito, pode-se afirmar seguramente que a prisão preventiva do paciente não merece reparos, cabendo salientar, inicialmente, que o crime de estelionato imputado ao paciente é doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal²⁸.

Do mesmo modo, percebe-se que existem indícios suficientes de autoria e de materialidade (*fumus comissi delicti*), conforme se depreende do auto de prisão em flagrante (f. 21-23).

No caso, constata-se que a prisão preventiva se faz imprescindível para a garantia da ordem pública (*periculum in libertatis*), tendo em vista o risco de reiteração, pois, conforme a certidão de antecedentes de f. 52, o paciente já foi condenado por tráfico de drogas, o que, não obstante a extinção pelo cumprimento da pena, demonstra sua inclinação à criminalidade, inviabilizando a liberdade pretendida.

Em conclusão, a prisão preventiva se mostra necessária e adequada ao caso concreto, mostrando-se de rigor a denegação da ordem de *habeas corpus* para a garantia da ordem pública, tendo em vista que patente a real possibilidade de que, solto, continue a delinquir.

Diante do exposto, deve-se conhecer em parte o presente *writ*, e na parte conhecida, com o parecer, denegar a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte e, na parte conhecida, denegaram.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 30 de maio de 2019.

²⁸ “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;” (Grifou-se).

1ª Câmara Criminal

Habeas Corpus Criminal nº 1404945-74.2019.8.12.0000 - Campo Grande

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO (MOTIVO TORPE, MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTE OU TORNE IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO) – SEQUESTRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CRIME HEDIONDO – ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I, II E IV COM IMPLICAÇÕES DA LEI 8.072/90 – ARTIGO 148, *CAPUT* C.C. ARTIGO 29 E ARTIGO 211, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL C.C. ARTIGO 2º, *CAPUT* DA LEI 12.850/13 (FACÇÃO CRIMINOSA/PCC) – CONCURSO DE AGENTES – CONCURSO MATERIAL – PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA – ORDEM PÚBLICA – RÉUS ASSOCIADOS COM O ESCOPO DE CONSUMAR HOMICÍDIO DE AGENTE ESTATAL – REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO PERSISTEM – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – ORDEM DENEGADA

Os acusados M.F.D.L. e M.H.J.P. tiveram decretada a prisão temporária, pelo prazo de 30 dias, na data de 6-9-2018, e na data de 9-10-2018 referidas prisões foram convertidas em preventiva, bem como foram decretadas as prisões preventivas dos acusados E.A. de O., L. da S., G. L. M. e D. de S.

Insurge dos autos a prova de materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, eis que se depreende que a morte da vítima decorre do chamado “Tribunal do Crime” da facção de criminosa, na qual os próprios membros ceifam vidas para se vingarem, por vezes, do simples fato de alguém dizer que pertence à organização criminosa rival. Outrossim, é natural que em crimes desta dimensão a formação da prova testemunhal seja um pouco mais tormentosa, haja vista a temeridade provocada pelo delito.

A vítima foi decapitada, tendo sofrido toda espécie de violência até sua morte. A liberdade expõe a incolumidade pública a risco iminente, justificando, com isto, a manutenção da prisão preventiva.

Destaque-se que as condições pessoais dos pacientes não autorizam, de forma automática, a revogação da prisão sem pena, pois concretamente fundamentada a necessidade da custódia cautelar na garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

As medidas cautelares diversas da prisão preventiva revelam-se inadequadas e insuficientes, quando defrontadas com as circunstâncias fáticas e a gravidade *in concreto* dos delitos.

Ordens denegadas. Com o parecer da PGJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

A Defensoria Pública Estadual, por seus membros Gustavo Henrique Pinheiro Silva e Rodrigo Antônio Stochiero Silva, impetraram *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de D. de S., D.M., G.L.M., L. da S., M.F.D.L., M.H.P. e E.A. de O., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS.

Os impetrantes aduzem que, em 6 de setembro de 2018, decretou-se a prisão temporária de M.H.P. e E.A. de O.

Em 9 de outubro de 2018, as prisões temporárias de M.H.P. e E.A. de O. foram convertidas em preventivas. Na mesma data, decretou-se a prisão preventiva de D. de S., D.M., G.L.M., L. da S. e M.F.D.L.(003745122-2018.8.12.0001).

Os pacientes foram denunciados pelos seguintes delitos:

“I - D. de S. B. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29 e artigo 211, caput, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- D.M. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- G.L.M. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29 e artigo 211, caput, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- L. DE S. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV do Código Penal, com implicações da Lei 8.072/90 c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- M.F.D.L. nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- M.H.J.P. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29 e artigo 211, caput, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, § 3º da Lei 12.850/13;

- E.A. de O. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;”

Os impetrantes aduzem que, iniciada a ação penal, decretou-se a prisão preventiva do paciente D.M. apenas porque foi citado por edital. Determinou-se a produção antecipada de provas.

Em 15 de abril de 2019, realizou-se audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual se postulou pela revogação das prisões, sem êxito, porém. No ato, uma testemunha não compareceu, e, em relação à outra, houve desistência. Foram ouvidas 6, sem que nenhuma, segundo a defesa, houvesse apontado a participação dos pacientes.

A testemunha B.R. da S., segundo os impetrantes, retratando-se do depoimento prestado na Delegacia de Polícia, alegou que não conhecia a vítima J., e que de todos os acusados, conhecia apenas o acusado M. “de vista”. No dia dos fatos, estava na companhia das pessoas de L.F. e R., sendo que não sabe como se deram os fatos e nem quem foi o autor.

A testemunha R.B. da S. retratou-se de seu depoimento prestado na Delegacia, alegando que havia sido agredido por policiais. Esclareceu que não conhece os réus e nem a vítima.

A testemunha L.F. nada acrescentou.

A testemunha M.C.M., mãe do paciente D.M., esclareceu que o filho é usuário de drogas e sempre recebia visitas de amigos com o fim de consumir a droga. Esclareceu que faz uso de medicamentos psiquiátricos.

A testemunha I., por sua vez, quando ouvido em Juízo relatou que soube o que aconteceu com a vítima através da imprensa, sendo que dos acusados, conhece apenas E. e L. Relatou que desconhece os relatos que constam em seu depoimento perante a autoridade policial.

Por fim, a testemunha W.M. da R. relatou que embora conhecesse a vítima, não sabe como se deram os fatos, bem como desconhece a autoria.

Em síntese, todos os depoimentos prestados perante a autoridade policial foram retratados em Juízo, depoimentos estes que foram base de indícios para decretação da prisão preventiva dos pacientes.

Nisto, afirma a defesa inexistirem sustentáculos para a manutenção da prisão preventiva. Inexistem demonstrações de que possam evadir-se. São tecnicamente primários e portadores de bons antecedentes.

Em sede de liminar, pugnam-se pelo deferimento, expedindo-se alvará de soltura.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida (f. 78-82).

As informações foram prestadas (f. 89-93).

A Procuradoria de Justiça opina-se pela denegação da ordem (f. 97-101).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

A Defensoria Pública Estadual, por seus membros Gustavo Henrique Pinheiro Silva e Rodrigo Antônio Stochiero Silva, impetraram *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de D. de S., D.M., G.L.M., L. da S., M.F.D.L., M.H.P. e E.A. de O., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS.

Os impetrantes aduzem que, em 6 de setembro de 2018, decretou-se a prisão temporária de M.H.P. e E.A. de O.

Em 9 de outubro de 2018, as prisões temporárias de M.H.P. e E.A. de O. foram convertidas em preventivas. Na mesma data, decretou-se a prisão preventiva de D. de S., D.M., G.L.M., L. da S. e M.F.D.L.(003745122-2018.8.12.0001).

Os pacientes foram denunciados pelos seguintes delitos:

“I - D. de S. B. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29 e artigo 211, caput, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- D.M. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- G.L.M. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29 e artigo 211, caput, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- L. de S. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV do Código Penal, com implicações da Lei 8.072/90 c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;

- *M.F.D.L. nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;*

- *M.H.J.P. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29 e artigo 211, caput, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, § 3º da Lei 12.850/13;*

- *E.A. de O. incidiu nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV com implicações da Lei 8.072/90, artigo 148, caput c.c. artigo 29, todos do Código Penal c.c. artigo 2º, caput da Lei 12.850/13;”*

Os impetrantes aduzem que, iniciada a ação penal, decretou-se a prisão preventiva do paciente D.M. apenas porque foi citado por edital. Determinou-se a produção antecipada de provas.

Em 15 de abril de 2019, realizou-se audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual se postulou pela revogação das prisões, sem êxito, porém. No ato, uma testemunha não compareceu, e, em relação à outra, houve desistência. Foram ouvidas 6, sem que nenhuma, segundo a Defesa, houvesse apontado a participação dos pacientes.

A testemunha B.R. da S., segundo os impetrantes, retratando-se do depoimento prestado na Delegacia de Polícia, alegou que não conhecia a vítima J., e que de todos os acusados, conhecia apenas o acusado M. “de vista”. No dia dos fatos, estava na companhia das pessoas de L.F. e R., sendo que não sabe como se deram os fatos e nem quem foi o autor.

A testemunha R.B. da S. retratou-se de seu depoimento prestado na Delegacia, alegando que havia sido agredido por policiais. Esclareceu que não conhece os réus e nem a vítima.

A testemunha L.F. nada acrescentou.

A testemunha M.C.M., mãe do paciente D.M., esclareceu que o filho é usuário de drogas e sempre recebia visitas de amigos com o fim de consumir a droga. Esclareceu que faz uso de medicamentos psiquiátricos.

A testemunha I., por sua vez, quando ouvido em Juízo relatou que soube o que aconteceu com a vítima através da imprensa, sendo que dos acusados, conhece apenas E. e L. Relatou que desconhece os relatos que constam em seu depoimento perante a autoridade policial.

Por fim, a testemunha W.M. da R. relatou que embora conhecesse a vítima, não sabe como se deram os fatos, bem como desconhece a autoria.

Em síntese, todos os depoimentos prestados perante a autoridade policial foram retratados em Juízo, depoimentos estes que foram base de indícios para decretação da prisão preventiva dos pacientes.

Nisto, para a defesa inexistem sustentáculos para a manutenção da prisão preventiva. Inexistem demonstrações de que possam evadir-se. São tecnicamente primários e portadores de bons antecedentes.

Em sede de liminar, pugnam pelo deferimento, expedindo-se alvará de soltura.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida (f. 78-82).

As informações foram prestadas (f. 89-93).

A Procuradoria de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 97-101).

“Era o que cabia rememorar.

Conhece-se do pedido.

E, no mérito, denega-se a ordem.”

Em um primeiro momento, a denúncia foi oferecida no dia 19 de outubro de 2018 (0025022-23.2018.8.12.0001):

“(...) 1º Fato - Do crime de organização criminosa

Os denunciados D. de S. B., D.M., E.A. de O., G.L.M., I. S. dos S., L. DE S., M.F.D.L., M.H.J.P. e W. de S. S., todos integrantes da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, associaram-se para a prática do crime de homicídio qualificado da vítima J.V. de A., ocorrido no dia 14 de maio de 2018, por volta de 01:00 hora, na residência do denunciado D.M., localizada na Rua Imeneari nº 367, Bairro Jardim Santa Emília, nesta Cidade e Comarca.

Os denunciados E.A. de O., I.S. de S., M.H.J.P. e M.F.D.L. foram os responsáveis pela condução da vítima J.V. de A.

A primeira parte da condução ocorreu na residência do adolescente B.R. da S., vulgo Gordinho, localizada na Rua Sebastião Ferreira, ao lado do nº 247, Bairro Jardim Colorado, nesta Cidade e Comarca, local em que a vítima J.V. de A. se encontrava e, durante uma discussão com os adolescentes R.B. da S., B.R. da S. e L.F. de O.P., acabou por revelar que fazia parte da facção Comando Vermelho.

Diante de tal confissão delatada pelo adolescente R.B. da S., os denunciados E.A. de O., I.S. de S., M.H.J.P. e M.F.D.L. se dirigiram ao local, ora denominado Primeira Cantoneira, a fim de realizar o interrogatório da vítima J.V. de A. e confirmar a veracidade da sua ligação com a facção rival.

Nesse ínterim, o denunciado L. da S. foi incumbido de prestar auxílio moral fazendo a vigilância externa da residência, de modo que permaneceu na varanda do imóvel enquanto ocorria a condução.

Ao chegarem ao local, os denunciados E.A. de O., I.S. de S., M.H.J.P. e M.F.D.L. entraram em contato, via telefone celular (o que os membros da facção chamam de radiação), com outros integrantes do PCC não identificados e receberam ordens, emanadas de dentro do próprio presídio, para continuarem a condução da vítima J.V. de A. em outro local.

Assim, acionaram o denunciado W. de S.S. para prestar auxílio material que, utilizando-se de seu veículo marca Volkswagen, modelo Gol, cor branca e na companhia dos denunciados D. de S. B., G.L.M. e M.H.J.P., transportaram a vítima J.V. de A. à residência localizada na Rua Imeneari nº 367, Bairro Jardim Santa Emília, nesta Cidade e Comarca, ora denominada Segunda Cantoneira.

A atuação do denunciado D.M. no cometimento do presente homicídio qualificado consistiu prestar auxílio moral em ceder seu imóvel residencial, localizado no endereço supracitado, para a segunda parte do julgamento e execução da vítima J.V. de A. e, posteriormente, prestou auxílio material para enrolar o corpo da vítima J.V. de A. com uma lona e colocá-lo no interior do veículo onde o cadáver seria levado ao local da desova.

Chegando ao local denominado Segunda Cantoneira, os denunciados D. de S. B., G.L.M. e M.H.J.P. seguiram em conferência com os outros integrantes da facção PCC, dando continuidade ao julgamento da vítima J.V. de A. até que, depois de certificado que de fato a vítima J.V. de A. era integrante da facção rival Comando Vermelho, receberam a ordem para execução.

Ressalta-se que, conforme a denominação utilizada pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital, o termo condução refere-se ao interrogatório e cárcere da vítima J.V. de A. Já o termo contenção faz referência à manutenção da vítima J.V. de A. em cárcere até a chegada de membros com hierarquia superior para realizar a condução.

Desse modo, o denunciado D. de S. B., considerado irmão pela facção criminosa PCC, foi responsável pela condução e execução da vítima J.V. de A., enquanto a função de disciplina era exercida pelo denunciado G.L.M.

Já a denunciada M.H.J.P. tinha a função de geral feminina do Estado de Mato Grosso do Sul, auxiliando nas decisões dos assuntos relacionados à facção:

Coordenou e comandou todo o julgamento, realizando condução, contenção e transporte da vítima J.V. de A. de uma cantoneira para a outra.

Os denunciados E.A. de O., I.S. dos S. e M.F.D.L., todos ocupantes da função de disciplina, por sua vez, participaram da condução da vítima J.V. de A.

Pelo exposto, restou comprovado que os denunciados D. de S. B., D.M., E.A. de O., G.L.M., I.S. dos S., L. de S., M.F.D.L. e W. de S.S. incidiram na prática do crime previsto no artigo 2º, caput da Lei 12.850/2013 e a denunciada M.H.J.P. incidiu no artigo 2º, § 3º da Lei 12.850/2013, visto que exerceu o comando da execução do crime.

2º Fato - Do crime de cárcere privado

Nos dias 13 e 14 de maio de 2018, na Rua Sebastião Ferreira, ao lado do nº 247, Bairro Jardim Colorado e na Rua Imeneari, nº 367, Bairro Jardim Santa Emília, ambas nesta Cidade e Comarca, os denunciados D. de S. B., D.M., E.A. de O., G.L.M., I.S. dos S., M.F.D.L., M.H.J.P., em conluio e unidade de designios com os adolescentes B.R. da S., R.B. da S. e L.F. de O.P., concorreram para a privação da liberdade da vítima J.V. de A. mediante cárcere privado.

A vítima J.V. de A. após confessar aos adolescentes B.R. da S., R.B. da S. e L.F. de O.P. que era integrante da facção rival denominada Comando Vermelho, foi mantida em cárcere privado na residência do adolescente B.R. da S., localizada na Rua Sebastião Ferreira, ao lado do nº 247, Bairro Jardim Colorado, nesta Cidade e Comarca, até a chegada dos outros membros, ora denunciados, que tinham competência para proceder o julgamento.

Neste primeiro local (Primeira Cantoneira), os adolescentes B.R. da S., R.B. da S. e L.F. de O.P. foram responsáveis pela contenção da vítima J.V. de A. e os denunciados E.A. de O., I.S. dos S., M.F.D.L. e M.H.J.P. realizaram sua condução.

Posteriormente, a vítima J.V. de A. foi levada pelos denunciados D. de S. B., G.L.M. e M.H.J.P. à Segunda Cantoneira, localizada na residência do denunciado D.M., com endereço na Rua Imeneari nº 367, Bairro Jardim Santa Emília, nesta Cidade e Comarca, onde teve continuidade a condução, tendo permanecido em cárcere privado. Estava presente no local a todo momento, ainda, o denunciado D.M., anfitrião da casa.

Portanto, a conduta dos denunciados D. de S. B., D.M., E.A. de O., G.L.M., I.S. dos S., M.F.D.L., M.H.J.P. está tipificada no artigo 148, caput c.c. artigo 29, ambos do Código Penal.

3º Fato - Do crime de homicídio qualificado

No dia 14 de maio de 2018, em horário incerto, na Rua Imeneari nº 367, Bairro Jardim Santa Emília, nesta Cidade e Comarca, os denunciados D. de S. B., D.M., E.A. de O., G.L.M., I.S. dos S., L. de S., M.F.D.L., M.H.J.P. e W. de S.S., em conluio e unidade de designios, mataram a vítima J.V. de A.

Ressalta-se que o crime foi cometido por motivo torpe, meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima.

Na madrugada do dia 13 de maio de 2018, a vítima J.V. de A. foi à residência do adolescente B.R. da S., localizada na Rua Sebastião Ferreira, ao lado do nº 247, Bairro Jardim Colorado, nesta Cidade e Comarca, na companhia do denunciado W.M. da R., a fim de com este manter relações sexuais.

Por volta de 08:00 horas, o denunciado W.M. da R. deixou o local para ir à sua residência tomar banho, tendo a vítima J.V. de A. lá permanecido. Neste ínterim, o adolescente R.B. da S. apoderou-se do chinelo da vítima J.V. de A. e o escondeu. Não obstante, percebendo o furto do objeto, iniciou-se um entrevero entre a vítima J.V. de A. e os adolescentes B.R. da S., R.B. da S. e L.F. de O.P., ocasião em que a vítima J.V. de A. afirmou fazer parte da facção Comando Vermelho e que tinha a missão de matar uma integrante da facção rival Primeiro Comando da Capital.

Diante disso, o adolescente R.B. da S. avisou ao denunciado M.F.D.L., que desempenhava a função de disciplina naquela região. Tal denunciado, por sua vez, acionou os outros integrantes do PCC, ora denunciados E.A. de O., I.S. dos S. e M.H.J.P., que foram ao local e iniciaram o julgamento e mantiveram a vítima J.V. de A. em cárcere privado.

Enquanto ocorria o início do julgamento, o denunciado L. da S. realizou a vigilância externa da residência, de modo que permaneceu na varanda do imóvel enquanto ocorria a condução.

Atendendo ordens emanadas pelo alto escalão da facção, a denunciada M.H.J.P., com auxílio moral e material prestado pelos denunciados D. de S. B., G.L.M. e W. de S.S., levaram a vítima J.V. de A. à residência localizada na Rua Imeneari nº 367, Bairro Jardim Santa Emília, nesta Cidade e Comarca, pertencente ao denunciado D.M., que gratuitamente concordou em ceder o espaço para continuidade do julgamento da vítima J.V. de A., que também foi mantida em cárcere no local pelos referidos denunciados.

Filmada a confissão de J.V. de A. alegando pertencer ao Comando Vermelho, receberem o aval dos outros membros não identificados do PCC para execução.

Assim, a denunciada M.H.J.P. sentou a vítima J.V. de A. numa cadeira, amarrou suas mãos para trás de seu corpo, utilizando-se do casaco que a vítima J.V. de A. usava e colocou um pano em sua boca.

Ato contínuo, a denunciada M.H.J.P., fornecendo auxílio moral e material aos executores, segurou a vítima J.V. de A. pelos cabelos e o denunciado D. de S. B., na posse de uma faca, começou a cortar seu pescoço. Quando o corte chegou próximo à garganta da vítima J.V. de A., o denunciado D. de S. B. passou a faca para o denunciado G.L.M., que terminou de decapitá-la.

A qualificadora do motivo torpe se perfaz por ter sido o homicídio praticado por ódio vingativo existente entre facções rivais. Outrossim, a decisão de ceifar a vida da vítima J.V. de A. e o modo que essa deveria ocorrer foi deliberado por um julgamento realizado entre os próprios integrantes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital.

O recurso que dificultou a defesa da vítima J.V. de A. também restou comprovado, pois a vítima J.V. de A. foi mantida em cárcere privado, amarrada e amordaçada, impossibilitando qualquer tipo de reação ou defesa, facilitando totalmente a empreitada criminosa.

O meio empregado para prática do homicídio foi cruel, pois ao iniciarem os brutais atos executórios, a vítima J.V. de A. estava acordada e lúcida, aumentando ainda mais seu sofrimento.

Dessa forma, os denunciados D. de S. B. e G.L.M. incidiram na prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV c.c. artigo 29, ambos do Código Penal, tendo os outros denunciados concorrido e participado em todas as etapas até a execução final.

4º Fato - Do crime de ocultação de cadáver

No dia 14 de maio de 2018, em horário indeterminado, na estrada vicinal popularmente conhecida como cabriteira localizada na Rua Wilson Paes de Barros, Bairro Vila Nova Campo Grande, os denunciados D. de S. B., G.L.M., M.H.J.P. e W. de S.S., em conluio e unidade de desígnios, ocultaram o cadáver seccionado da vítima J.V. de A.

Após matarem a vítima J.V. de A., os denunciados D. de S. B., G.L.M., M.H.J.P. e W. de S.S. enrolaram seu corpo em uma lona fornecida pelo denunciado D.M. e o colocaram no interior do veículo marca Volkswagen, modelo Gol, cor branca, propriedade do denunciado W. de S.S. e então todos, com exceção do denunciado D.M., se dirigiram à referida estrada vicinal que interliga os Bairros Santa Emília e Nova Campo Grande.

Ao chegarem ao local, os denunciados D. de S. B., G.L.M. e W. de S.S. retiraram o corpo do veículo e o abandonaram no local. A denunciada M.H.J.P., por sua vez, arremessou a cabeça seccionada da vítima J.V. de A.

Assim sendo, a conduta dos denunciados D. de S. B., G.L.M., M.H.J.P. e W. de S.S. amolda-se ao crime previsto no artigo 211, caput do Código Penal.

As autorias atribuídas aos denunciados são incontestas, respaldadas pelas confissões constantes nos autos de toda dinâmica delituosa exposta na presente inicial acusatória.

A materialidade também está comprovada pelos boletins de ocorrência (f. 04-05 e 06/09), auto de apreensão (f. 11), laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico (f. 46/49), laudo de perícia necropapiloscópico e confronto necropapiloscópico (f. 03/06), autos de reconhecimento fotográfico.”

A denúncia decorre de elementos colhidos durante a prisão temporária decretada, em 6 de setembro de 2018, em desfavor de parte dos denunciados:

A autoridade policial da Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes de Homicídio – DEH formula representação pela prisão temporária do investigados F.L.A.de A., I.G.R.B., M.F.D.L., M.H.J.P. e Y.M.D. dos S., qualificados nos autos, bem como requer a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar em residência, visando a apreensão da arma utilizada na prática do crime ou outro objeto que possa auxiliar nas investigações.

Notícia que investiga, no Inquérito Policial nº 25/2018/DEH, as circunstâncias da morte da vítima J.V.A., encontrada sem vida na manhã de 14 de maio de 2018, em uma estrada vicinal no Bairro Nova Campo Grande, com as mãos amarradas e a cabeça separada do corpo.

De acordo com as investigações, os representados teriam cometido o homicídio de J.V.A. em razão de esta pertencer a organização criminosa rival (Comando Vermelho) àquela da qual são membros (Primeiro Comando da Capital).

A autoridade policial considera que teria ocorrido a prática de crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso III, do CP).

Finaliza argumentando que as medidas se fazem necessárias para dar continuidade às investigações dos fatos noticiados, até porque os representados teoricamente fazem parte de uma organização criminal extremamente perigosa.

O Ministério Público Estadual opina favoravelmente às medidas pleiteadas (f. 113-7), a fim de dar continuidade às investigações.

É o relatório dos autos. Decido.

- II -

1 Da prisão temporária

De conformidade com o preceptivo inserto no art. 1º da Lei Federal nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a prisão temporária poderá ser decretada quando:

(I) imprescindível para as investigações do inquérito policial;

(II) o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

(III) houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes que ali são definidos.

Neste particular, vem à calha a sobranceira lição do festejado professor Fernando Capez. Di-lo:

[...] Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do periculum in mora. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.[...]

Na hipótese versante, verifico que a prisão temporária dos representados é imprescindível às investigações, tendo em vista que algumas questões e esclarecimentos fundamentais referentes ao homicídio doloso praticado contra a vítima J. V. A. não foram solucionados.

Importante consignar que está comprovada a materialidade do crime de homicídio doloso (f. 67-70).

O modus operandi aparenta possível execução, haja vista que a vítima foi encontrada com as mãos amarradas e cabeça separada do corpo, cujas características têm sido comuns em delitos perpetrados por facções criminosas, nos últimos tempos, nesta Comarca, conforme este Juízo tem observado, pela atuação em diversos processos, nesta Vara Especializada de Tribunal do Júri.

As circunstâncias do delito, até o momento apuradas, indicam possível ocorrência de qualificadoras do homicídio doloso.

Há indícios iniciais de autoria contra os representados, conforme pode ser visto às f. 95-110 e do relatório de investigação da DEH (f. 15-34).

2 Do requerimento de busca e apreensão

De acordo com o art. 240 do CPP, proceder-se-á a busca e apreensão de armas e outros objetos relacionados ao delito.

Na hipótese versante, reputo válidas que sejam realizadas diligências na residência indicada, a fim de localizarem e apreenderem a arma do crime e demais elementos de prova que porventura foram encontrados.

As medidas aqui acolhidas se mostram imprescindíveis à elucidação do delito, notadamente a própria localização da arma ou demais elementos de prova necessários para a formação do convencimento.

- III -

Posto isso, defiro os requerimentos formulados pela autoridade policial da Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes de Homicídio - DEH, para o fim de:

a) Decretar a prisão temporária, pelo tempo de 30 (trinta) dias, com base no art. 1º e seguintes da Lei Federal nº 7.960/1989, c/c o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990, de:

1 - F.L.A.de A.;

2 - I.G.R.B.;

3 - M.F.D.L.;

4 - M.H.J.P.; e

5 - Y.M.D. dos S., qualificados nos autos;

b) Defiro a busca e apreensão domiciliar na residência indicada à f. 13 (Rua Sebastião Ferreira, casa ao lado do imóvel de nº 247, Jardim Colorado, Campo Grande-MS, casa de B.R. da S., vulgo Gordinho), com suporte no art. 240 do CPP.

A ordem deverá ser cumprida com todas as cautelas necessárias.

O auto circunstanciado deverá ser apresentado pela autoridade policial em cinco dias.

Expeçam-se, imediatamente, os respectivos mandados.

Ciência ao Parquet e à autoridade policial.

Oportunamente, junte-se cópia desta decisão e dos mandados de prisão devidamente cumpridos nos autos de IP.

Campo Grande (MS), 6 de setembro de 2018”

Em 9 de outubro de 2018, houve a conversão de temporárias em preventivas, bem como a decretação de prisões preventivas em relação a determinados corréus (003745122-2018.8.12.0001):

“A autoridade policial da Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes de Homicídio – DEH formulou, nos Autos nº 0033772-14.2018.8.12.0001, representação pela prisão temporária do investigados M.F.D.L., M.H.J.P. e Y.M.D. dos S. e outros, qualificados nos autos, bem como requereu a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar em residência, visando a apreensão de arma utilizada na prática do crime ou outro objeto que pudesse auxiliar nas investigações.

Noticiou que investiga, no Inquérito Policial nº 25/2018/DEH, as circunstâncias da morte da vítima J.V.A., encontrada sem vida na manhã de 14 de maio de 2018, em uma estrada vicinal no Bairro Nova Campo Grande, com as mãos amarradas e a cabeça separada do corpo.

De acordo com as investigações, os representados teriam cometido o homicídio de J.V.A. em razão de esta pertencer a organização criminosa rival (Comando Vermelho) àquela da qual são membros (Primeiro Comando da Capital).

A autoridade policial considera que teria ocorrido a prática de crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso III, do CP).

Argumentou a autoridade policial que as medidas seriam necessárias para dar continuidade às investigações dos fatos noticiados, até porque os representados teoricamente fazem parte de uma organização criminosa extremamente perigosa.

Este juízo, na data de 6-9-2018, decretou a prisão temporária dos referidos, pelo tempo de 30 (trinta) dias, com base no art. 1º e seguintes da Lei Federal nº 7.960/1989, c/c o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990.

Nos presentes autos, requer a autoridade policial a conversão da prisão temporária em prisão preventiva de M.H.J.P., Y.M.D. dos S. e M.F.D.L. e decretação da prisão preventiva de E.A. de O., L. da S., G.L.M., D. de S. e I.S. dos S.

Por fim, requer a busca domiciliar na residência situada na Rua Adelaide Maia Figueiredo nº 1.130, Bairro Dom Antônio Barbosa, nesta Cidade e Comarca.

O Ministério Público Estadual opina favoravelmente às medidas pleiteadas (f. 168-79), a fim de dar continuidade às investigações.

É o relatório dos autos. Decido.

- II -

I Sa prisão preventiva

1.1 Dos pressupostos para a prisão preventiva

Segundo o art. 312, in fine, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só poderá ser decretada “quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”.

A existência do crime caracteriza-se pela presença do fumus commissi delicti, que, na lição de AURY LOPES JR.:

[...] exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Anote-se, por oportuno, que os elementos indiciários são o tanto que basta para a prisão cautelar, haja vista que a verdade material, naturalmente, só será apurada ao curso da instrução criminal, ou seja, na fase de formação da culpa. Bem por isso, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Prisão preventiva. Prova bastante da existência do crime e suficientes indícios de autoria, para efeito de tal prisão. Não se pode exigir, para esta, a mesma certeza que se exige para a condenação. Princípio da confiança nos juízes próximos das provas em causa, dos fatos e das provas, assim, como meios de convicção mais seguros do que os juízes distantes. O in dubio pro reo vale ao ter o juiz que absolver ou condenar, não, porém, ao decidir se decreta, ou não, a custódia preventiva.

A materialidade do suposto crime de homicídio contra a vítima J.V.A. encontra-se demonstrada, em especial pelo laudo de exame em local de achado de cadáver (f. 149-64) e pelos depoimentos prestados pela autoridade policial (documentos de f. 16-148).

Além disso, em análise aos interrogatórios dos investigados, observo que há indícios suficientes da participação dos referidos no(s) delito(s) em apuração, os quais, além de a princípio confessarem, também teriam entregado outros participantes.

O modus operandi aparenta possível execução, haja vista que a vítima foi encontrada com as mãos amarradas e cabeça separada do corpo, cujas características têm sido comuns em delitos perpetrados por facções criminosas, nos últimos tempos, nesta Comarca, conforme este Juízo tem observado, pela atuação em diversos processos, nesta Vara Especializada de Tribunal do Júri.

As circunstâncias do delito, até o momento apuradas, indicam possível ocorrência de qualificadoras do homicídio doloso.

1.2 Dos fundamentos para a prisão preventiva

Prescreve a primeira parte do citado art. 312 do Código de Processo Penal que:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (...)

No caso em tela, bem é de ver-se que as prisões preventivas dos representados se faz mister por garantia da ordem pública, visto que, ao que tudo indica, os representados ocupam organização criminosa estruturada, de forma a impedir que crimes violentos sejam cometidos em razão de práticas ilegais perpetradas pela organização.

Há de ressaltar-se, também, que o teórico crime foi praticado com extrema crueldade. Ademais, é de destacar a logística complexa e a ampla mobilização gerada para o cometimento do crime, que contou com diversos agentes, locais para a execução previamente definidos e conferência via telefone celular entre mandantes e executores, o que denota a periculosidade dos ora representados e o seu descaso em relação ao meio social.

Ademais, faz-se necessária a prisão do denunciado por necessidade de garantir-se a conveniência da instrução criminal, tendo em vista que, conforme os elementos colhidos, a organização da qual os representados teoricamente fazem parte possui grande capilaridade no território nacional, a infringir temor social considerável, o que pode, por óbvio, macular eventuais depoimentos testemunhais.

Por derradeiro, no que tange às condições de admissibilidade, verifico que os delitos teoricamente cometidos são punidos com pena de reclusão máxima superior a quatro anos (CP, art. 121, § 2º, e Lei nº 12.850), de modo que se acha satisfeita a prescrição contida no art. 313, I, do Código Penal.

2 Da busca e apreensão

De conformidade com o art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;*
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;*
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;*
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;*
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;*
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;*
- h) colher qualquer elemento de convicção.*

Trata-se de nítida medida de natureza cautelar que visa a obtenção de provas necessárias à instrução da investigação ou processo criminal.

Consoante Eugênio Pacelli, trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e até de pessoas que não estejam ao alcance, espontâneo, da Justiça.

Em linha teórica, a “busca” classifica-se como medida de color instrumental, pois, como dito, coloca-se como forma de obtenção de prova com o fito de encontrar pessoas e coisas. A “apreensão” é medida probatória, pois seu objeto constituirá um dos meios de prova. Portanto, a busca e apreensão conjuga dois institutos jurídicos, conforme observa Cleunice Bastos Pitombo.

Na hipótese versante, reputo válidas que sejam realizadas diligências na residência pertencente à investigada I.S. dos S., a fim de localizarem outros elementos de prova que porventura forem encontrados, já que o local indicado pela autoridade policial é apontado como depósito de drogas do Primeiro Comando da Capital.

As medidas aqui acolhidas se mostram imprescindíveis à elucidação do delito, notadamente colheita de elementos de prova necessários para a formação do convencimento.

Período do dia para cumprimento da medida de busca e apreensão

O art. 5º, inciso XI, da Constituição da República assegura que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

O art. 245 do Código de Processo Penal dispõe que as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite.

Assim, é preciso que se compreenda a definição do termo “dia”.

A vetusta doutrina tem considerado o conceito de dia como o período que medeia entre o alvorecer e o anoitecer.

É a posição de Antonio Magalhães Gomes Filho (Código de Processo Penal. Coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho; Alberto Zacharias Toron; Gustavo Henrique Badaró. São Paulo: RT, 2018. p. 482), Magalhães Noronha (Curso de Processo Penal. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 96) e Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 615).

Com o advento da Constituição de 1988, o juiz é o protagonista dos direitos e garantias fundamentais, sendo certo que, no momento em que concede medidas interventivas excepcionais de privação de liberdade de locomoção ou de restrição do patrimônio privado, deve, em contrapartida, garantir que essas medidas sejam cumpridas nos estreitos lindes da decisão judicial, sem qualquer extrapolação executiva.

Logo, qualquer cunho subjetivo que esteja contido na decisão judicial, na ordem de privação de liberdade ou restritiva do patrimônio privado impedirá a análise de posterior alegação de abuso de autoridade.

No caso da busca e apreensão, se houver subjetividade no conceito de dia, não haverá como juiz analisar se o art. 5º, inciso XI, da CR, foi, ou não, respeitado pelas autoridades responsáveis pela execução da ordem.

Por isso, o mais escorreito é que, em casos tais, o juiz criminal afaste-se do conceito altamente subjetivo de dia (período de tempo que medeia entre o alvorecer e o anoitecer) para o critério “objetivo” aplicado pelo Código de Processo Civil, cuja aplicação deve ser feita subsidiariamente. Nesse sentido, o posicionamento doutrinário de Aury Lopes Jr.:

Pensamos que o melhor nessa matéria é a aplicação analógica do art. 212 do novo CPC, sendo considerado noite o período compreendido entre 6h e 20h, sendo que, iniciado nesse marco temporal, nada impede que se prolongue noite adentro. O que importa é que o início do cumprimento do ato se dê nesse intervalo. O que não se pode aceitar, à luz dos direitos fundamentais tensionados, é uma indeterminação tal que admita o cumprimento entre o ‘alvorecer e o anoitecer’, pois isso abriria um perigoso espaço para arbitrariedades policiais, bem como criaria um terreno fértil para infundáveis discussões em cada processo cuja busca se realizasse próxima a esses dois extremos. Por anoitecer se entende o quê? O pôr do sol basta? E se o dia estiver nublado? Quando se dá o amanhecer numa chuvosa manhã invernal na serra? E a neblina, como fica? Enfim, ficariamos à mercê do que disser a autoridade policial? [Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 521-2]

Portanto, o entendimento firmado por este Juízo é que a busca e apreensão deve ser cumprida no período que medeia entre as 6 e 20h, nos termos do art. 212 do NCPC, para que se dê perfeita concretude aos termos da garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XI, da CR.

— III —

Posto isso, com amparo legal no preceito inserto no art. 312 e art. 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal Brasileiro:

1) *Converto a prisão temporária em preventiva de:*

- M.H.J.P.;
- Y.M.D. dos S. e;
- M.F.D.L.

2) *Decreto a prisão preventiva de:*

- E.A. de O.;
- L. da S.;
- G.L.M.;
- D. de S. e;
- I.S. dos S.

3) *Defiro a busca e apreensão domiciliar na residência indicada à f. 15 (Rua Adelaide Maia Figueiredo, nº 1.130, Dom Antonio Barbosa, Campo Grande-MS, casa de I.S. dos S.), com suporte no art. 240 e seguintes do CPP, c/c o art. 212 do NCPC (aplicado subsidiariamente) e art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, cuja ordem deverá ser cumprida no período das 6 às 20h.*

A ordem deverá ser cumprida com todas as cautelas necessárias.

O auto circunstanciado deverá ser apresentado pela autoridade policial em cinco dias.

Expeçam-se, imediatamente, os respectivos mandados.

Ciência ao Parquet.

Oficie-se à autoridade policial para juntada de cópia desta decisão no IP respectivo.

Inclua-se na subclasse do SAJ que se trata de organização criminosa.

Aguarde-se a vinda do IP.

Campo Grande(MS), 09 de outubro de 2018”

Como se vê, depreende-se que após a morte da vítima de decorre do chamado “Tribunal” da facção de criminosa, na qual os próprios membros ceifam vidas para se vingarem, por vezes, do simples fato de alguém dizer que pertence à organização criminosa rival.

Nisto, a participação dos pacientes emergiu, e destas informações denotou-se a unidade de desígnios adotada pelo grupo, conforme o consignado pelo nas informações, *in verbis*:

“(…) A denúncia foi recebida em 7-11-2018.

Os acusados M.F.D.L. e M.H.J.P. tiveram decretada a prisão temporária, pelo prazo de 30 dias, na data de 6-9-2018 (Autos nº 0033772-14.2018.8.12.0001), e na data de 9-10-2018 referidas prisões foram convertidas em preventiva, bem como foram decretadas as prisões preventivas dos acusados E.A. de O., L. da S., G.L.M. e D. de S. (Autos nº 0037451-22.2018.8.12.0001), pelos seguintes fundamentos:

(…)

O acusado D.M. teve sua prisão preventiva decretada em 11-3-2019, sob os fundamentos da conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Vale ressaltar que a instrução processual já teve início, sendo que foram ouvidas 7 testemunhas comuns, na data de 15-4-2019.

Cumpre consignar, ainda, que em 17-4-2019, este Juiz indeferiu o requerimento de revogação de prisão preventiva dos acusados supracitados, pelos seguintes fundamentos:

(…)

Atualmente, os autos encontram-se aguardando a realização das demais audiências de instrução e julgamento, as quais foram designadas para as seguintes datas: 29-5-2019, às 15h; 5-6-2019, às 15h e 12-6-2019, às 15h.

Por fim, deve-se lembrar que a denúncia envolve teóricos fatos criminosos relacionados a disputas entre facções criminosas (PCC e Comando Vermelho), cuja execução ocorreu com requintes de crueldade. Em casos tais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado que há especial gravidade a justificar a ordem pública:

3. A custódia cautelar foi devidamente fundamentada, nos exatos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo destacado o Juízo de primeiro grau as circunstâncias do caso concreto, salientando que o delito foi praticado em virtude de disputas entre facções criminosas relacionadas ao tráfico ilícito de drogas. Tais circunstâncias demonstram a especial gravidade da conduta, a justificar a imposição da medida constritiva para a garantia da ordem pública. (STJ; HC 460.943/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

Sem mais, coloco-me à disposição para esclarecimentos suplementares.

Cordialmente,”

Pois bem, quando somadas as penas dos crimes praticados, em tese, pelo paciente, a punição superaria 04 (quatro) anos, confortando-se ao texto do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Os indícios de autoria e comprovação da materialidade estão corroborados através de boletins de ocorrência, depoimentos, relatório de investigação, boletins de ocorrência, laudo de exame de corpo de delito, declarações, laudo pericial, depoimentos, fotografias, interrogatórios, depoimentos (f.18-23; 25-31;35; 42-45; 46-48; 50-53; 60-63; 69-70; 77-82; 77-86; 105-108; 109-120; 182-183; 187-189; 201-202; 205-206; 208-209; 231-235; 241-242; 264-265; 274-275; 279-281; 284; 303-305; 317-318; 323-324; 328-330; 347-348; 351; 354; 359; 362-365; 372-387; 402-404; 429-431; 440-447; 455; 459; 463-466; 477; 0025022-23.2018.8.12.0001).

Outrossim, é natural que em crimes desta dimensão a formação da prova testemunhal seja um pouco mais tormentosa, haja vista a temeridade provocada pelo delito.

Neste passo, materializados estão os pressupostos embasadores da segregação (prova da existência do crime e indícios da autoria), atraindo a presença do *fumus commissi delicti*.

Já o *periculum libertatis* está fundado na necessidade de se ver garantida a ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito, cujos elementos são extraídos do arcabouço probatório, no qual se funda a denúncia, aferindo-se o quão organizada foi a ação do grupo, de modo que, em sede de cognição sumária, necessária a prisão preventiva, ante à inalterabilidade do exposto, fator tão bem ressaltado na decisão vergastada.

Ressaem, neste passo, os requisitos legais autorizadores da segregação cautelar, retratando, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública.

Neste sentido,

“HABEASCORPUS–PROCESSUALPENAL–HOMICÍDIO–PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – MODUS OPERANDI DO DELITO – GRAVIDADE CONCRETA–FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA–CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INEXISTÊNCIA – ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. A custódia cautelar foi devidamente fundamentada, nos exatos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo em razão da participação do paciente em organização criminosa (PCC), da gravidade concreta do delito e do modus operandi da conduta, praticada mediante decapitação e retirada do coração da vítima, circunstâncias que denotam a potencial periculosidade do Agente. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal já se pronunciou no sentido de que não há ilegalidade na “custódia devidamente fundamentada na periculosidade do agravante para a ordem pública, em face do modus operandi e da gravidade em concreto da conduta. “ (HC 146.874 AGR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 06/10/2017, DJe 26/10/2017). 3. 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. 4. Mostra-se inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta do delito demonstra serem elas insuficientes para acautelar a ordem pública. 5. Habeas corpus denegado. (STJ; HC 467.953; Proc. 2018/0230488-9; PR; Sexta Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; Julg. 06/11/2018; DJE 23/11/2018; Pág. 1718

Nisto, evidente que a garantia da ordem pública é um dos fundamentos da manutenção da prisão preventiva, com a finalidade de impedir que o agente solto continue a delinquir, acautelando-se, deste modo, o meio social.

Sobre a matéria:

“HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 148, CAPUT, E 121, § 2º, INCISO I, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MODUS OPERANDI – GRAVIDADE CONCRETA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. A custódia cautelar foi devidamente fundamentada, nos exatos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo em razão do modus operandi do delito, revelador da perniciosidade social da ação, pois o paciente, juntamente com integrantes do PCC, teria concorrido para a morte e ocultação do cadáver da vítima, após privação da liberdade, mediante sequestro, para submissão a “disciplina”, pelo “tribunal do crime organizado”, circunstâncias que denotam a gravidade concreta da conduta. Precedentes. 2. Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos que autorizem a decretação da medida extrema. 3. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão. 4. Ordem de habeas corpus denegada.” (STJ; HC 468.699; Proc. 2018/0235472-3; SP; Sexta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 27/11/2018; DJE 12/12/2018; Pág. 1470)

“HABEAS CORPUS – ART. 121, § 2º, I, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CP, E ART. 2º, CAPUT, DA LEI Nº 12.850/2013 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E PERICULOSIDADE SOCIAL DO PACIENTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO – ORDEM DENEGADA. 1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal. 2. Na espécie, o paciente foi preso em flagrante, custódia essa convertida em preventiva, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, e no art. 2º, caput, c/c o § 2º, da Lei nº 12.850/2013, pois teria tentado, em decorrência de disputa de poder entre organizações criminosas e mediante disparo de arma de fogo, levar a óbito a vítima em razão de ela integrar facção rival (PCC - Primeiro Comando da Capital) daquela à qual pertence o paciente (CV - Comando Vermelho), e, ao manter a custódia cautelar, invocou o Juízo de piso as circunstâncias em que se realizou o crime, evidenciadoras da gravidade concreta da conduta e da periculosidade social do paciente, que teria efetuado disparos de arma de fogo em plena via pública, objetivando matar desafeto seu, e, com isso, acabou por atingir um pedestre

que passava no local. 3. Portanto, a custódia preventiva está justificada na necessidade de garantia da ordem pública ante a gravidade efetiva da conduta e a periculosidade do paciente. 4. Habeas Corpus denegado.” (STJ; HC 427.869; Proc. 2017/0317771-0; RR; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; DJE 09/04/2018; Pág. 1994)

O Judiciário deve atentar-se às agressões impingidas à sociedade, de maneira a não privilegiar interesse individual quando a coletividade é posta em risco, afastando-se, com isto, a espúria sensação de impunidade.

Logo, observa-se que a manutenção das prisões é lastreada em elementos concretos, os quais se amoldam ao texto do artigo 312, do Código de Processo Penal, soterrando, assim quaisquer argumentos de ilegalidade.

O impetrante também afirma que o paciente ostenta circunstâncias pessoais favoráveis.

Entretanto, tais predicados, quando confrontados ao ora contextualizado, não comportam a liberdade do paciente, ao menos por ora:

“HABEAS CORPUS – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – PEÇA ACUSATÓRIA OFERTADA – PRISÃO PREVENTIVA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA PARA ACAUTELAR A ORDEM PÚBLICA – CRIME INEGAVELMENTE GRAVE – DOS ELEMENTOS AMEALHADOS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – MODUS OPERANDI DA FACÇÃO E NECESSIDADE DE EVITAR A REITERAÇÃO DELITIVA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DENEGADA – I. O HABEAS CORPUS CONTRA A PRISÃO PREVENTIVA NÃO COMPORTA EM LINHA DE PRINCÍPIO, SOPESAMENTO DO VALOR PROBANTE DE ELEMENTOS INFORMATIVOS CONTRAPOSTOS, MAS A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA, CONTRA O RÉU OU O INDICIADO, DE HABEAS CORPUS CRIME Nº 1.503.700-8 F. 2. INDÍCIO DE AUTORIA, LOCUÇÃO NA QUAL INDÍCIO NÃO TEM O SENTIDO ESPECÍFICO DE PROVA INDIRETA – E EVENTUALMENTE CONCLUSIVO QUE LHE DÁ A LEI (C.PR. PEN., ART. 239), MAS, SIM, APENAS, O DE INDICAÇÃO, COMEÇO DE PROVA OU PROVA INCOMPLETA – EXISTENTE UM INDÍCIO, SÓ A CONTRAPROVA INEQUÍVOCA OU A PRÓPRIA E GRITANTE INIDONEIDADE DELE PODEM ELIDIR A LEGITIMIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA QUE NELE SE FUNDA (RHC 83179, Relator(a). Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgado EM 01/07/2003).(...) III. O PCC é uma organização complexa, cujos faccionados são responsáveis pela prática de crimes violentos (roubo e homicídio) e de tráfico de drogas e armas, caracterizando, destarte, a intensa periculosidade de todos os seus membros. IV. A ocupação lícita e a residência fixa, não têm o condão de revogar o aprisionamento cautelar, sem olvidar que o paciente possui antecedentes criminais. V. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, quando o cárcere se mostra justificado pela gravidade concreta do delito e pelo histórico criminal do acusado, indicando que as Habeas Corpus Crime nº 1.503.700-8 f. 3 - providências cautelares alternativas seriam insuficientes para preservar a ordem pública, evitando a prática de novos crimes.” grifei (STJ; HC 311735, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02/02/2016). (TJPR; HC Crime 1503700-8; Curitiba; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa; Julg. 14/04/2016; DJPR 11/05/2016; Pág. 854)

Portanto, reconhece-se a legalidade da prisão preventiva, eis que pautada em fundamentos concretos.

Da mesma forma, não há falar-se em substituição por medidas cautelares, frente à imprescindibilidade da constrição cautelar, a qual está muito bem calcada na gravidade da conduta, no risco de prejuízo à ordem pública, razão pela qual vislumbro inexistir alteração nos motivos ensejadores do decreto preventivo, devendo ser mantida incólume a decisão vergastada.

Logo, persistindo o *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, afastada está a alegação de constrangimento ilegal a ser sanado por meio do presente *habeas corpus*.

Ante o exposto, com o parecer, denega-se a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem de *habeas corpus*.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 14 de maio de 2019.

1ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0000646-73.2016.8.12.0055 - Sonora

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO MAJORADO – EXPLOÇÃO DE AGÊNCIA BANCÁRIA – PRELIMINARES AFASTADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA PRESERVADA – PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE DANO, RECEPÇÃO, EXPLOÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E ARTEFATOS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CONDUTAS DELITIVAS QUE NO ITER CRIMINIS DO DELITO DE ROUBO ABSORVERAM OS CRIMES MEIO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

As preliminares de: nulidade da delação premiada; das provas obtidas através dos dados extraídos do celular apreendido (*whatsapp*); ausência de enfrentamento de teses defensivas e por negativa de diligências requeridas, foram rejeitadas por não verificar qualquer eiva nos pontos levantados nas invocações defensivas.

No mérito, robusto se apresenta o conjunto probatório, mantendo-se as condenações pelo crime de roubo majorado.

Não há qualquer reparo a ser feito na valoração realizada às circunstâncias judiciais, pois guardam correlação lógica com as moduladoras respectivas e de forma idônea, amparadas nos elementos concretos, colhidos na ação penal. Em face do *quantum* da pena, não há que se falar em substituição por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal.

Não se acolhe a pretensão Acusatória de condenação pelos delitos de dano, receptação, adulteração de sinal identificador de veículo automotor, explosão e posse ilegal de arma de fogo e artefatos, em face do emaranhado de fatos e circunstâncias que envolveram a arquitetada, ousada e perigosa trama delitativa, no percurso do *iter criminis* do roubo todas as demais ações restaram absorvidas, por tal razão é que foram valoradas nas circunstâncias do delito e não como crimes autônomos.

Não houve veiculação recursal acerca do pleito de condenação pelo delito de associação criminosa, descabendo ao Colegiado emitir eventual *reformatio in pejus*.

Quanto ao pedido de valoração negativa da culpabilidade do réu Bruno, não assiste razão ao *Parquet*, pois além dos elementos já apontados para valoração das moduladoras, não se identifica outros que extrapolem a normalidade a fim de que seja valorada negativamente.

Em relação ao pedido de fixação de valor mínimo para indenização, também não merece acolhimento, pois não houve pedido expresso na exordial, condição imprescindível para que se respeite o devido processo legal, sob pena de serem os réus surpreendidos ao final com a condenação pela indenização, pretensão da qual não se defenderam.

Em parte com o parecer, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de junho de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e pela defesa de Wemerson Felipes Alves e Bruno Saraiva Mota de Sousa, ambos condenados pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II, V, do Código Penal.

O Ministério Público Estadual nas razões recursais de f. 2780-2825 requer a reforma da sentença a fim de que os réus sejam condenados também nas sanções dos artigos 163 (dano), parágrafo único, incisos I, II, III e IV (por uma vez); art. 163, parágrafo único, incisos I, III e IV (por três vezes); art. 180 (receptação), caput (por duas vezes); art. 251 (explosão), caput; art. 311 (adulteração placas de veículo), caput, todos do Código Penal; art. 2º, § 2º (observando-se o § 3º, quando o caso) da Lei nº 12.850/13, e ainda pelo art. 16 (porte de arma), caput, da Lei nº 10.826/03, todos em concurso material, nos termos do art. 69 do CP c/c artigo 62, inciso IV do mesmo Códex (quando o caso).

A defesa de Wemerson Felipes Alves (pena de 11 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 24 dias-multa, no regime inicial fechado) em razões recursais de f. 2834-2881, requer a declaração de nulidade da delação premiada, bem como das provas reputadas ilícitas obtidas através dos dados extraídos do celular apreendido. Pede ainda absolvição por insuficiência de provas para sustentar a condenação. Subsidiariamente, requer a redução da pena aplicada e a sua substituição por restritiva de direitos.

A defesa Bruno Saraiva Mota de Sousa (pena de 09 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 25 dias-multa), em suas razões recursais de f. 2909-2934, pugna, preliminarmente, pela declaração de nulidade da sentença: por ausência de enfrentamento de teses defensivas; por cerceamento do direito de defesa ante a negativa de diligências imprescindíveis; pela utilização exclusiva de elementos oriundos de inquérito policial não convalidados judicialmente; e pela ilicitude da delação premiada. No mérito, requer sua absolvição por ausência de provas. Subsidiariamente, requer a redução da pena para o mínimo legal.

Contrarrazões nas f. 2882-2900; 2901-2908 e 2943-3014, impugnando respectivamente os recursos interpostos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 3023-3048 pelo não provimento dos apelos defensivos e parcial provimento do recurso ministerial a fim de de condenar os réus também nas sanções do art. art. 16, caput, da Lei nº 10.826/03, na forma do concurso material (art. 69 do CP). E, reconhecer como desfavorável a circunstância judicial da culpabilidade em face do réu Bruno, exasperando-se sua pena-base, bem como a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados às vítimas.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e pela defesa de Wemerson Felipes Alves e Bruno Saraiva Mota de Sousa, ambos condenados pela prática do crime previsto no art. 157, §2º, I, II, V, do Código Penal.

O Ministério Público Estadual nas razões recursais de f. 2780-2825 requer a reforma da sentença a fim de que os réus sejam condenados também nas sanções dos artigos 163 (dano), parágrafo único, incisos I, II, III e IV (por uma vez); art. 163, parágrafo único, incisos I, III e IV (por três vezes); art. 180 (receptação), caput (por duas vezes); art. 251 (explosão), caput; art. 311 (adulteração placas de veículo), caput, todos do Código Penal; art. 2º, §2º (observando-se o § 3º, quando o caso) da Lei nº 12.850/13, e ainda pelo art. 16 (porte de arma), caput, da Lei nº 10.826/03, todos em concurso material, nos termos do art. 69 do CP c/c artigo 62, inciso IV do mesmo Códex (quando o caso).

A defesa de Wemerson Felipes Alves (pena de 11 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 24 dias-multa, no regime inicial fechado) em razões recursais de f. 2834-2881, requer a declaração de nulidade da delação premiada, bem como das provas reputadas ilícitas obtidas através dos dados extraídos do celular apreendido. Pede ainda absolvição por insuficiência de provas para sustentar a condenação. Subsidiariamente, requer a redução da pena aplicada e a sua substituição por restritiva de direitos.

A defesa de Bruno Saraiva Mota de Sousa (pena de 09 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 25 dias-multa), em suas razões recursais de f. 2909-2934, pugna, preliminarmente, pela declaração de nulidade da sentença: por ausência de enfrentamento de teses defensivas; por cerceamento do direito de defesa ante a negativa de diligências imprescindíveis; pela utilização exclusiva de elementos oriundos de inquérito policial não convalidados judicialmente; e pela ilicitude da delação premiada. No mérito, requer sua absolvição por ausência de provas. Subsidiariamente, requer a redução da pena para o mínimo legal.

Contrarrazões nas f. 2882-2900; 2901-2908 e 2943-3014, impugnando respectivamente os recursos interpostos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 3023-3048 pelo não provimento dos apelos defensivos e parcial provimento do recurso ministerial a fim de de condenar os réus também nas sanções do art. art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do concurso material (art. 69 do CP). E, reconhecer como desfavorável a circunstância judicial da culpabilidade em face do réu Bruno, exasperando-se sua pena-base, bem como a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados às vítimas.

Passa-se à análise dos recursos.

Antes de adentrar a análise das pretensões, merece um breve destaque de parabenização à magistrada singular que bem conduziu o processo e mesmo tratando-se de feitos volumosos, em que se apurou um crime de desenvolvimento complexo e de grande proporção, envolvendo vários réus, produziu um provimento final em tempo razoável e sobretudo elaborou uma sentença completa, bem fundamentada, criteriosa e brilhantemente concatenada.

Pois bem, feita tal consideração, analisa-se primeiramente os recursos defensivos, em face das preliminares levantadas.

Preliminares:

Nulidade da delação premiada

A questão suscitada pela defesa foi exaustivamente analisada em Primeiro Grau e rechaçada pelos seguintes fundamentos:

“A defesa dos acusados alegaram nulidade da colaboração premiada realizada pelo corréu Wellington nos Autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055, que foi homologada por este Juízo à f. 24-27, nos termos da Lei 12.850/2013. A questão já foi decidida, não havendo mudança fática, continua válida (decisão de f. 2266-2269 - Autos nº 0000646-73.2016).

Contudo, este Juízo apenas ratificará a validade da delação.

Alegaram nulidade da respectiva colaboração por ofensa ao cerceamento de defesa, já que foi realizada sem a presença do defensor constituído; a colaboração teria sido obtida por meio de tortura (prova ilícita), havendo ofensa aos requisitos necessários da lei - voluntariedade e efetividade.

Inicialmente, cabe tecer alguns comentários sobre a delação/colaboração premiada.

Frise-se o conceito de colaboração premiada “O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime.” O conceito é da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aplicado no julgamento do HC 90.962.

Como se vê, não basta a confissão para se conquistar a premiação da colaboração premiada. Suas informações úteis devem ser comprovadas (devem ser eficazes).

Sem comprovação judicial do que se delata nenhum prêmio é concedido. Aqui entra a “regra de corroboração” (delação sem comprovação é inócua). Quando a delação (colaboração) resulta ineficaz, cabe reconhecer apenas a circunstância atenuante da confissão.

Ademais, a delação necessita de 02 pontos centrais:

I autonomia da vontade do agente do fato; e

II assistência técnica de advogado.

Os dois requisitos foram analisados por este Juízo, quando da homologação do acordo. Segundo o art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13 a decisão judicial que analisa o acordo celebrado deve verificar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade, sem fazer qualquer juízo de valor quanto aos termos avençados, ao menos quando da homologação, consoante orientação que está se consolidando no STF a partir do julgamento do rumoroso caso envolvendo a colaboração premiada dos executivos do grupo J&F (PET 7074 - Questão de Ordem Agr. Regimental).

Nesse aspecto, é interessante observar que, depois de homologado, somente é possível cogitar de nulidade do acordo celebrado na hipótese de desvelamento de um fato até então encoberto, desconhecido, e que, por si só, tem o condão de invalidar, sob o aspecto formal, o negócio jurídico processual. O que não ocorreu.

Em análise aos autos de medidas investigatórias sobre organizações criminosas nº 0000422-38.2016.8.12.0055 (em apenso), que deu ensejo às apurações dos graves crimes noticiados e à definição das medidas cautelares aplicadas, observo que o instrumento de procuração outorgado pelo colaborador aos advogados Dr. Anibal Felício Garcia Neto, Dra. Cláudia Felício Garcia e Dr. Marcelo Felício Garcia somente foi juntado aqueles autos em 21/07/2016 (f. 841-815), isto é, mais de 01 (um) mês após a celebração do acordo de colaboração.

Ademais, nota-se que na mesma data indicada no documento de f. 2.095 (06/06/2016), o réu Márcio Rodrigues da Costa outorgou instrumento de procuração aos mesmos advogados, a qual foi protocolizada digitalmente no procedimento investigativo em 08/06/2016 (f. 525-526 daqueles autos), o que revela que os advogados tinham conhecimento da existência da investigação em curso e, portanto, se fosse o caso, poderiam ter juntado também a procuração outorgada por Wellington Xavier de Campos Pauluci Vieira. Ora, se o fizeram em relação ao cliente Márcio, por que não o fariam para o cliente Wellington? Tal cenário revela que, à época da celebração do acordo, a defesa do colaborador não era patrocinada pelos referidos advogados, o que somente veio a ocorrer em momento posterior. A sequência lógica dos fatos e dos atos processuais indica isso com perfeição, não obstante a data contida no documento de f. 2095.

Nesse panorama, a alegação de que houve cerceamento de defesa à época do acertamento da colaboração premiada, uma vez que o colaborador foi assistido por defensor público quando, em verdade, possuía advogado constituído, não encontra amparo nos autos, já que não comprovada.

De outro norte, em que pese a existência de investigação em curso para apuração de eventual tortura capitaneada pelo GACEP/MPMS, e às declarações do réu colaborador em sua autodefesa (f. 2.243), até o momento, inexistente comprovação acerca das agressões físicas e ameaças supostamente praticadas pelos policiais, conforme noticiado, não sendo possível cogitar de nulidade da colaboração premiada por ausência de voluntariedade na celebração do negócio jurídico processual com base no motivo deduzido pela defesa.

Em análise as declarações prestadas pelo colaborador e gravadas em vídeo (autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055), em princípio, constata-se sua tranquilidade, calma e clareza para retratar os fatos, em contexto que passa longe de uma sessão de tortura, ou então, da

expressão e do ânimo de quem teria sofrido tamanhas agruras, conforme relatou em seu interrogatório (f. 2.243).

Outro aspecto digno de nota é que durante a instrução processual, a defesa técnica do corréu (Wemerson) foi quem levantou a tortura, e somente após tal arguição, foi que a defesa do coautor colaborador (Wellington), também, pleiteou o reconhecimento da nulidade da referida delação. Situação que causa profunda estranheza, afinal, caberia ao próprio colaborador - não só no exercício da autodefesa, mas também (e principalmente) por intermédio da defesa técnica - apontar eventual invalidade no termo celebrado.

Todas as peças do Procedimento Investigatório Criminal nº 06.201600001050-5 realizado pelo GACEP/MPMS foi juntado aos autos (f. 3158-3679).

Pelo depoimento do acusado Wellington (f. 3232 - Autos nº 0000537-59.2016), este afirmou que esteve com um médico em Sonora, e que quando chegou no Garras foi ao IML, mas ele nem teria tirado sua roupa (f. 3255).

Na audiência de Verificação Pessoal do acusado Wemerson (f. 3300-3301), o Juízo de Campo Grande não verificou nenhuma lesão conforme narrado por ele (olhos inchados) e mancando da perna.

Laudo (f. 3413-3414) realizado na data de 30/06/2016 constatando ausência de lesões no réu Wemerson. Laudo (f. 3415-3417) também verificado ausência de lesões.

Laudos realizados por médicos plantonistas de Sonora (f. 3424-3425) constando ausência de lesões nos acusados.

Termo de declaração do médico Dr. Moisés Jajah Nogueira afirmando que foi até a Delegacia de Sonora para realizar exame de corpo de delito no denunciado Wellington (31/05/2016), e que não constatou nenhuma lesão. Afirmou que “conversou com o preso, perguntou se ele havia sofrido alguma lesão e ele respondeu negativamente. Ainda assim procedeu a avaliação física e não constatou sinais ou vestígios de lesões corporais recentes. Foi realizado um exame físico detalhado, apesar de certa resistência do preso. Quanto as partes íntimas o depoente informe que foi realizado o exame completo” (f. 3532-3533).

Termo de declaração do médico Dr. Izidro Julio Cardoso que atendeu o acusado Wemerson e afirmou que realizou exame de corpo de delito na data de 25/06/2016. Contou que ao conversar com o réu, este lhe disse que “estava sentindo dor nas regiões inguinais, porque viajou muito tempo sentado e era portador de hérnia. Ele disse que não apresentava nenhuma lesão pelo corpo. Wemerson não se queixou de ter sido vítima de agressões ou excessos pelos policiais” (f. 3534-3535).

Assim, o próprio PIC não reuniu prova suficiente de que o colaborador ou até mesmo seu comparsa teriam confessado o delito sob tortura. O que se tem, são declarações unilaterais, que não foram corroboradas durante a instrução do referido procedimento instaurado pelo GACEP/MPMS.

Ora, os acusados afirmaram em suas declarações que foram vítimas de tortura e que não teriam se consultado, nem em Sonora, nem em Campo Grande, com médico. Nesse contexto, tais alegações estão isoladas, já que foi juntado aos autos, não só os laudos realizados, mas também as declarações dos médicos.

Ademais, o procedimento investigativo está inconclusivo, até o presente momento não houve denúncia em face dos supostos autores da “tortura”. As declarações dos acusados, como dito acima, restam isoladas.

Por isso, refuto a preliminar, não há se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa ou aos requisitos da efetividade e voluntariedade da delação, que continua válida e será valorada logo abaixo.” – f. 2636-2641.

Eventual nulidade na delação premiada homologada judicialmente não tem o condão de anular toda a ação penal, mormente quando houve retratação em juízo (mídia f. 2243).

Ademais, a referida retratação de Wellington, sob a alegação de tortura está isolada no contexto probatório, e ainda pende de apreciação judicial (Autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055), contudo, não atinge todo o acervo probatório produzido, pois há nos autos outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório.

Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao acusado, autorizando um juízo de certeza para o decreto condenatório, a condenação é medida impositiva, sendo irrelevante a retratação do réu na fase judicial.

Sobre a questão, colaciono os julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – PALAVRA DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS – CREDIBILIDADE – DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CORRÉU – VALIDADE, UMA VEZ QUE O MENOR INFRATOR ENVOLVIDO NÃO SE EXIMIU DE SUA RESPONSABILIDADE – RETRATAÇÃO EM JUÍZO – IRRELEVÂNCIA – NEGATIVA DE AUTORIA QUE ESTÁ ISOLADA NOS AUTOS – HARMONIA DO CONTEXTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – REDUÇÃO DA PENA – DESCABIMENTO – REPRIMENDA FIXADA EM PATAMAR JUSTO, RAZOÁVEL E ADEQUADO À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao apelante, autorizando um juízo de certeza para o decreto condenatório pelo crime de latrocínio, a condenação é medida impositiva. A comprovação da materialidade e autoria do crime de latrocínio, com base em delação que foi corroborada por outros elementos de prova, inviabiliza o acolhimento do pedido de absolvição. Não há que se falar em redução da pena-base quando foi esta fixada de forma acertada e em consonância com a análise das circunstâncias judiciais. Diante da não comprovação de hipossuficiência, impossível a concessão da justiça gratuita, pois o recorrente é patrocinado por defensor particular constituído. Recurso desprovido. (TJMG; APCR 1255453-34.2007.8.13.0183; Conselheiro Lafaiete; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Fausto Bawden de Castro Silva; Julg. 13/03/2019; DJEMG 20/03/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CORRÉU – RETRATAÇÃO INVEROSSÍMIL – DEPOIMENTO DE POLICIAL PRESTADO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO – VALOR PROBANTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – REDUÇÃO IMPOSTA – CUSTAS PROCESSUAIS – HIPOSSUFICIÊNCIA DO AGENTE – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO NA FORMA DO ART. 98 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Havendo provas suficientes da materialidade e da autoria do delito de furto qualificado narrado na denúncia, impossível é a absolvição do apelante por insuficiência probatória. Merece correção a pena, na segunda fase de aplicação, se o Magistrado, fazendo incidir o aumento de 1/6 (um sexto) face à reincidência, alcança patamar diverso, em prejuízo do acusado. Constatada a hipossuficiência do agente, deve lhe ser concedida a suspensão do pagamento das custas processuais, na forma do art. 98 do Novo Código de Processo Civil. (TJMG; APCR 1.0317.17.009494-8/001; Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo; Julg. 08/08/2018; DJEMG 17/08/2018)

Ainda que, eventualmente se admita, após a conclusão do referido processo em que se apura possível prática do crime de tortura, tal se verifique, há ainda que se invocar a teoria das fontes independentes (*independent source doctrine*), pois existem outras provas que foram obtidas de fonte autônoma (imagens do pedágio na f. 28 em que aparece nitidamente a imagem do apelante Wemerson), bem como a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), pois restou demonstrado que a prova seria obtida de qualquer modo, tal como o “emprestimo” da caminhonete L200 utilizada no roubo onde ainda foi localizado o aparelho

celular de propriedade do corréu José Ronaldo (Autos 0000502-02.2016), com mensagens acerca da empreitada criminosa arquitetada dias antes (f. 19-26), e por este confirmada, cuja validade adiante se confirmará.

Nulidade em face da ilicitude das provas obtidas através dos dados extraídos do celular apreendido (*whatsapp*).

De igual modo, deve ser rechaçada a referida preliminar.

Em que pese entendimento da Corte Superior no sentido de que a troca de mensagens via sms, programas ou aplicativos (dentre eles o *whatsapp*) e correio eletrônico está relacionada à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, assim, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, a necessidade de prévia autorização judicial para acesso às conversas por meio de aplicativos (*whatsapp*) refere-se a eventos efetivados quando da prisão em flagrante do réu, entretanto, *in casu*, não se verifica a alegada ilicitude da prova, porque o acesso ao conteúdo do aparelho celular deu-se em razão da apreensão deste juntamente com automóvel utilizado para o roubo (veículo L200).

Ademais, em casos como o presente, comunga-se do entendimento de que a colheita de dados armazenados, não se confunde com a quebra de sigilo de dados telefônicos, a qual inclusive, restou implicitamente deferida em momento oportuno, pois objeto do laudo pericial de f. 712-739.

Colaciono os julgados:

“(...) Não há falar-se em nulidade processual por violação do sigilo das comunicações telefônicas, pois o exame das conversas do aplicativo WhatsApp, por ocasião da prisão em flagrante e apreensão do aparelho telefônico, não constitui interceptação telefônica. Ademais, não há necessidade de autorização judicial prévia, porque a verificação das mensagens decorre da apuração da prática de crime. (...)” (TJMG; APCR 0024255-83.2017.8.13.0003; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel; Julg. 26/02/2019; DJEMG 12/03/2019)

“(...) Alegada contaminação das evidências, em face dos policiais militares terem manipulado o mencionado aparelho, no momento do flagrante, sem autorização judicial. Prescindibilidade. Colheita de dados armazenados que não se confunde com a quebra de sigilo de dados telefônicos, a qual inclusive, restou deferida em momento oportuno. Preliminares afastadas. (...)” (TJSC; ACR 0010022-78.2018.8.24.0023; Florianópolis; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida; DJSC 29/03/2019; Pag. 497)

Ademais, impende ressaltar que o acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova ora pretensamente ilícita, havendo outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente, não havendo falar em nulidade processual, como será exposto na análise do mérito recursal.

Nulidade por ausência de enfrentamento de teses defensivas e por negativa de diligências requeridas – apelante Bruno

Argumenta a defesa de Bruno que há nulidade no feito em razão da “*ausência de enfrentamento das teses defensivas, haja vista que em várias oportunidades a defesa requereu diligências no sentido de comprovar a origem lícita do dinheiro e tais pedidos não foram apreciados e na sentença o sentenciante afirma que não houve manifestação em tempo oportuno e deixara de analisar os requerimentos da defesa agindo de forma inquisitiva*” (f. 2909-2934). Assevera, em suma, que requereu a oportunidade de se manifestar acerca dos elementos de provas fornecidos pelo juízo Goiânia, requereu diligências no sentido de comprovar a origem lícita do dinheiro apreendido, bem como arrolou o sogro como testemunhas, entre outros, mas os pedidos foram negados pelo juízo.

Referidos pontos foram enfrentados pelo magistrado singular na decisão de f. 2354-2364 de forma suficiente e bem fundamentada, esclarecendo que não houve prejuízo ao réu e que as diligências requeridas eram dispensáveis ao Juízo para formação da convicção. Por oportuno, transcreve-se trecho da decisão de indeferimento das referidas diligências pelo julgador de 1ª instância:

“(…) O art. 402 do CPP estabelece que “produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”. Trata-se, portanto, de momento destinado à complementação das diligências probatórias, e não para reabertura da fase de instrução processual. Destaco, nesse ponto, que o momento adequado para a defesa requerer a produção de provas é a resposta à acusação, conforme dispõe o art. 396-A do CPP: “na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”.

No caso em análise, observo que o réu Bruno Saraiva Mota de Souza, em sua resposta à acusação (f. 839-849), não solicitou a produção de outra prova senão a testemunhal. Nesse sentido, é descabido o requerimento de prova pericial ou prova documental formulado às f. 2.350-2.353, ante sua evidente preclusão, já que não são diligências complementares, mas pedido de produção de provas que poderia (e deveria) ter sido apresentado em momento processual oportuno.

Essa é a lição de Renato Brasileiro de Lima:

[...] O requerimento a ser feito por ocasião do final da audiência deve se referir a diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Em outras palavras, se a necessidade daquela diligência já existia à época do início do processo, tal requerimento já deveria ter sido formulado pelo Ministério Público ou pelo querelante quando do oferecimento da peça acusatória; pelo lado da defesa, o momento procedimental correto seria o da apresentação da resposta à acusação, já que o próprio art. 396-A estabelece que, na resposta, o acusado deve alegar tudo o que interesse à sua defesa, assim como especificar as provas pretendidas [...] (Manual de Processo Penal. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1.305).

No tocante ao requerimento de solicitação junto as companhias aéreas da listagem de passageiros que realizaram o itinerário “Sonora-Goiânia” entre os dias 15 e 19 de abril de 2016, também não merece acolhimento. E três são os motivos para o indeferimento: a uma, porque Sonora/MS não conta com aeroporto (os mais próximos estão em Rondonópolis/MT e Campo Grande/MS); a duas, porque o réu não esclareceu qual testemunha referiu que ele retornou à sua residência em voo comercial, tratando-se de argumento vago e impreciso; a três, porque o réu foi preso em Goiânia/GO com documento de identificação falso (1.104-1.132), de maneira que nada adiantaria analisar a lista de passageiros que embarcaram no período em algum dos aeroportos mencionados.

Por fim, com relação ao pedido de solicitação às concessionárias das imagens de monitoramento das rodovias que ligam Sonora/MS a Goiânia/GO, por evidente, não merece deferimento. Ora, são diversas as rotas (principais e marginais) que interligam as duas cidades, o que torna inútil o requerimento formulado, já que não permitirá comprovar fato algum. Demais disso, o pedido é genérico, pois a defesa não especificou de qual rodovia deseja obter as imagens ou a concessionária que a administra, e desse modo, não pode ser aceito.” – f. 2354-2364.

Outrossim, a defesa não identifica com clareza em que teria consistido o efetivo prejuízo, logo, não há que se falar em nulidade, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal²⁹, quando houve a análise das provas efetivamente produzidas, diante da livre apreciação pelo julgador.

Além disso, levantar suposição vaga de que os policiais teriam plantado provas na residência do réu é versão que não merece qualquer credibilidade diante do contexto fático exposto. Assim como elementos periféricos apontados, consistentes em envelopes de banco diverso são insuficientes para desconstituir o robusto conjunto probatório, considerando que sequer houve pedido de realização de perícia do dinheiro apreendido na residência de Bruno, no momento processual oportuno, mesmo estando disponível desde o início na conta judicial (f. 2374).

²⁹ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

À evidência, pretender diligências e perícias de tais ilações defensivas acarretaria a desnecessária protelação do desenvolvimento do processo, configurando abuso de defesa, como leciona RENATO BRASILEIRO³⁰:

“(...) Daí porque juízes Tribunais devem assegurar às partes o exercício pleno do direito de ação e de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas. Isso, todavia, não significa dizer que a produção de determinada prova seja recusada, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.”

Ressalte-se que os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante, são uníssonos, firmes e coerentes e ao relatarem os fatos demonstram de forma indubitável a coautoria do apelante, sobretudo pelas circunstâncias em que se deram os fatos.

O testemunho de policiais é considerado idôneo, capaz de embasar uma condenação, quando em consonância com o conjunto probatório, sobretudo porque não há nos autos nenhuma prova que eles tivessem algo contra o apelante ou interesse próprio na investigação do fato criminoso.

Guilherme de Souza Nucci defende a validade dos depoimentos prestados por policiais nos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes:

“[...] preceitua o art. 202 do CPP que ‘toda pessoa pode ser testemunha’, logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho.”³¹

Além da idoneidade dos policiais, agentes investidos pelo Estado, há que ressaltar a vultosa quantia em dinheiro apreendida na residência do réu - R\$ 37.850,00 (trinta e sete mil oitocentos e cinquenta reais) -, é inadmissível acolher a versão isolada do apelante de que os policiais teriam a posse de todo esse dinheiro livremente no curso das investigações e do valor tenham disponibilizado para gratuita incriminação do réu.

Colaciono o julgado:

“(...) Inaceitável o argumento de que a polícia teria “plantado” a droga com a finalidade de acusar o réu pois, além de os relatos dos policiais militares serem coesos e lógicos, não ficaram comprovados quaisquer motivos particulares capazes de viciá-los. c) É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações (...)” (STF, HC nº. 87662/PE, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ. 05/09/2006). (...) (TJ-PR - ACR: 7030246 PR 0703024-6, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 25/11/2010, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 525)

Ademais, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, cabe ao apelante comprovar o alibi por ele invocado para afastar a autoria delitiva, o que não se desincumbiu de fazê-lo, arrolando inclusive como testemunha seu sogro, que sabidamente somente poderia ser ouvido como mero informante em face da ligação de parentesco.

Por fim, como bem pontuou o i. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antonio Siufi Neto:

“Quanto aos pedidos de diligências que a defesa citou que os fez, mas foram indeferidos, sem aprofundar nas questões de mérito, temos que a magistrada também agiu com acerto.

Ora, sabe-se que a fase disciplinada pelo artigo 402 do CPP é destinada à complementação das diligências, de modo que as partes podem requerer o que entenderem de direito.

30 BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**: vol. único. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

Entretanto, considerando que o magistrado é quem preside a instrução, sobretudo, é o destinatário da prova, cabe a ele avaliar a necessidade e conveniência dos requerimentos efetuados pelas partes, de modo a prover a regularidade do processo, podendo, inclusive, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, a teor do que dispõe o art. 400, § 1º do CPP.

No caso dos autos, a magistrada julgadora indeferiu o requerimento de produção de prova pericial e testemunhal porque entendeu que não foi apresentado no momento oportuno para tanto, já que ao final da instrução só são admitidas diligências complementares cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, o que não se verificou no caso dos autos, entendimento que compactuamos.

Ademais, as diligências não se mostraram imprescindíveis como afirma a defesa, isso porque o dinheiro apreendido com o recorrente Bruno não foi o único de elemento de prova que influenciou no convencimento da julgadora, conforme se verá mais a frente.” – f. 3023-3054

Afasta-se as referidas preliminares.

Mérito

A alegada nulidade sob alegação de utilização exclusiva de elementos oriundos de inquérito policial não convalidados judicialmente para condenação, é questão afeta ao mérito e com ele será analisado, pois no mérito, requer sua absolvição por ausência de provas.

As provas acerca da materialidade foram elencadas na sentença nas f. 2642-2650, dando norte para identificação da autoria delitiva e submetidas ao crivo do contraditório no caderno processual encartado nestes autos e nos Autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055 e 0000537-59.2016 em apenso.

As investigações se iniciaram por meio das imagens das câmeras de segurança da rodovia em que identificou-se os veículos utilizados para fuga após o roubo (as duas caminhonetes - Mitsubishi L200, branca, placas OAQ - 3996 e Hylux, de cor preta, placas NGS – 1565) – f. 391-399 dos autos apensos.

Apurou-se que a caminhonete L200 pertencia ao coautor José Ronaldo, que possuía condenação pela prática de crime de roubo na modalidade “Novo Cangaço” - expressão midiática para definir crimes que causam terror no meio social em cidades do interior do país, em identidade no modo de execução com o presente.

Pois bem. Identificado José Ronaldo, ouvido na fase inquisitiva (f. 236-237 – Autos nº 0000502-02.2016) e em juízo (mídia f. 2241), confirmou que o corréu Wellington (vulgo Boi) pediu-lhe a caminhonete emprestada, todavia, que não sabia do roubo e que somente confirmou na fase inquisitorial por ter sido torturado. Que demorou cinco dias até a devolução do veículo. Repisa-se, admite que houve o “empréstimo” de seu automóvel ao corréu Wellington.

Ao ser apreendido referido veículo, encontrou-se em seu interior um aparelho de celular, que foi periciado as f. 712-739, e de onde extraiu-se a conversa por meio do aplicativo *whatsapp* que demonstra os preparativos e conluio entre Wellington e Wemerson, de alcunha “Biba”, para a execução do roubo, bem como fotos de grande quantidade de dinheiro em cima de uma cama.

Wellington apesar de narrar com riqueza de detalhes toda a empreitada criminosa, descrevendo a divisão de tarefas e responsabilidades na prática criminosa, na fase inquisitorial (f. 37-39 dos Autos nº 0000537-29.2016), retificou as narrativas em juízo, contudo reafirmou que conhece “Biba”, que pegou a caminhonete emprestada de José Ronaldo e que seu telefone celular foi encontrado no interior do referido veículo, bem como admitiu que o e-mail victor4747@gmail.com.br, descrito no laudo pericial supramencionado, era seu (mídia f. 2243).

Embora queira imputar a alcunha de “Biba” a terceira pessoa, de nome Diogo, a versão é mera tentativa de confundir a apreciação das provas.

A imagem capturada pelas câmeras do pedágio acostada a f. 28 permitem clara visualização de Wemerson.

Destaca-se o relatório das investigações policiais de f. 126-129, que transcreve-se:

“Conforme mencionado acima, no dia 17.05.2016, na cidade e Várzea Grande/MT, foi dado cumprimento ao mandado de prisão temporária expedido em desfavor do indiciado José Ronaldo dos Santos, vulgo “Aldo”, o qual estava em poder da caminhonete Mitsubishi/L200, de cor branca e placas OAQ – 3996 e 05 (cinco) aparelhos celulares. Foi realizada a análise dos aparelhos celulares apreendidos em poder do indiciado José Ronaldo, a fim de colher informações pertinentes à apuração dos delitos. Assim, constatou-se que os aparelhos celulares haviam sido utilizados pela organização criminosa que realizou o roubo na agência do Banco do Brasil em Sonora/MS.

(...) em um dos celulares havia uma longa conversa no aplicativo Whatsapp, nos dias que antecederam ao roubo, entre o dono do aparelho (Wellington Xavier de Campos Paulucci Vieira, vulgo “Boi”) e “Biba” (Wemerson Felipes Alves) de número (62) 9491-0695.

A identificação de ambos foi possível, porque Wemerson Felipe Alves, vulgo “Biba”, realizou uma transferência bancária utilizando a sua conta nº 013.00.003.622-7, Caixa Econômica Federal, Agência 3723, Parque das Laranjeiras, em Goiânia/GO, tendo como beneficiária Bruna Tariane Alexandrina da Silva (esposa do Wellington), a qual possui a conta nº 013.00.042.776-2, agência 0790, Várzea Grande/MT.

Tal movimentação foi realizada após Wellington encaminhar a fotografia do cartão bancário de sua esposa e Wemerson, por sua vez, enviar fotografia do comprovante de transferência: (fotografia nos autos – f. 127)

A transferência, conforme se denota da conversa pelo whatsapp, referiu-se ao pagamento de combustível para que Wellington fosse “olhar a estrada”, ou seja, realizar o estudo da rota de chegada e fuga do assalto. A longa conversa entre Wellington e Wemerson pelo whatsapp, depois corroborada pela sua confissão policial, deixou evidente que “Boi” foi a pessoa que:

Conseguiu os veículos (roubados) utilizados na ação criminosa: Mitsubishi/L200, GM/Ônix e Fiat/Strada;

Conseguiu munições (“balotes”) e parte das armas usadas no assalto (“brutona”, “burrona”, “leãozinho”);

Adquiriu celulares descartáveis (“bombinha”, “pebinha”);

Comprou combustível e providenciou galões;

Deu pouso aos demais comparsas, conseguindo “colchões”;

Teria recebido como sua parte do dinheiro subtraído o valor de R\$ 20.000,00, que foi utilizado para adquirir um veículo VW/Fox;

Pagou R\$ 4.000,00 para José Ronaldo dos Santos, vulgo “Aldo”, pelo empréstimo da caminhonete Mitsubishi/L200;

Conseguiu “shampoo” (explosivos) na “pedreira” capazes de “interditar” a rodovia BR “364” (BR 163 que liga Sonora/MS a Mato Grosso);

Viu o “caminho”, ou seja, estudou o trajeto de chegada e fuga dos assaltantes;

Providenciou roupas (“gandola”, “blusa preta”); e,

“contratou” Márcio “Sherek” para guardar a grande quantidade artefatos explosivos encontrados em poder deste.”

Referido relatório ainda, passa a transcrever trechos das conversas nas f. 129-136 dos autos, de fácil conclusão acerca da empreitada criminosa arquitetada.

Em cumprimento a mandado de prisão, Bruno Saraiva, vulgo “Mezenga”, foi preso na casa onde residia na cidade de Goiânia/GO – f. 1104-1132, sendo encontrado na residência armas e munições (uma pistola PT 100 com numeração raspada, carregada com 13 munições de .40 e 499 cartuchos calibre .223), caderneta de anotações com nomes e valores, a quantia de R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), sendo várias notas de dinheiro parcialmente queimadas, 5 envelopes de depósito da Caixa Econômica Federal, alavanca de metal, talhadeira e chave de fenda, além de documento de identidade falsa em nome de “Douglas Zago de Sousa”, que utilizava.

Na casa de Márcio foi encontrado um tonel de explosivos semelhantes ao utilizado no roubo e este confirmou em juízo, que tais artefatos lhe foram entregues por Wellington para guardar, pelo que receberia R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – mídia f. 2242.

O corréu Márcio narrou detalhadamente ainda que, foi contratado por Wellington para “bater estrada”, ou seja, repassar informações acerca de barreira policial no caminho, pois iria praticar um “roubo à caixa eletrônico”. Disse que no dia dos fatos encontrou-se com um grupo de aproximadamente sete integrantes e que ocupavam os veículos das marcas Strada, um Ônix e uma Hylux (mídia f. 2242).

Embora não reconheça visualmente em audiência os réus Bruno e Wemerson tal fato não é suficiente para desconstituir todo o arcabouço probatório que segue firme inclusive com as narrativas extrajudiciais prestadas pelo réu Wellington.

Na fase extrajudicial, Bruna Tatiane, convivente de Wellington narrou que quem movimentava sua conta é seu companheiro (f. 25), os extratos de f. 26-36 (dos Autos apensos 0000537-59.2016), demonstram movimentação bancária que soma aproximadamente R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais). Em juízo, Wemerson admite depósito bancário efetuado na conta da convivente de Wellington, contudo, alega que refere-se a valor de empréstimo efetivado a este, versão esta isolada e destituída de comprovação.

Os policiais Paulo José dos Santos Queiroz, Alvimar Melo Valério, Fabiano Alécio Manfrin e Fabio Però Correa Paes, confirmaram os elementos que comprovam a autoria criminosa dos réus nas investigações por meio das fotos das câmeras de pedágio e narrativas extrajudiciais dos corréus, negando veementemente que tenham praticado qualquer agressão física, psicológica ou emocional para obtenção dos depoimentos da fase inquisitiva (mídias f. 1314 e 1315-1316 nos Autos em apenso 000537-59.2016).

A inexistência de lesões são atestadas nos autos, como bem resumiu a i. magistrada singular:

“De outro norte, em que pese a existência de investigação em curso para apuração de eventual tortura capitaneada pelo GACEP/MPMS, e às declarações do réu colaborador em sua autodefesa (f. 2.243), até o momento, inexistente comprovação acerca das agressões físicas e ameaças supostamente praticadas pelos policiais, conforme noticiado, não sendo possível cogitar de nulidade da colaboração premiada por ausência de voluntariedade na celebração do negócio jurídico processual com base no motivo deduzido pela defesa.

Em análise as declarações prestadas pelo colaborador e gravadas em vídeo (Autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055), em princípio, constata-se sua tranquilidade, calma e clareza para retratar os fatos, em contexto que passa longe de uma sessão de tortura, ou então, da expressão e do ânimo de quem teria sofrido tamanhas agruras, conforme relatou em seu interrogatório (f. 2.243).

Outro aspecto digno de nota é que durante a instrução processual, a defesa técnica do corréu (Wemerson) foi quem levantou a tortura, e somente após tal arguição, foi que a defesa do coautor colaborador (Wellington), também, pleiteou o reconhecimento da nulidade da referida delação. Situação que causa profunda estranheza, afinal, caberia ao

próprio colaborador “não só no exercício da autodefesa, mas também (e principalmente) por intermédio da defesa técnica” apontar eventual invalidade no termo celebrado.

Todas as peças do Procedimento Investigatório Criminal nº 06.201600001050-5 realizado pelo GACEP/MPMS foi juntado aos autos (f. 3158-3679).

Pelo depoimento do acusado Wellington (f. 3232 - Autos nº 0000537-59.2016), este afirmou que esteve com um médico em Sonora, e que quando chegou no Garras foi ao IML, mas ele nem teria tirado sua roupa (f. 3255).

Na audiência de verificação pessoal do acusado Wemerson (f. 3300-3301), o Juízo de Campo Grande não verificou nenhuma lesão conforme narrado por ele (olhos inchados) e mancando da perna.

Laudo (f. 3413-3414) realizado na data de 30/06/2016 constatando ausência de lesões no réu Wemerson. Laudo (f. 3415-3417) também verificado ausência de lesões.

Laudos realizados por médicos plantonistas de Sonora (f. 3424-3425) constando ausência de lesões nos acusados.

Termo de declaração do médico Dr. Moisés Jajah Nogueira afirmando que foi até a Delegacia de Sonora para realizar exame de corpo de delito no denunciado Wellington (31/05/2016), e que não constatou nenhuma lesão. Afirmou que conversou com o preso, perguntou se ele havia sofrido alguma lesão e ele respondeu negativamente. Ainda assim procedeu a avaliação física e não constatou sinais ou vestígios de lesões corporais recentes. Foi realizado um exame físico detalhado, apesar de certa resistência do preso. Quanto as partes íntimas o depoente informe que foi realizado o exame completo. (f. 3532-3533)

Termo de declaração do médico Dr. Izidro Julio Cardoso que atendeu o acusado Wemerson e afirmou que realizou exame de corpo de delito na data de 25/06/2016. Contou que ao conversar com o réu, este lhe disse que estava sentindo dor nas regiões inguinais, porque viajou muito tempo sentado e era portador de hérnia. Ele disse que não apresentava nenhuma lesão pelo corpo. Wemerson não se queixou de ter sido vítima de agressões ou excessos pelos policiais (f. 3534-3535).

Assim, o próprio PIC não reuniu prova suficiente de que o colaborador ou até mesmo seu comparsa teriam confessado o delito sob tortura.

O que se tem, são declarações unilaterais, que não foram corroboradas durante a instrução do referido procedimento instaurado pelo GACEP/MPMS.

Ora, os acusados afirmaram em suas declarações que foram vítimas de tortura e que não teriam se consultado, nem em Sonora, nem em Campo Grande, com médico. Nesse contexto, tais alegações estão isoladas, já que foi juntado aos autos, não só os laudos realizados, mas também as declarações dos médicos.” -f. 2618- 2749.

Consta no relatório de f. 126, fotografia de depósito efetivado por Wemerson na conta bancária da esposa de Wellington (f. 127).

Por fim, impende destacar que o processo em que se apura eventual crime de tortura (cópia nas f. 3169-3690 dos Autos nº 0000537-59.2016), constam como vítimas apenas Wellington e Wemerson, de forma que os demais depoimentos prestados na fase inquisitiva não padecem de qualquer eiva de nulidade. Vejamos.

José Ronaldo dos Santos, em seu depoimento extrajudicial narrou (f. 236-237):

“(…) que o interrogando nega veementemente ter participado do roubo a banco ocorrido no dia 18 de abril do corrente ano na cidade de Sonora/MT, mas confirma ser proprietário da camionete L200, placa OAQ – 3993, de cor branca há quase dois

anos, bem como revela que durante o mês de abril, o interrogando foi procurado por um conhecido chamado Wellington Xavier de Campo Paulucci Vieira, vulgo “Boi”, solicitando sua camionete emprestada para fazer uma “bronca”, sendo que no primeiro momento o interrogado negou emprestar seu carro; que, passado cerca de 05 dias. “Boi” novamente procurou o interrogado em sua chácara para tentar convence-lo a emprestar seu carro, sendo que dessa vez “Boi” estava acompanhado de uma outra pessoa conhecida pelo apelido de “Sherk”; que, “Sherk” revelou ao interrogado que ele seria do Estado do Pará e que teria vindo a Cuiabá/MT para participar do roubo; que, o interrogado acabou aceitando emprestar seu carro, sob a promessa de recompensa, já que “Boi” falou que iria usar o carro para levar alguns comparsas para fazer um roubo à banco, não revelando maiores detalhes nesse primeiro momento, somente explicando que camionete L200 não iria aparecer na cidade; que, quando “Boi” retornou com a camionete do interrogado, alegou que não teria dado certo o roubo, mas no dia seguinte, o interrogado encontrou com “Boi”, ocasião em que ele acabou confessando que o roubo teria dado certo, mas disse que somente teria levado cerca de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), dando como pagamento a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais); que, o interrogando gastou R\$ 2.000,00 com pagamentos de contas e os outros R\$ 2.000,00 utilizou para comprar um freezer horizontal; que, “Boi” ainda revelou ao interrogando que Marcelo, vulgo “Chita” também participou do roubo, como ainda teria fornecido algumas das armas de fogo utilizadas na ação criminoso, sendo um fuzil calibre 556 e duas metralhadoras (...).”

Corroborando os relatos, há o interrogatório na fase inquisitiva de Márcio Rodrigues da Costa (f. 120-123):

“(…) que no dia 17.04.2016, por volta das 12h, o interrogando recebeu uma ligação de “Boi”, o qual pediu que fosse até o Posto Canário, na Av. Alzira Santana, em Várzea Grande; que foi até o Posto Canário e lá se encontrou com “Boi” e “Marcelo”, os quais chamaram o interrogando para participar de roubo “a caixa eletrônico para frente de Rondonópolis”; que prometeram ao interrogando o valor de R\$ 500,00 para dirigir uma caminhonete Mitsubishi Triton L200; que a função do interrogando seria ir até Rondonópolis/MT e “olhar” a rodovia, avisando qualquer movimentação de viaturas policial que seguissem no sentido de Mato Grosso do Sul; que, após o assalto, o interrogando deveria levar outras pessoas na caminhonete para Cuiabá/MT; que o interrogando aceitou a proposta; que, por volta das 13h, o interrogando pegou de “Boi” a caminhonete Mitsubishi L200 nas imediações do Posto Canário; que, por volta das 17h, combinou de se encontrar com “Boi” na “cabeceira” da Ponte Mário Andreazza, em Cuiabá/MT; que o interrogando tinha conhecimento que havia outros veículos que haviam se dirigido para Rondonópolis/MT; que, entretanto, todos os veículos foram até Rondonópolis/MT seguindo por uma estrada de chão por dentro do município de Barão de Melgaço/MT; que, por volta das 21h, na estrada de chão de Barão de Melgaço/MT, o interrogando, na condução da caminhonete Mitsubishi L200, encontrou-se com os outros veículos envolvidos no assalto, sendo um GM/Ônix de cor branco, ocupado por “Boi” e um “rapaz magrinho”; um Fiat/Strada ocupado por “Marcelo” e um “rapaz que não conhece”; e, Toyota/Hilux, ocupada por “Paraíba” e outros dois rapazes, sendo um deles um “moreninho” e o outro “barbudo”; que um dos pneus do GM/Ônix havia estourado e “Boi” o substituiu pelo estepe da Fiat/Strada; que não esperou a troca dos pneus, porque o rapaz que acompanhava “Boi” no GM/Ônix disse para o interrogando “ir na frente” para ver se tinha fiscalização e abordagem da polícia rodoviária em Rondonópolis/MT; que, antes de sair daquele local, esse rapaz entregou ao interrogando um aparelho celular pequeno com 02 (dois) chip’s, sendo um da Vivo e outro da Claro; que também havia dois números registrados no aparelho, para os quais o interrogando deveria ligar, caso notasse qualquer movimentação policial; que o interrogando chegou em Rondonópolis/MT e ficou esperando por alguns minutos no Posto Ursão, que fica na saída da cidade; que, em razão da demora da chegada dos outros veículos, o interrogando foi até a entrada de Rondonópolis/MT, momento em que viu os veículos GM/Ônix, Fiat/Strada e Toyota/Hilux seguindo no sentido de Sonora/MS; que então o interrogando se posicionou novamente no Posto Ursão, onde ficou esperando a realização do assalto; que, reafirma que ficou incumbido de “olhar a rodovia” e trazer os assaltantes de Rondonópolis a Cuiabá; que deveria dizer “sujou” ou “cinco, seis”, fazendo ao número de viaturas policiais que seguissem para Sonora/MS; que entre 01h às 03h o interrogando ligava para os dois números que estavam gravados no celular, mas só estavam

desligados; que o interrogando resolveu ir embora sozinho por volta das 04h, pois pensou que o roubo havia “dado errado” e os assaltantes haviam sido presos; que o interrogando seguiu pela rodovia BR 364 e chegou em Cuiabá por volta das 07h30min; que foi direto para sua casa e, por volta das 12h “Boi” apareceu em sua casa para buscar a caminhonete Mitsubishi; que “Boi” brigou com o interrogando, porque não havia esperado os demais; que o interrogando argumentou que o celular para qual ligava só estava desligado; que “Boi” falou que todos os assaltantes voltaram na caminhonete Toyota/Hilux para Cuiabá/MT, seguindo pela estrada de Barão de Melgaço/MT; que “Boi” falou que havia “dado tudo certo” e haviam pegado “a boa”, referindo-se ao dinheiro do banco; que o interrogando entregou a caminhonete Mitsubishi L200 para “Boi”, o qual retornou em sua casa no dia 19.04.2016, por volta das 18h, conduzindo um VW/Fox de cor branco; que “Boi” pagou ao interrogando R\$ 500,00 pelo “serviço” realizado com a caminhonete Mitsubishi/L200 e que lhe daria R\$ 2.500,00 para esconder um tonel contendo artefatos explosivos em sua casa; que o interrogando aceitou a proposta e enterrou o tonel no quintal da sua casa; que “Boi” o interrogando disse que iria buscar o tonel em 15 dias; que nos dias seguintes conversou com “Marcelo”, o qual disse que tinham subtraído R\$ 200.000,00 e não “um milhão” como estava sendo divulgado na imprensa; que “Paraíba” também disse que o interrogando só iria ganhar R\$ 3 mil, porque tinha menos dinheiro no banco do que o esperado e que o interrogando não havia se deslocado até Sonora; que “Paraíba” sabia que estava guardando o tonel com artefatos explosivos e, inclusive, pediu que o interrogando tirasse uma foto de um carretel de cordel explosivo para mandar para ele via Whatsapp; que os números de “Paraíba” estão cadastrados com o nome de “Turista” e “Turista2”, sendo os ramais (65) 9621-9366 e (65) 9938-2201; que o telefone de Waldir Fabriciano Duque, vulgo “Marcelo” ou “Tarzan” está cadastrado com nome de “Marcelo Wal” e possui o ramal (61) 8365-5277.”

Conclui-se de todo arcabouço probatório produzido na fase inquisitiva e ratificado judicialmente que é de manter-se as condenações pelo crime de roubo majorado.

Dosimetria das penas

Requerem os apelantes a redução das penas para o mínimo legal.

Não há qualquer alteração a ser feita na bem lançada sentença, conforme transcreve-se:

6.3) Do condenado Wemerson Felipes Alves

Autos nº 0000646-73.2016.8.12.0055. Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observo que o réu Wemerson Felipes Alves agiu com culpabilidade elevada, pois além de participar ativamente do roubo em si, ele foi o responsável por planejar toda a execução, reunir os corréus, indicar onde os veículos, explosivos e armas poderiam ser adquiridos; os antecedentes lhe prejudicam, já que ele possui duas condenações uma que será analisada nesta fase e outra que será analisada na segunda fase. Consta da certidão de antecedentes criminais (f. 2402-2403), uma condenação pelo crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, data do fato e do trânsito em julgado foram anteriores ao dos autos (incidência número 03 - f. 2403); não há informações nos autos quanto à sua conduta social e nenhum elemento foi coletado com relação à sua personalidade, nada tendo a valorar; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias “consistente nos elementos acidentais, não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito”, lhe prejudicam, pois durante a prática do roubo foram disparados vários tiros contra prédios públicos (delegacia de polícia, batalhão da polícia militar, prefeitura, etc.), viaturas da polícia, que estavam estacionadas nos pátios de suas respectivas unidades policiais, momento em que também utilizaram um refém como escudo humano e durante a fuga foram efetuados vários disparos para o alto e contra dois funcionários da empresa que concessionária que explora a rodovia (BR163); as consequências - consistente no mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico - também lhe prejudicam, pois além do temor social causado pela ação criminosa, a agência bancária ficou totalmente destruída, a população ficou quase dois dias sem atendimento bancário, tendo que se deslocar até as cidades vizinhas para fazer saques, depósitos e etc., uma pessoa foi ferida

por projétil de arma de fogo perdido, um dos reféns (Alberto Fernandes de Oliveira) ficou com problemas de audição causado pelos disparos efetuados próximos ao seu ouvido, um policial civil (Cristiano Mello Monteiro) está afastado de suas funções em razão de problemas psicológicos decorrentes do episódio; as vítimas nada contribuíram para o delito. Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

Na segunda fase, concorrem a circunstância agravante prevista no art. 61, I (reincidência - incidência 4 de f. 2403), com a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, "d" (confissão espontânea extrajudicial), ambos do Código Penal, e à luz da posição jurisprudencial dominante pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendo que ambas devem ser compensadas (REsp 134.137/MT, 3ª Seção, julgado em 10/04/2013, pelo rito do art. 543-C do ACPC). Presente, no entanto, a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal (promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes), pois segundo consta dos autos o réu arquitetou, organizou e dirigiu a atividade dos corréus, razão pela qual agravo a pena intermediária em 01 (um) ano, 03 (três) meses e 10 (dez) dias e 02 (dois) dias-multa. Como corolário lógico dessa equação, fixo a pena intermediária deste réu, em 07 (sete) anos e 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Na terceira fase, ha três causas de aumento especiais de pena a serem consideradas, previstas no mesmo artigo, § 2º inciso I, II e V, do art. 157 do CP, de forma que exaspero a pena no máximo legal (½), pois o crime foi cometido por vários agentes, os quais portavam armas de grosso calibre, fazendo duas pessoas como reféns, usando uma delas como escudo humano, fatos que reduziram a zero a reação das vítimas e a ação da polícia. Além disso, as unidades policiais, o prédio da prefeitura municipal e as viaturas da polícia militar e civil, além dos veículos particulares dos policiais, foram alvejados com rajadas de tiros, os quais ficam danificados (f. 1254-1257 e 1259-1269). Soma-se a isso o prejuízo sofrido pela agência bancária que além dos danos no valor de R\$ 795.502,00 (setecentos e noventa e cinco mil e quinhentos de dois reais), referente ao numerário subtraído e/ou destruído pelos explosivos, teve um prejuízo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões) com a destruição do prédio, mobiliário e equipamentos (f. 1252-1253) e assim, 4 majoro a pena em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e 08 (oito) dias-multa. Como corolário lógico dessa equação, fixo a pena definitivamente em 11 (onze) anos e 08 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Fixo o valor unitário do dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo em vista que não há elementos que indiquem a capacidade financeira do apenado. O valor deverá ser monetariamente corrigido desde a data do fato.

Para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, fundada nas razões expendidas nesta sentença e com espeque no art. 33, § 2º, "a", c/c art. 33, § 3º e art. 59, todos do Código Penal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, tendo em vista que as circunstâncias judiciais lhes são desfavoráveis, e ainda trata-se de sentenciado reincidente.

Em atenção ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, esclareço que o acusado permaneceu preso preventivamente por este feito, mas o cômputo do tempo de sua custódia cautelar em nada interfere nesta fase, não sendo apto a alterar o regime inicial de cumprimento da pena.

Deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não estarem presentes no caso os requisitos do art. 44 do Código Penal, do mesmo modo deixando de suspender a execução da pena ante a vedação do art. 77, caput, do Código Penal.

6.4) Do condenado Bruno Saraiva Mota

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observo que o réu Bruno Saraiva Mota agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo o que valorar; registra maus antecedentes (f. 2401), porém, isso será sopesado na segunda fase (reincidência); não há informações nos autos quanto à sua conduta social e nenhum elemento

foi coletado com relação à sua personalidade, nada tendo a valorar; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias - consistente nos elementos acidentais, não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito -, lhe prejudicam, pois durante a prática do roubo foram disparados vários tiros contra prédios públicos (delegacia de polícia, batalhão da polícia militar, prefeitura, etc.), viaturas da polícia, que estavam estacionadas nos pátios de suas respectivas unidades policiais, momento em que também utilizaram um refém como escudo humano e durante a fuga foram efetuados vários disparos para o alto e contra dois funcionários da empresa que concessionária que explora a rodovia (BR163); as consequências - consistente no mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico - também lhe prejudicam, pois além do temor social causado pela ação criminosa, a agência bancária ficou totalmente destruída, a população ficou quase dois sem atendimento bancário, tendo que se descolar até as cidades vizinhas para fazer saques, depósitos e etc., uma pessoa foi ferida por projétil de arma de fogo perdido, um dos reféns (Alberto Fernandes de Oliveira) ficou com problemas de audição causado pelos disparos efetuados próximos ao seu ouvido, um policial civil (Cristiano Mello Monteiro) está afastado de suas funções em razão de problemas psicológicos decorrentes do episódio; as vítimas nada contribuíram para o delito. Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, concorrem a circunstância agravante prevista no art. 61, I (reincidência -f. 2401), não há circunstância atenuante. Assim, exaspero a pena intermediária deste réu, restando em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 14 (doze) dias-multa.

Na terceira fase, ha três causas de aumento especiais de pena a serem consideradas, previstas no mesmo artigo, § 2º inciso I, II e V, do art. 157 do CP, de forma que exaspero a pena no máximo legal (½), pois o crime foi cometido por vários agentes, os quais portavam armas de grosso calibre, fazendo duas pessoas como reféns, usando uma delas como escudo humano, fatos que reduziram a zero a reação das vítimas e a ação da polícia. Além disso, as unidades policiais, o prédio da Prefeitura Municipal e as viaturas da polícia militar e civil, além dos veículos particulares dos policiais, foram alvejados com rajadas de tiros, os quais ficam danificados (f. 1254-1257 e 1259-1269). Soma-se a isso o prejuízo sofrido pela agência bancária que além dos danos no valor de R\$ 795.502,00 (setecentos e noventa e cinco mil e quinhentos de dois reais), referente ao numerário subtraído e/ou destruído pelos explosivos, teve um prejuízo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões) com a destruição do prédio, mobiliário e equipamentos (f. 1252-1253) e assim, 6 majoro a pena em 03 (três) anos e 02 (dois) meses e 07 (sete) dias-multa. Como corolário lógico dessa equação, fixo a pena definitivamente em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 25(vinte e cinco) dias-multa.

Fixo o valor unitário do dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo em vista que não há elementos que indiquem a capacidade financeira do apenado. O valor deverá ser monetariamente corrigido desde a data do fato.

Para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, fundada nas razões expandidas nesta sentença e com espeque no art. 33, § 2º, “b”, c/c art. 33, § 3º e art. 59, todos do Código Penal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, tendo em vista que as circunstâncias judiciais lhes são desfavoráveis, e ainda trata-se de sentenciado reincidente.

Em atenção ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, esclareço que o acusado permaneceu preso preventivamente por este feito, mas o cômputo do tempo de sua custódia cautelar em nada interfere nesta fase, não sendo apto a alterar o regime inicial de cumprimento da pena.”

Não há qualquer reparo a ser feito na valoração realizada às circunstâncias judiciais, pois guardam correlação lógica com as moduladoras respectivas e de forma idônea, amparadas nos elementos concretos, colhidos na ação penal.

Detalhada e muito bem fundamentada a avaliação feita pela nobre Magistrada de 1º Grau, mantém-se o apenamento intacto em todas as fases da dosimetria da pena, inclusive quanto às majorantes.

Em face do *quantum* da pena, não há que se falar em substituição por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal.

Recurso do Ministério Público

Não merece amparo a pretensão acusatória de reforma da sentença a fim de que os réus sejam condenados também nas sanções dos artigos 163 (dano), parágrafo único, incisos I, II, III e IV (por uma vez); art. 163, parágrafo único, incisos I, III e IV (por três vezes); art. 180 (receptação), *caput* (por duas vezes); art. 251 (explosão), *caput*; art. 311 (adulteração placas de veículo), *caput*, todos do Código Penal; art. 2º, § 2º (observando-se o § 3º, quando o caso) da Lei nº 12.850/13, e ainda pelo art. 16 (porte de arma), *caput*, da Lei nº 10.826/03, todos em concurso material, nos termos do art. 69 do CP c/c artigo 62, inciso IV do mesmo Códex (quando o caso), pois todas as circunstâncias que seriam elementares dos referidos tipos penais foram utilizadas de forma brilhante pela magistrada singular para valorar o apenamento, o que de fato maior proveito acarreta para a razoável reprovação e prevenção da pena, individualizando-a de forma justa diante da enorme gravidade que o caso apresenta, considerando-se todos os elementos que aderiram às condutas delituosas na cinematográfica atuação delitiva, em que agiram os réus com o nível máximo de audácia, acuando a força policial, colocando em risco toda a comunidade local. Assim agindo a julgadora, apenou de forma justa, repito, e evitou o odioso *bis in idem*.

Certamente, dado o emaranhado de fatos e circunstâncias que envolveram a arquitetada, ousada e perigosa trama delitiva, no percurso do *iter criminis* do roubo todas as demais ações restaram absorvidas, por tal razão é que foram valoradas nas circunstâncias do delito e não como crimes autônomos.

Escorreita a bem lançada sentença, como bem observou o i. Procurador-Geral de Justiça em parecer de f. 3023-3054:

“(...) Assim, constatado o nexo de dependência ou subordinação entre os delitos acima, quais seja, dano qualificado, receptação, adulteração de sinal identificador de veículo automotor e explosão, os quais foram praticados com a finalidade específica de consumir a subtração dos valores, a manutenção da absolvição pelo princípio da consunção é a medida que se impõe.

Entretanto, discordamos no tocante a absolvição dos réus no delito do porte de armas.”

E inclusive, quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo e artefatos mantém-se a absolvição, pois embora apreendidos em data posterior ao delito, foram considerados na majoração da pena e referem-se ao mesmo contexto fático.

Além disso, posteriormente aos fatos, as armas apreendidas com o réu Bruno em sua residência, foi objeto de flagrante delito, que está sendo apurado no estado de Goiás, pois a apreensão deu-se em Goiânia, segundo se verifica do auto de flagrante juntado as f. 1104-1132.

Já os explosivos encontrados com Márcio (f. 109-110; 157-158), embora grande a quantidade, referem-se a elementos periféricos do exaurimento do delito praticado, que serviram de substrato probatório inclusive para exasperação do apenamento, logo, incidiu o princípio da consunção.

Não houve veiculação recursal acerca do pleito de condenação pelo delito de associação criminosa, descabendo ao Colegiado emitir eventual *reformatio in pejus*, mesmo porque, inarredável o entendimento já exposto pela juíza singular, cujo trecho transcreve-se:

“Insta salientar, que segundo o art.41, do Código de Processo Penal, o agente se defende dos fatos, e não da capitulação jurídica feita pelo Ministério Público na denúncia.

Na inicial constou o “modus operandi” dos acusados - o roubo majorado foi praticado na modalidade Novo Cangaço - criminosos dividiram as tarefas para o cometimento do roubo, sendo certo que, enquanto alguns indivíduos explodiam as paredes e cofres da agência bancária e subtraíam a quantia em dinheiro, outros efetuavam disparos de armas de fogo contra a delegacia de polícia civil, pelotão da polícia militar, prefeitura municipal, causando dano ao patrimônio público, no intuito de impedir a saída dos policiais que estavam em suas unidades; bem como efetuaram disparos de arma de fogo, por diversas vezes, para impedir que terceiros se aproximassem.

Ao oferecer a denúncia o próprio representante do Ministério Público alegou que deixou de oferecer denúncia contra os réus pela prática do crime de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013), já que não teria recebido todas as informações pelo órgão investigativo, de modo que este fato integraria futura ação penal (manifestação de f. 10 Autos nº 0000537-59.2016).

Com isso, tal fato não será analisado nesta sentença, tendo em vista que o Ministério Público não se desincumbiu de descrever tais condutas praticadas pelos acusados.

Pela narrativa da denúncia, percebe-se que os acusados agiram em conjunto para a prática do roubo ao banco, levando ao fato de uma possível prática do crime de Associação Criminosa, prevista no art.288, do Código Penal, que inclusive, os réus se defenderam nas alegações finais. E assim, será analisado.

Pelo conjunto probatório, verifico que praticaram o roubo mais de três pessoas. Contudo, não restou comprovado nos autos os requisitos essenciais do delito associação estável e permanência.

Cabe salientar que o referido delito pressupõe que tal associação seja caracterizada pela estabilidade e permanência, ou seja, a reunião de pessoas em sociedade para determinado fim (tornar-se sócio), havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura, e durável, quanto ao tempo (que não significa perpetuidade), entre seus integrantes. São essas características, aliás, que distinguem este delito do mero concurso de pessoas (art. 29 CP).

Desse modo, a resolução comum é, pois, indispensável, não bastando meros atos preparatórios da convenção comum, não sendo suficiente, portanto, a simples troca de ideias ou conversa ‘por ato’ acerca do fim, mas o propósito firme e deliberado, a resolução seriamente formada, com o programa a ser posto em execução em tempo relativamente próximo, de modo que se possam divisar no fato a lesão jurídica e o perigo social, contra os quais se dirige a tutela penal.

Além disso, tal associação é formada para o fim específico de cometer crimes ou uma quantidade indeterminada de crimes, pois se a associação for formada para cometer um único crime, haverá coautoria ou participação no crime praticado (concurso eventual de pessoas).

Por fim, outra importante diferença que possa ser apontada entre o crime de associação criminosa e concurso de pessoas, é que na associação criminosa pouco importa se os crimes para os quais foram constituídos, foram ou não praticados. Então, para que se constitua a associação criminosa, é prescindível a existência de uma organização detalhadamente definida, com uma hierarquia entre seus membros e repartição prevista de funções entre cada um deles.

Pode-se ainda acrescentar que se trata de atividade profissional ordinária, devidamente orquestrada e não um ideário de criminalidade episódica. Segundo remansosa orientação dos tribunais pátrios, a condenação pelo crime de associação criminosa deve ser lastreada em provas que indiquem, de forma isenta de dúvida, que os envolvidos sejam efetivamente integrantes de um grupo coeso, estável e permanente, criado para a consecução de um fim comum. (...)

De fato, nada obstante haja a pluralidades de agentes, inexistente a comprovação do vínculo associativo estável e permanente com o fim de praticar uma indeterminada série de

crimes, até porque, alguns acusados já tem condenações por roubos ao banco, mas isso, por si só, não é conclusão para o crime de associação. Diante disso, depreende-se da prova colhida que eles se uniram apenas para a prática de um único roubo.

Daí, faz-se necessária a absolvição pela prática do crime de associação criminosa prescrito pelo art. 288, parágrafo único, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, ante a ausência de provas do vínculo estável e duradouro com o fim específico de praticar crimes.” – f. 2725-2730.

No mesmo norte, quanto ao pedido de valoração negativa da culpabilidade do réu Bruno Saraiva Mota, não assiste razão ao *Parquet*, pois além dos elementos já apontados para valoração das moduladoras, não se identifica outros que extrapolem a normalidade a fim de que seja valorada negativamente.

Quanto ao pedido de fixação de valor mínimo para indenização, também não merece acolhimento, pois não houve pedido expresso na exordial, condição imprescindível para que se respeite o devido processo legal, sob pena de serem os réus surpreendidos ao final com a condenação pela indenização, pretensão da qual não se defenderam.

Improcedem os prequestionamentos ventilados, inexistindo violação a artigos de Lei.

Em parte com o parecer, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 10 de junho de 2019.

1ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0001511-27.2010.8.12.0049 - Água Clara

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA – NÃO OCORRÊNCIA – SEGUNDA PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS ROBUSTAS E COERENTES – PENA-BASE FIXADA DE ACORDO COM OS DITAMES LEGAIS, HAJA VISTA O RECONHECIMENTO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS – CAUSA DE AUMENTO DE PENA NOS TERMOS DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL – AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – RÉU SE DEFENDE DOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA, CABENDO A CAPITULAÇÃO JURÍDICA AO JUIZ – CONTINUIDADE DELITIVA – EXASPERAÇÃO MÁXIMA – CABIMENTO – ABUSO SEXUAL POR LONGOS ANOS – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando de nulidade, impera o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio *pás de nullité sans grief*, no sentido de que eventual desobediência às formas prescritas, só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar comprometida pelo vício. *In casu*, verifica-se que houve o devido encaminhamento, para publicação, acerca da data designada para realização do ato deprecado, sendo tal certidão emitida com a indicação do patrono constituído. Induvidoso, portanto, que o causídico subscritor deste recurso tinha plena ciência da expedição da carta precatória para a oitiva da vítima e algumas testemunhas, bem assim acerca da data realização da audiência realizada no juízo deprecado. Ademais, a dita preliminar sequer foi ventilada por ocasião das alegações finais, deixando o recorrente para alegar somente no recurso de apelação, valendo-se da famosa estratégia odiosa da nulidade de algibeira ou de bolso (“uma carta na manga a ser utilizada quando convir”). Nulidade rechaçada.

De outro tanto, também não há nulidade por ofensa ao postulado da identidade física do juiz. Com efeito, a lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao § 2º, do art. 399 do CPP, determina que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Contudo, tal princípio resta mitigado em caso de convocação, licença, promoção etc., conforme antiga regra do art. 132 do CPC/73 que, muito embora não contemplada no novo estatuto processual, continua sendo aplicado pela jurisprudência. É uma questão de bom senso: se o magistrado que conduziu a instrução processual foi convocado, removido etc., quem irá sentenciar o feito? Evidente que será o sucessor na comarca, como ocorreu no caso versando.

Mantém-se a condenação por estupro de vulnerável quando a palavra da vítima é corroborada com demais elementos de prova.

Descabe a revisão da pena-base quando pesa sobre o réu duas circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade e consequências do crime), fixada dentro da proporcionalidade e razoabilidade.

Descabe o decote da causa de aumento de pena (art. 226, II, do CP), se apelante, na condição de tio da vítima, abusou da menor por longos anos, não havendo que se falar em ofensa o princípio da congruência, pois o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, cabendo a capitulação jurídica ao juiz.

É iterativa a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que, face à continuidade delitiva, o critério de exasperação varia de acordo com a quantidade de crimes praticados. Assim, considera-se razoável: para 02 crimes (aumento de 1/6); 03 crimes (aumento de 1/5); 04 crimes (aumento de 1/4); 05 crimes (aumento de 1/3); 06 crimes (aumento de 1/2) e 07 ou mais crimes (aumento de 2/3). No

caso versando, o réu, de 2006 e 2010, abusou da vítima, sua sobrinha, de modo houve bem mais de sete conjunções carnis, de modo que justifica a exasperação máxima prevista no art. 71 do estatuto repressivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de junho de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

C.G. de C. interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da vara única da comarca de Água Clara, que o condenou como incurso no art. 217-A (estupro de vulnerável) c/c art. 226, II e 71, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 24 (vinte e quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Em suas razões (f. 247-272), a defesa levanta preliminar de nulidade por ausência de intimação do patrono do réu acerca da expedição da carta precatória e da audiência designada na mesma, bem como pela inobservância do disposto no art. 399, § 2º, do CPP. No mérito, requer a absolvição sob o fundamento de inexistirem provas suficientes para respaldar a condenação. Subsidiariamente, pela revisão da pena-base, afastamento da causa de aumento de pena contida no art. 226, II, do Código Penal e, por fim, que o acréscimo da continuidade delitiva seja fixado na fração mínima de 1/6.

Em contrarrazões (f. 274-293), o Ministério Público Estadual bate-se pelo desprovimento do recurso da defesa.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso defensivo (f. 303-315).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de de recurso de apelação criminal interposta por C.G. de C. contra a sentença proferida pelo juízo da vara única da comarca de Água Clara, que o condenou como incurso no art. 217-A (estupro de vulnerável) c/c art. 226, II e 71, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 24 (vinte e quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Considerações iniciais.

Consta da peça acusatória, instruída com inquérito policial, que entre os anos 2006 a 2010, geralmente no período vespertino, na Avenida Luiz Fiúza Lima, nº 50, Bairro Jardim Nova Água Clara, o denunciado C.G. de C., aqui apelante, prevalecendo de relações de coabitação, por diversas vezes, constrangeu a vítima D.A.P. de F., pessoa vulnerável, que possuía idade entre 09 (oito) e 12 (doze) anos, a com ele praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos.

Quando a vítima tinha a idade aproximada de 09 (nove) anos, foi morar com o denunciado, que é seu tio, momento em que se iniciaram os abusos sexuais. O acusado não trabalhava durante os dias úteis, somente aos finais de semana, de modo que aproveitava, então, o período da tarde em que ficava sozinho com a criança para realizar as condutas delituosas.

Na oportunidade dos fatos entre os anos de 2006 a 2010 o denunciado, com o intento de satisfazer sua lascívia, por diversas vezes, constrangia a vítima a praticar com ele conjunção carnal e outros atos libidinosos.

Segundo consta, o denunciado mantinha conjunção carnal quase que todos os dias com a vítima, sem o uso de preservativo. Além disso, o acusado acariciava, passava as mãos sobre o corpo da vítima, em seus seios e tirava suas roupas. O denunciado também obrigava a criança à com ele assistir filmes de conteúdo pornográfico, para, depois, praticar relações sexuais.

A vítima foi submetida a exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal de Três Lagoas/MS, e o Laudo nº 24.535 atestou que houve a conjunção carnal e a vítima apresentava roturas completas cicatrizadas do hímen.

Por oportuno, os abusos sexuais eram geralmente perpetrados na casa em que eles residiam, durante o período vespertino, quando estavam sozinhos na residência. A vítima não confiava nos abusos a ninguém, pois sentia vergonha e medo, uma vez que o acusado proferia ameaças.

Com efeito, é de se notar que os fatos foram perpetrados sob o prevalecimento de relações de coabitação, pois a vítima e denunciado residiam juntos à época dos fatos, sendo que C.G. de C. utilizou delituosamente de tal proximidade e acesso à vítima para cometer a conjunção carnal e os atos libidinosos.

Assim, o Acusado, que era tio da vítima na época dos fatos, prevaleceu-se de relações de coabitação, constrangendo ela a com ele praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos, incidindo, com efeito, no crime de estupro de vulnerável. A autoria e a materialidade restaram suficientemente demonstradas pelo boletim de ocorrência, laudo de exame de corpo de delito, documento de identidade, relatórios de acompanhamento psicossocial e depoimentos coligidos nos autos.

Ao final, o *Parquet* pediu a condenação pela prática do crime de estupro de vulnerável, nos moldes do art. 217-A, *caput* c/c art. 61, II, alínea “f” e 71, todos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 14.11.2012 (f. 106-107).

Citado, o réu apresentou resposta à acusação (f. 110;113-114).

Designada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas a vítima, dez testemunhas e, ao final, interrogado o réu.

Laudo de exame de corpo de delito juntado às f. 15.

Na fase do art. 402 do CPP, o *Parquet* requereu a juntada dos antecedentes do réu (f. 144). A defesa nada requereu.

Em alegações finais, o *Parquet* pugnou pela condenação nos termos da denúncia (f. 186-200). A defesa, em contrapartida, pugnou pela absolvição por insuficiência de provas de materialidade e autoria (f. 201-212).

Esses são os fatos e procedimentos relevantes da causa.

Preliminar: nulidade do feito por ausência de intimação do advogado constituído, pois não foi intimada da expedição da carta precatória e da audiência designada; bem como ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

Sem razão o apelante.

Em se tratando de nulidade, impera o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, no sentido de que eventual desobediência às formas prescritas, só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar comprometida pelo vício.

Com efeito, dispõe a súmula 273 do STJ: “*Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.*”

No caso em comento, foi expedida carta precatória para a comarca de Três Lagoas para a oitiva da vítima, que lá se encontrava, bem como de algumas testemunhas, sem intimação do advogado constituído. Contudo, como bem pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça, não restou demonstrado eventual prejuízo para a defesa, pois o patrono do réu tinha plena ciência da expedição da aludida carta precatória, conforme se extrai do termo de audiência realizado no juízo deprecante (f. 134).

Desta forma, não há falar em prejuízo para a defesa, e sim tentativa de tumultuar o feito, como de praxe, no intuito de ganhar tempo e ou alcançar eventual prescrição. Ademais, a pretendida nulidade sequer foi invocada, em primeira instância, por ocasião das alegações finais, de modo a revelar nítida intenção do apelante em tumultuar o feito, guardando uma “carta da manga”, conhecida no mundo jurídico como nulidade de bolso ou nulidade de algibeira, como preferem os juristas no nordeste brasileiro. Ocorre que a referida “carta na manga” se constitui em ardil abominável no ponto de vista ético, chocando-se com diversos princípios de direito de processual, entre eles o da cooperação.

A propósito, confira-se:

“EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO – CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO – COMPROVAÇÃO POSTERIOR – NULIDADE PROCESSUAL – QUESTÃO NÃO COGNOSCÍVEL EM PLEITO RESCISÓRIO – MATÉRIAS DE MÉRITO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL – FALTA DE INTIMAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS – ALEGADO DESCONHECIMENTO DO PROCESSO – RÉU CITADO PESSOALMENTE – POSTURA DELIBERADAMENTE FURTIVA – TENTATIVA DE MÁCULA CAUSADA POR QUEM ALEGA – POSTERIOR ARGUIÇÃO – NULIDADE DE ALGIBEIRA – DEFICIÊNCIA DE DEFESA – PREJUÍZO NÃO COMPROVADO – GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PREQUESTIONAMENTO – REVISÃO CONHECIDA, CONTRA O PARECER – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, COM O PARECER. (...) 4. Inexiste mácula a ser declarada em relação à citação, atos posteriores ou intimações, porquanto, propiciado o contraditório e a ampla defesa, com obediência do devido processo legal, a alegação de nulidade deve estar acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo à defesa (art. 563, CPP), ante a incidência do princípio pas de nullité sans grief. 5. Nos termos do art. 565 da Lei Processual Penal, o réu que age com o nítido propósito de esquivar-se das intimações não pode, a posteriori, sob o manto de sua postura furtiva, arguir pretensa nulidade com o fito único de beneficiar-se de algo a que deu causa, alegando, em sede de revisão criminal, desconhecimento do processo em que foi citado pessoalmente, situação a configurar verdadeiro estratagema denominado nulidade “de algibeira” ou “de bolso”, veementemente rechaçado pelos Areópagos Pátrios. (...) (TJMS. Revisão Criminal nº 1410164-39.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 24/10/2017, p: 26/10/2017).

De mais a mais, verifica-se que houve o devido encaminhamento, para publicação, acerca da data designada para realização do ato deprecado, sendo tal certidão emitida com a indicação do patrono constituído (f. 149).

Diante desse cenário, indubitoso que o causídico subscritor deste recurso tinha plena ciência da expedição da carta precatória para a oitiva da vítima e algumas testemunhas, bem assim acerca da data realização da audiência realizada no juízo deprecado.

Assim, inexistente nulidade por cerceamento de defesa. Afasta-se a preliminar por ausência de intimação.

De outro tanto, também não há nulidade por ofensa ao postulado da identidade física do juiz.

Com efeito, a lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao § 2º, do art. 399 do CPP, determina que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Contudo, tal princípio resta mitigado em caso de convocação, licença, promoção etc., conforme antiga regra do art. 132 do CPC/73 que, muito embora não contemplada no novo estatuto processual, continua sendo aplicado pela jurisprudência. É uma questão de bom senso: se o magistrado que conduziu a instrução processual foi convocado, removido etc., quem irá sentenciar o feito? Evidente que será o sucessor na comarca.

No caso, à época na qual foi prolatado o édito condenatório, o magistrado responsável pela colheita da prova no curso da instrução criminal se encontrava em uma das aludidas situações excepcionais - fora promovido, razão pela qual não se vislumbra qualquer mácula na prolação de sentença por magistrado diverso.

A propósito, confira-se:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ REJEITADA – NÃO CABIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE ANTE A PRESENÇA DOS MOTIVOS DA PRISÃO PREVENTIVA – MANTIDA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – PROVAS ROBUSTAS DA EXISTÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DA PARTICIPAÇÃO DO APELANTE – MANTIDA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ANTE A NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA – INDEVIDA A APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO – INCABÍVEL RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – CORRETA A INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ARTIGO 40, V, DA LEI 11.343/06 COM RELAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – REGIME PRISIONAL CONSERVADO – PENA DE MULTA NÃO ALTERADA – JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA – RECURSO IMPROVIDO. Não configura ofensa ao princípio do juiz natural o fato da audiência de instrução ter sido presidida por um juiz e a sentença de mérito ter sido proferida por outro, quando demonstrado que o juiz presidente da audiência atuava em substituição por convocação na Vara em que tramitava o feito somente pelo período de vacância de titular. Provido o cargo, o novo magistrado é o competente para processar e julgar as ações penais pendentes na referida vara criminal (...) (TJMS. Apelação nº 0001997-12.2017.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 18/12/2018, p: 08/01/2019).

Assim, rejeita-se a preliminar por ofensa ao postulado da identidade física do juiz.

Mérito

Pretensão de absolvição

Transcreve-se, por oportuno, o dispositivo pertinente:

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 a 15 anos.”

Tutela-se, aqui, a dignidade e o desenvolvimento sexual da pessoa vulnerável, e em que pese não constar no capítulo “dos crimes contra liberdade sexual”, a doutrina majoritária afirma que se protege, também, a liberdade sexual das pessoas que não possuem capacidade de discernimento para consentir validamente sobre o ato sexual ou libidinoso.

Assim, constatada a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos, independente do consentimento da vítima ou sua experiência sexual anterior, o fato subsume-se ao tipo em comento.

No caso dos autos, restou configurada, por alguns anos, a prática de atos libidinosos e conjunção carnal com a vítima D.A.P. de F., menor de quatorze anos à época dos fatos.

Com efeito, a vítima D.A.P. de F. apresentou versão segura e coerente sempre que ouvida, descrevendo tanto na etapa inquisitorial (f. 16-18), quanto em Juízo (mídia disponível via SAJ), que residia com o réu, seu tio desde os 09 (nove) anos de idade, em razão de sofrer agressões de sua mãe. Afirmou que sofreu abusos desde os seus nove anos por parte de seu tio, sendo que eram quase todos os dias que acontecia conjunção carnal, e que o acusado a acariciava, passando a mão sobre o seu corpo, em seus seios e tirava suas roupas. Disse que durante as conjunções carnis o réu não usava preservativo, bem como a obrigava a assistir vídeos pornográficos antes e durante os atos sexuais. Relatou que nunca comentou sobre os fatos com outras pessoas, pois o apelante o ameaçava.

Os fatos são confirmados pela psicóloga Priscila Zanardi Favareto, que afirmou ter recebido comunicação do Ministério Público de que uma criança de nome D. havia sofrido abuso sexual, tendo iniciado os atendimentos com visita domiciliar e restou comprovado que houve a conjunção carnal, pois a própria ofendida assim relatou. Confirmou a psicóloga que a infante, em seu relato, disse que seu tio, ora apelante, mantinha com a menor conduta abusiva desde os oito anos de idade, e que o réu se aproveitava da ausência de vigilância na casa, pois a esposa trabalhava no período vespertino, e o réu apenas nos finais de semana. Disse que a conjunção carnal ocorreu na tenra idade da infante, e tal fato passou a ser constante. Disse a psicóloga, ainda, que da forma como a vítima relatava os acontecimentos, manifestava repúdio com relação ao agressor, seu tio, e que em razão do medo que sentia dele, chegava a dizer que desejava a morte do acusado. Informou, ainda, que a menor apresentava comportamentos agressivos, quicá oriundos da situação em que passou por longos anos (mídia disponível no SAJ).

Em sede judicial, a testemunha Lilian Cristina Marques Dias, assistente social, confirmou que trabalhava na Promotoria de Justiça da comarca de Três Lagoas-MS, e no dia 02/03/2010 recebeu uma ligação anônima dizendo que tinha uma denúncia para fazer sobre um homem que morava em Água Clara-MS. Disse que este homem tinha a guarda da sobrinha D., a qual tinha aproximadamente de 11 a 12 anos, e teria vindo passar férias escolares com a família em Três Lagoas-MS e não queria retornar ao convívio do tio, sendo que seu tio estava insistindo muito para que ela voltasse, inclusive oferecendo presentes. A declarante, então, começou a investigar o fato, ligando para as escolas do município para tentar localizar a ofendida. Narrou que, dias depois, recebeu um senhor em sua sala, que estava querendo adotar uma criança de 06 (seis) a 08 (oito) anos, tendo em vista que havia cuidado de uma sobrinha, mas que ela estava residindo no município de Três Lagoas-MS. Diante da associação dos casos, começou a indagar aquela pessoa sobre os fatos, perguntando sobre sua sobrinha, solicitando os seus documentos, chegando à conclusão de que se tratava da mesma pessoa, que seria o réu neste processo. Assim, passou a denúncia para o CREAS investigar melhor (mídia disponível via SAJ).

Em estudo psicossocial acostado aos autos, a psicóloga e a assistente social que atenderam a infante, descreveram que a vítima:

“(...) revelara que era abusada pelo tio C. desde seu oito anos de idade. Como sua tia trabalhava fora o dia todo, seu tio, aproveitava destas oportunidades e mantinha com D. uma conduta abusiva, no qual fora iniciada com atos libidinosos até se desenvolver a conjunção carnal. A adolescente afirma que enquanto ela assistia televisão, na sala, ele se aproximava e deitava no sofá ao seu lado, onde começava a passar a mão em seu corpo, na sua virilha, até concluir a relação, no qual quase todos os dias ele a obrigava a terem relação.

A adolescente disse não relatava a conduta abusiva por vergonha e medo da sua tia e seus familiares. Mas quando veio para a casa do pai, em Três Lagoas, decidiu que não voltaria para a casa do tio para nunca mais (sic) ser submetida ao abuso sexual. D. afirma que sente nojo pelo tio e deseja que ele morra. Isso é consequência de sentimentos negativos advindos da situação abusiva que perdurou mais de dois anos.” (...) (f. 43-46).

Nesse contexto, muito embora o apelante negue os fatos narrados na peça acusatória, dizendo que, na companhia da vítima, apenas trabalhava arrumando cadeiras, e que a menor D. foi morar em Três Lagoas apenas por influência de outras pessoas, as acusações que pesam contra si são todas coerentes e seguras. Ora, as testemunhas, psicólogas e assistentes sociais foram uníssonas em afirmar o abuso da vulnerável D. desde a tenra idade, pouco importando, aqui, as tergiversações da defesa, de que ora a vítima afirma que os abusos iniciaram com oito anos, ora com nove ou dez anos. Fato é que apelante por longos abusou da menor reiteradas vezes, em continuidade delitiva.

A corroborar as provas orais, o laudo de exame de corpo de delito concluiu que a examinada “apresenta roturas completas e cicatrizadas do hímen, atestando ocorrência de conjunção carnal não recente (f. 14).

Assim, conclui-se que o apelante revela postura de pedófilo, pois manipulava a menor com diversos presentes e, quando sentia pressionado, ameaçava a infante para que esta não contasse acerca dos crimes praticados.

A propósito, confira-se:

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – CRITÉRIO LEGAL OBJETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO – FATO ANTERIOR À LEI 12.015/09 – RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA – PENA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. I - Para a configuração do crime de estupro de vulnerável basta a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos com pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade. **Trata-se de critério legal objetivo, que não pode ser relativizado, sendo irrelevante a ocorrência de consentimento.** II – A Lei nº 12.015/09 afastou a incidência da majorante prevista no artigo 9º da lei dos crimes hediondos, de forma que para os crimes de estupro cometidos contra menores de 14 anos antes de sua vigência aplica-se a pena do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, em atendimento ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica. III – Com o parecer. Recurso desprovido. (TJMS. Apelação nº 0005290-39.2007.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 23/03/2017, p: 28/03/2017) Grifos nossos.*

Portanto, mantém-se a sentença condenatória.

Pretensão de revisão da pena-base e afastamento da causa de aumento de pena

No particular, acerca da pena-base, considerou o magistrado *a quo* duas circunstâncias judiciais negativas. Desabonou a culpabilidade, ou seja, a censurabilidade/reprovabilidade do delito acima da normalidade para o tipo penal em apreço, pois o crime foi praticado quando a vítima detinha 9 (nove) anos de idade e implicou em grande comoção social. Também reputou como negativa as consequências do delito, pois os relatórios psicológicos e a própria vítima relataram que os crimes acarretaram traumas e, ao mesmo tempo, ódio com relação ao tio, ora apelante.

Desta forma, correta a sentença que acresceu 01 ano e 08 meses sobre a pena mínima, estabelecendo a pena-base em 09 anos e oito meses de reclusão.

Quanto à pretensão de decote da causa de aumento de pena, melhor sorte não assiste à defesa.

Com efeito, prescreve o art. 226, II, do Código Penal:

“(…) A pena é aumentada: (...) II: de metade, se o agente é ascendente, descendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer título tem autoridade sobre ela.

Logo, a aludida causa de aumento de pena se relaciona com a qualidade do sujeito ativo do crime, atinente ao parentesco ou com sua posição de autoridade sobre a vítima, a revelar maior censurabilidade do delito. Em consequência, merece a exasperação da pena.

Frisa-se, por oportuno, que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, cabendo ao juiz a capitulação jurídica adequada. Desse modo, pouco importa que a peça acusatória se omitiu quanto à referida causa de aumento de pena (art. 226, II, do CP), porquanto a sanção penal cabe ao juiz. A propósito:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – AFASTADA – CAUSA DE AUMENTO DE PENA QUE CONSTA DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL ACUSATÓRIA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – NÃO CABIMENTO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – RECURSO DESPROVIDO. I– Afasta-se a alegada nulidade por cerceamento de defesa. O reconhecimento da gravidade das lesões não constitui julgamento extra petita, pois referida causa de aumento está devidamente narrada na exordial acusatória. Logo, a sentença não teve o condão de prejudicar a defesa, que se constrói em relação aos fatos descritos na denúncia e não à sua capitulação jurídica. Inexistência de violação aos princípios da correlação e do contraditório. Ausência de demonstração do prejuízo. II– O relato prestado pela vítima, corroborado pelo laudo de exame de corpo de delito, configura prova suficiente para a condenação do acusado. Com o parecer, nego provimento ao recurso. (TJMS. Apelação nº 0022992-88.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 06/04/2017, p: 07/04/2017).

Destarte, não há se falar em decote da referida causa de aumento de pena.

Continuidade delitiva: pretensão de decréscimo para a fração de 1/6.

Por oportuno, transcreve-se o pertinente dispositivo do Código Penal, aplicado à espécie, *in verbis*:

“(…) Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

É iterativa a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que, face à continuidade delitiva, o critério de exasperação varia de acordo com a quantidade de crimes praticados. Assim, considera-se razoável: para 02 crimes (aumento de 1/6); 03 crimes (aumento de 1/5); 04 crimes (aumento de 1/4); 05 crimes (aumento de 1/3); 06 crimes (aumento de 1/2) e 07 ou mais crimes (aumento de 2/3). Veja-se:

“HABEAS CORPUS – PENAL – PROCESSO PENAL – HOMICÍDIOS TENTADOS – EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASES – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – REDUÇÃO PELA TENTATIVA – CONSIDERADO O ITER CRIMINIS – FUNDAMENTO IDÔNEO – INVERSÃO DO JULGADO – REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO – INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO WRIT – CRIME CONTINUADO – RECURSO DA DEFESA – NON REFORMATIO IN PEJUS – APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO TOCANTE AO CAPUT DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

6. De forma a evitar reformatio in pejus, imperioso aplicar o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao caput do art. 71 do Código Penal, qual seja, a exacerbação atinente ao crime continuado obedece a seguinte ordem: 1/6 (um sexto) quando praticadas 2 (duas) infrações; 1/5 (um quinto) para 3 (três) infrações; 1/4 (um quarto) para 4 (quatro) infrações; 1/3 (um terço) para 5 (cinco) infrações; 1/2 (metade) para 6 (seis) infrações; e 2/3 (dois terços) para 7 (sete) ou mais infrações.

7. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem parcialmente concedida para redimensionar a reprimenda corporal do Paciente ao patamar de 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão. (STJ. HC 462.832/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 19/12/2018). Grifos nossos.

No caso em comento, consta que a vítima D., menor de 14 (quatorze) anos à época dos fatos, foi abusada pelo seu tio, ora apelante, desde os 09 (nove) anos de 2006 a 2010.

Sem maiores divagações, clarividente que a ofendida mantinha relação sexual com o apelante de forma habitual, ou seja, bem mais de 07 (sete) vez, o que justifica a exasperação da pena em seu patamar máximo de 2/3, tal como o fez o douto juízo *a quo*.

A propósito, cita-se jurisprudência deste Tribunal:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINAR – PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA – JUNTADA DE CÓPIA DE MATERIAL DIDÁTICO DA ESCOLA EM QUE A VÍTIMA ESTUDAVA – DESNECESSIDADE – REJEITADA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA – ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS POR AVÔ CONTRA NETA DE APENAS 08 ANOS DE IDADE, POR DIVERSAS VEZES – PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR RELATÓRIOS PSICOSSOCIAIS E TESTEMUNHAS – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REDUÇÃO DO QUANTUM DE INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA PARA O MÍNIMO LEGAL – PATAMAR MANTIDO EM 2/3 – REGIME DOMICILIAR – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO – MANTIDA – VALOR REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A magistrada indeferiu, de forma fundamentada a diligência que considerou desnecessária para o julgamento do feito, haja vista a suficiência das provas anteriormente produzidas. Outrossim, sabe-se que o juiz pode indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º, CPP), não configurando o alegado cerceamento de defesa. Não há falar em absolvição por ausência de provas do crime de estupro de vulnerável se restou demonstrado pela palavra uníssona e coerente da vítima, de apenas 8 anos de idade, corroborada pelas provas testemunhais e relatórios psicossociais, que seu avô, por várias vezes, praticou atos libidinosos nela. Inexistindo fundamentação adequada quanto às circunstâncias do crime impõe-se o seu afastamento das circunstâncias judiciais como fomentadoras de exasperação. Deve ser mantido o quantum de aumento da pena em 2/3 pela continuidade delitiva, se os abusos sexuais foram cometidos contra a vítima por inúmeras vezes, rotineiramente. Não preenchidos os requisitos descritos no art. 318 do CPP, não há falar em fixação do regime domiciliar. Nos termos do art. 387, IV, Código de Processo Penal, o juiz deve fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, independentemente de pedido expresso da parte, tratando-se de efeito automático da sentença condenatória. É cabível a redução do valor mínimo para reparação dos danos em favor da vítima se fixado em valor muito elevado, em inobservância à situação financeira do agente. (TJMS. Apelação nº 0000298-12.2015.8.12.0016, Mundo Novo, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 23/02/2017, p: 15/03/2017).

Assim, mantém-se a exasperação em sua fração máxima.

Conclusão

Posto isso, com o parecer, nega-se provimento ao apelo defensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 10 de junho de 2019.

2ª Câmara Criminal

Agravo de Execução Penal nº 0000483-45.2019.8.12.0037 - Itaporã

Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – INSURGÊNCIA DO APENADO CONTRA A DECISÃO QUE IMPÔS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, COMO CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO REGIME ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – ESPÉCIE DE PENA – MEDIDA QUE ACARRETA *BIS IN IDEM* E AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – DICÇÃO DA SÚMULA 493, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável *bis in idem*, importando na aplicação de *dúplice sanção*. 2. Recurso Especial desprovido” (REsp nº 1107314/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 5/10/2011). (Recurso de Agravo nº 2011.069022-9, de Seara, Rel. Des. Rui Fortes, j. em 08/11/2011).

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 unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 7 de maio de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Julião Isnarte contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã/MS, que fixou, dentre as condições especiais para cumprimento da pena no regime aberto, a prestação de serviços à comunidade (f. 18-19).

Em suas razões (f. 01-08), em síntese, o agravante requer o conhecimento e o provimento do presente, a fim de que a decisão vergastada seja reformada, excluindo-se das condições fixadas a citada pena substitutiva, por considerar *bis in idem*.

O *Parquet*, em contrarrazões (f. 25-30), manifestou-se pelo provimento do recurso.

Mantida a decisão recorrida (f. 31-34).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 43-45), opina pelo conhecimento e provimento do recurso. Formula requestionamento.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Julião Isnarte contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã/MS, que fixou, dentre as condições especiais para cumprimento da pena no regime aberto, a prestação de serviços à comunidade. nos seguintes termos:

“(...) 2. Excepcionalmente, considerando a superlotação carcerária desta comarca e o regime imposto ser o aberto, em vez de pernoitar na DEPOL de Itaporã/MS, determino seu comparecimento diário (segunda a sexta), no horário de expediente, perante a DEPOL de Itaporã/MS ou Douradina/MS, conforme o caso, para assinar folha de presença, bem como para prestar serviços à comunidade na Secretaria de Obras de Itaporã-MS ou Douradina/MS, conforme o caso, devendo comparecer em dez dias perante o referido órgão para iniciar os serviços.

2.1. Informe ao reeducando que deverá prestar o serviço à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, CP), sendo 07 horas semanais.

2.2. Oficie-se à Secretaria de Obras de Itaporã ou Douradina, conforme o caso, com cópia desta decisão e do termo de audiência admonitória.

2.3. Além disso, deverá pernoitar em sua residência nesta comarca, obrigando-se a se recolher a partir das 19h, sendo que para a fiscalização dessa condição determino a expedição de mandado de fiscalização com prazo de sessenta dias, devendo o oficial de justiça aleatoriamente realizar três diligências nesse período, certificando cada diligência, nada obstante que as fiscalizações sejam realizadas por oficiais de justiça diferentes.

2.4. Com a realização do ato, expeçam-se ofícios às Polícias Civil e Militar desta Comarca para, dentro do possível, fiscalizar as condições e, na hipótese de desobediência, procederem à imediata comunicação ao Juízo.

3. Havendo notícia de descumprimento das condições impostas ao reeducando, desde já, fica autorizado ao cartório designar audiência de justificação, constando do mandado que a ausência à audiência importará na regressão para regime mais gravoso.

4. Todavia, noticiado nos autos que ao reeducando está sendo imputado fato novo, independentemente de nova conclusão, dê-se vista ao Ministério Público e à defesa. (...)” – f. 18-19

Irresignado, o agravante interpôs o presente recurso de agravo em execução, sustentando a impossibilidade de fixação de penas restritivas de direitos como condições especiais de cumprimento da reprimenda em regime aberto.

Com razão o agravante.

Sabe-se, a teor do disposto no artigo 36, do Código Penal, que “o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”, e que deverá o apenado demonstrar possuir mencionados atributos ao cumprir as determinações fixadas pelo juiz como condições ao resgate da reprimenda no referido regime.

A Lei de Execução Penal fixa, para esse fim, condições gerais e obrigatórias, permitindo ao juiz o estabelecimento de outras ali não previstas – as chamadas condições especiais (artigo 115).

Inexistem, no regramento legal, limites expressos a essas condições especiais, cabendo ao julgador, na análise do caso concreto, a eleição daquelas que mais se adequam às finalidades da reprimenda, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização do apenado.

Contudo, não obstante o louvável zelo demonstrado pelo magistrado *a quo*, não se pode permitir o estabelecimento de penas restritivas de direitos como condições especiais de cumprimento da reprimenda no regime aberto.

É que, segundo expressamente previsto no artigo 44, do Código Penal, “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade”, ou seja, não podem ser cumuladas com estas, sob pena de incidir-se em *bis in idem*.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – REGIME ABERTO – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO – PRISÃO DOMICILIAR DEFERIDA – RECOLHIMENTO AOS FINAIS DE SEMANA EM UNIDADE PRISIONAL IMPOSTO COMO CONDIÇÃO ESPECIAL – ILEGALIDADE – LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – SÚMULA 493/STJ – RECURSO PROVIDO.

I - ‘A limitação de final de semana consiste em pena restritiva de direitos, prevista no inciso VI do art. 43 do Código Penal, revestindo-se de caráter autônomo e substitutivo, a teor do que dispõe o art. 44, caput do mesmo Estatuto, inexistindo previsão legal para a cumulação da pena restritiva com a privativa de liberdade’ (RHC nº 64.227/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/11/2015).

II - Aeg. Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp nº 1.107.314/PR, representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), firmou orientação no sentido de que, não obstante seja lícita a determinação de condições especiais a fim da concessão para o regime aberto, não é possível ao magistrado impor quaisquer das penas substitutivas (art. 44 do Código Penal), sob pena de bis in idem.

III - Referido entendimento restou inclusive sumulado no enunciado 493 deste eg. Sodalício: ‘É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto’. Recurso ordinário provido”. (RHC 68.313/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016) – destaquei

O citado Tribunal, inclusive, assentou o entendimento pacífico daquela Corte ao editar o enunciado sumular nº 493: *“é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto”*.

De fato, a deficiente estrutura estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao acolhimento de apenados acaba por gerar, muitas vezes, uma verdadeira incongruência no sistema de cumprimento das sanções penais – como o é a situação que ora se coloca sob exame.

Entretanto, por maior que seja a desídia da Administração Pública e os eventuais prejuízos causados por esta, não pode ela justificar o agravamento da situação de condenados para além das previsões legais.

Sendo assim, deve ser excluída da decisão recorrida a condição referente à prestação de serviços à comunidade, mantendo-se as demais disposições ali constantes.

Quanto ao prequestionamento suscitado, registre-se que toda a questão foi enfrentada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos mencionados.

Ante o exposto, com o parecer, voto pelo conhecimento e provimento do recurso interposto por Julião Isnarte, para que seja excluída a condição de prestação de serviços à comunidade ao cumprimento da pena em regime aberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 7 de maio de 2019.

2ª Seção Criminal

Revisão Criminal nº 1403962-75.2019.8.12.0000 - Ribas do Rio Pardo

Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE DEFESA – NÃO VERIFICADA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – SÚMULA 523, DO STF – ALEGADA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – NÃO VERIFICADA – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO 14, DA LEI Nº 10.826/03 – INVIABILIDADE – APLICAÇÃO APENAS DA PENA REFERENTE AO DELITO DESCRITO NO ART. 12, DA LEI Nº 10.826/03 – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – NÃO EVIDENCIADO – DELITOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES – REVISÃO INDEFERIDA.

Não há falar em nulidade por deficiência de defesa técnica se foi assegurada ao acusado defesa. Ademais, para que se declare eventual nulidade é necessário que haja efetivo prejuízo ao réu. Inteligência da Súmula nº 523, do STF.

A segurança pública é atribuição do Estado, nos termos do art. 144, da Constituição Federal e, por tal razão, não é possível admitir que o cidadão transite armado, sob pena de se instaurar um verdadeiro caos na sociedade, retornando-se a forma mais antiga de solução de conflitos, qual seja, a autotutela, na qual ocorria o sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito, em razão do exercício da força pela parte vencedora. No caso, mesmo havendo outros modos lícitos de evitar os supostos riscos vividos, os quais são hipotéticos, abstratos e não atuais, o recorrente preferiu realizar o fato típico, demonstrando, definitivamente, ser exigível conduta diversa.

Pleitos de desclassificação e de aplicação da pena apenas referente ao delito descrito no art. 12, da Lei 10.826/03, não acolhidos. Salienta-se, o requerente portava arma de fogo (e não possuía ou mantinha sob sua guarda), bem como referido artefato não estava guardado no interior de sua residência ou dependência desta, ou ainda no seu local de trabalho, mas sim foi localizado dentro do seu automóvel, conforme ele mesmo confessou em sede judicial, confissão esta corroborada pelos depoimentos testemunhais. Princípio da consunção não evidenciado porquanto, no caso, não há como o delito de posse irregular de arma de fogo absorver o crime de porte ilegal de munição, ou vice-versa, eis que as condutas foram praticadas de forma autônoma, com desígnios diversos, não sendo uma infração mero desdobramento da outra.

Com o parecer, julgo improcedentes os pedidos contidos na ação revisional.

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, julgar improcedente a revisão criminal.

Campo Grande, 8 de maio de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por Danyel da Silva, condenado a pena de 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, pela prática das condutas descritas do art. 12, *caput*, e do art. 14, *caput*, ambos da Lei nº 10.826/2003.

Requer, em síntese, o reconhecimento da nulidade absoluta por ausência de defesa, devendo ser rescindida a sentença que condenou o recorrente. Subsidiariamente, pugna pela absolvição em razão da alegação de inexigibilidade de conduta diversa, bem como pela absorção do delito de posse pelo de porte.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento da revisional, porém rejeição do pedido. (f. 200-206)

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por Danyel da Silva, condenado a pena de 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, pela prática das condutas descritas do art. 12, *caput*, e do art. 14, *caput*, ambos da Lei nº 10.826/2003.

Requer, em síntese, o reconhecimento da nulidade absoluta por ausência de defesa, devendo ser rescindida a sentença que condenou o recorrente. Subsidiariamente, pugna pela absolvição em razão da alegação de inexigibilidade de conduta diversa, bem como pela absorção do delito de posse pelo de porte.

Passo à análise.

Preliminar de nulidade

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o réu, nos autos da Ação Penal de nº 0000264-88.2017.8.12.0041, foi patrocinado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual manifestou-se, em sede de resposta à acusação, no sentido de que analisaria as provas do crime imputado ao requerente quando da apresentação das alegações finais, informando que a instrução demonstraria a improcedência da acusação e com relação ao rol de testemunhas indicou as mesmas relacionadas pela acusação, peça de f. 104-106.

Diferentemente do que ponderado pela defesa nesta ação revisional, não houve cerceamento de defesa quanto à apresentação da resposta à acusação, pois se o requerente não indicou mais testemunhas que desejaria ouvir foi porque não quis, afinal, oportunidade não lhe faltou.

De toda forma, prejuízo algum restou demonstrada pela defesa, pois sequer relacionou na peça inaugural quais seriam as testemunhas imprescindíveis à defesa, de modo que a argumentação trazida não enseja qualquer ilegalidade, tampouco prejuízo para o sentenciado.

Não se verifica, portanto, a alegada falta de defesa, nos termos da Súmula 523, do STF³².

Portanto, inexistindo qualquer afronta ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, afasto a alegação de nulidade.

Inexigibilidade de conduta diversa

A defesa sustenta que a conduta é atípica, diante da inexigibilidade de conduta diversa, alegando, inclusive, inexistir lesão ao bem jurídico tutelado.

O pedido não deve prosperar.

Ora, muito embora o requerente sustente ter sofrido diversas ameaças, tal fato, por si só, não legitima a sua conduta ilícita.

³² No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Isso porque, a segurança pública é atribuição do Estado, nos termos do art. 144, da Constituição Federal, e, por tal razão, não é possível admitir que o cidadão transite armado, sob pena de se instaurar um verdadeiro caos na sociedade, retornando-se a forma mais antiga de solução de conflitos, qual seja, a autotutela, na qual ocorria o sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito, em razão do exercício da força pela parte vencedora.

Com efeito, sabe-se que o art. 345, do Código Penal, tipifica a autotutela como crime, eis que incumbe ao Estado, e não ao particular, a realização de feitos de força para alcançar a aplicação do direito na vida em sociedade.

Entendimento em sentido contrário, além de legalizar a autotutela no direito penal, tornaria, outrossim, lícita a conduta de portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No mais, é certo que no Estado Democrático de Direito, o qual impera em nosso país, o cidadão, que se sentir ameaçado, deve comunicar o fato à autoridade competente, agindo, desta forma, com respaldo legal.

No entanto, no caso, mesmo havendo outros modos lícitos de evitar os supostos riscos vividos, os quais são hipotéticos, abstratos e não atuais, o recorrente preferiu realizar o fato típico, demonstrando, definitivamente, ser exigível conduta diversa.

É certo, portanto, que a exigência de o recorrente ter comportamento *secundum legem*, afasta quaisquer insurgências acerca da ausência de elemento integrante da culpabilidade.

Absorção dos delitos

A defesa pleiteia, ainda, a desclassificação do artigo 14, da Lei nº 10.826/03, bem como requer a aplicação apenas da pena referente ao crime insculpido no art. 12, da Lei nº 10.826/03.

Sem razão nesse ponto.

Salienta-se, o requerente portava uma arma (e não possuía ou mantinha sob sua guarda), bem como referida arma não estava guardada no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, mas sim foi localizada dentro do automóvel do requerente, conforme ele mesmo confessou em sede judicial, confissão esta corroborada pelos depoimentos testemunhais.

Incabível, outrossim, a incidência do princípio da consunção ao caso concreto.

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt³³

“(...) Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termo termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. (...) Há consunção quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente (...)”.

Assim, quando o agente pratica mais de um ilícito penal e um deles se constituiu, em verdade, em meio de preparação ou execução do outro, deve ser absorvido pelo mais danoso.

Diante disso, resta clarividente que, no caso, não há como o delito de posse irregular de arma de fogo absorver o crime de porte ilegal de munição, ou vice-versa, eis que as condutas foram praticadas de forma autônoma, com desígnios diversos, não sendo uma infração mero desdobramento da outra.

Nesse átimo, colho o seguinte julgado do TJMG:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – ABSOLVIÇÃO

³³ Bitencourt. *Tratado de direito penal*: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 203. f. 256-257.

– ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE – CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CONTEXTOS DIVERSOS – IMPOSSIBILIDADE. 1. O fato de o réu alegar que portava arma de fogo por estar sofrendo ameaças de morte não tem o condão de excluir a culpabilidade, porquanto lhe era exigível comportamento diverso. 2. A simples conduta de portar arma de fogo de uso permitido configura o crime do artigo 14 da Lei 10.826/03, uma vez que este delito é de mera conduta e de perigo abstrato, não fazendo a lei qualquer exigência quanto à sua potencialidade lesiva. 3. Impossível é a aplicação do Princípio da Consunção quando a prática dos crimes dos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/03 se deu em contextos diversos.” (TJMG – Apelação Criminal 1.0529.12.001710-6/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 15/07/2015)

Sendo as condutas típicas devidamente individualizadas, não há falar em desclassificação ou aplicação apenas da pena relativa ao crime de posse irregular de arma de fogo.

Com o parecer, julgo improcedentes os pedidos contidos na ação revisional.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a revisão criminal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 8 de maio de 2019.

2ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 0001427-92.2018.8.12.0001 - Campo Grande

Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL E PREVARICAÇÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – INCABÍVEL – PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA – NÃO CONFIGURADO O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o agente, policial militar, realiza diversas consultas ao sistema SIGO e revela dados à pessoa consultada, bem como, de seus familiares, comete o crime de violação de sigilo funcional. Restou comprovado também que, mesmo constatando que havia um mandado de prisão contra Leonice, o recorrente deixou de cumpri-lo, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, incorrendo assim, no crime previsto no art. 319, do CPM (prevaricação). Em se tratando de crimes contra a administração pública, na maioria das vezes, a ação delitiva é praticada na clandestinidade, longe da vista de testemunhas, a palavra da vítima secundária assume particular relevância probatória, porquanto, em perfeita consonância com o bojo probatório, inexistindo indícios a apontar a existência de qualquer mácula no seu depoimento ou animosidade entre ela e o acusado, constituindo prova robusta e capaz de sustentar o édito condenatório. Provas robustas da autoria. Condenação mantida.

O princípio da consunção ou absorção configura-se quando o agente pratica mais de um ilícito penal e um deles constitui-se, em verdade, meio de preparação ou execução do outro, devendo ser absorvido pelo mais danoso. Quando o delito de violação de sigilo funcional foi praticado em contexto fático distinto e independente da conduta de prevaricação, caracterizam-se delitos autônomos, sendo incabível o reconhecimento do princípio da consunção.

Com o parecer – recurso não provido.

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, 11 de junho 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 Wesley Lobo De Freitas em face da sentença de f. 542-547, que o condenou como incurso no art. 325, § 1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 02 (dois) anos.

De acordo com a denúncia:

“(…)

Consta do presente Inquérito Policial Militar que no dia 28 de março de 2016, por volta das 22h00min, o denunciado Wesley Lobo de Freitas, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, revelou fato de que tinha ciência, em razão do cargo e que devia permanecer em segredo, sendo que se utilizou indevidamente de acesso restrito e permitiu, mediante fornecimento de senha, o acesso de pessoas não autorizadas ao Sistema de Informações.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar o denunciado deixou de praticar indevidamente ato de ofício para satisfazer interesse pessoal.

Segundo se apurou, o denunciado frequentava a residência da Sra. Leonice Aparecida de Freitas Analdi, pois possuía amizade com a filha desta.

Na data acima descrita, o denunciado encontrou-se com a Sra. Leonice e começaram a conversar, sendo que em dado momento o denunciado acessou o sistema SIGO em seu aparelho celular e consultou o nome de Leonice e lhe informou que constava mandado de prisão em seu desfavor, dizendo que esta deveria procurar um advogado.

Ainda, nesta oportunidade o denunciado realizou consulta ao nome de diversas pessoas da família de Leonice, mostrando para a mesma em seu aparelho celular.

Posteriormente, o denunciado criou um perfil falso na rede social denominada “facebook” e enviou mensagens para uma amiga da filha de Leonice divulgando que esta possuía mandado de prisão em aberto.

Ouvido durante o processo de investigação, o denunciado negou os fatos, e apresentou versão dizendo que consultou o nome de Leonice na viatura, na presença do policial militar Euzebio e não efetuiu sua prisão porque não localizou-a, porém essa versão não restou demonstrada no depoimento de Euzebio.

Por fim, cumpre ressaltar que no momento em que o denunciado consultou o nome de Leonice, constatou que possuía mandado de prisão em seu desfavor e não deu voz de prisão, pois era amigo de sua filha.

Em razões recursais, às f. 561-569, a defesa pleiteia a absolvição dos crimes previstos no art. 325, § 1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar. Subsidiariamente, requer a aplicação do princípio da consunção dos delitos.

Em contrarrazões, às f. 574-581, o Ministério Público pugna pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 591-599, no mesmo sentido. Apresentou prequestionamento.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Wesley Lobo de Freitas em face da sentença de f. 542-547, que o condenou como incurso no art. 325, § 1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 02 (dois) anos.

Em razões recursais, às f. 561-569, a defesa pleiteia a absolvição dos crimes previstos no art. 325, § 1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar. Subsidiariamente, requer a aplicação do princípio da consunção dos delitos.

Passo à análise.

A defesa requer a absolvição dos delitos previstos no art. 325, § 1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar.

De acordo com a denúncia:

“(…)

Consta do presente inquérito policial militar que no dia 28 de março de 2016, por volta das 22h00min, o denunciado Wesley Lobo de Freitas, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, revelou fato de que tinha ciência, em razão do cargo e que devia permanecer em segredo, sendo que se utilizou indevidamente de acesso restrito e permitiu, mediante fornecimento de senha, o acesso de pessoas não autorizadas ao Sistema de Informações.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar o denunciado deixou de praticar indevidamente ato de ofício para satisfazer interesse pessoal.

Segundo se apurou, o denunciado frequentava a residência da Sra. Leonice Aparecida de Freitas Ansaldi, pois possuía amizade com a filha desta.

Na data acima descrita, o denunciado encontrou-se com a Sra. Leonice e começaram a conversar, sendo que em dado momento o denunciado acessou o sistema SIGO em seu aparelho celular e consultou o nome de Leonice e lhe informou que constava mandado de prisão em seu desfavor, dizendo que esta deveria procurar um advogado.

Ainda, nesta oportunidade o denunciado realizou consulta ao nome de diversas pessoas da família de Leonice, mostrando para a mesma em seu aparelho celular.

Posteriormente, o denunciado criou um perfil falso na rede social denominada “facebook” e enviou mensagens para uma amiga da filha de Leonice divulgando que esta possuía mandado de prisão em aberto.

Ouvido durante o processo de investigação, o denunciado negou os fatos, e apresentou versão dizendo que consultou o nome de Leonice na viatura, na presença do policial militar Euzebio e não efetuou sua prisão porque não a localizou, porém, essa versão não restou demonstrada no depoimento de Euzebio.

Por fim, cumpre ressaltar que no momento em que o denunciado consultou o nome de Leonice, constatou que possuía mandado de prisão em seu desfavor e não deu voz de prisão, pois era amigo de sua filha.

O pedido de absolvição não merece ser acolhido, visto que as provas são robustas e demonstram a autoria por parte do apelante.

Na fase policial, o réu negou ter praticados os crimes previstos nos artigos 325, § 1º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar, afirmando que:

(…) conhece a senhora Leonice desde antes de entrar pra PM e passou a ter amizade com sua filha de nome Jéssica; que por ter esta aproximação foi alertado sobre índole da senhora Leonice por outros policiais (não se recorda quem foi) e outras pessoas, motivando então a checagem em nome desta pessoa no mês de fevereiro enquanto o declarante trabalhava com o Cb Euzebio na viatura e constatou a informação de que a mesma estava com um mandado de prisão em aberto, mas não localizou a mesma para efetuar a prisão; que se afastou da senhora Leonice e não a viu mais; que declara conhecer o senhor Vinicius Martins Almada apenas pelo facebook, nunca viu pessoalmente esta pessoa, não sabe dizer se seria perfil falso e que não lhe pertence tal perfil; que vai apresentar cópias das conversas mantidas com este perfil; que algum tempo atrás foi bloqueado no perfil e perdeu contato; que não tem conhecimento das conversas que o Vinicius manteve com a senhora Kesley; que nunca foi na residência da senhora Leonice mostrar o celular nem fez checagens na presença dela (...)” (f. 34)

Em juízo, o recorrente afirmou que realizou a checagem após uma conversa com o sargento, oportunidade em que comentou que havia conhecido uma pessoa, tendo o mesmo lhe dito que não era boa gente e, por curiosidade e por querer se proteger, efetuou a consulta, verificando que havia um mandado de prisão expedido em desfavor de Leonice e, pela mesma razão, checkou outros familiares, constatando que também não eram “boa gente”, dessa forma, se afastou de tais pessoas e informou o graduado; que não comunicou Leonice de que a mesma possuía um mandado de prisão; que levava uma das filhas de Leonice à escola, mas que não era sua namorada, mas apenas amiga, desde antes de integrar o quadro da Polícia Militar; questionado sobre a razão de não haver cumprido o mandado de prisão ou comunicado outra equipe a fazer, respondeu que não teve oportunidade de informar, já havia informado o comandante de viatura mas não logrou êxito em cumprir o mandado, pois entrou em período de férias e mudou de guarnição, e também porque ela não aparecia na rua e ainda porque no SIGO apareciam dois cadastros em seu nome, sendo um deles com mandado e o outro sem, assim, não teve certeza se deveria cumprir o mandado de prisão pois, poderia ser um erro do sistema; que tentou se afastar ao máximo a fim de resguardar sua imagem bem como, da corporação (arquivo audiovisual – f. 484).

Todavia, as demais provas coligidas nos autos confirmam a prática dos delitos.

Quando foi ouvida na fase inquisitorial, a vítima secundária, Sra. Leonice Aparecida de Freitas Ansaldo relatou que:

(...) conhece o Sd Lobo a algum tempo pois o conheceu enquanto trabalhava no Net Lanches juntamente com sua filha Jessica Aparecida Ansaldo que tem 16 anos; que o Sd Lobo fez amizade com sua filha Jessica, chegando a frequentar a casa da declarante, ele levava e buscava a menina na escola sem cobrar, que acredita que estes favores eram para tentar aproximação com intenção de namorar a menina; que após sua filha iniciar um namoro com outra pessoa o Sd Lobo se afastou e parou de falar com a declarante; que depois disso o Sd Lobo tentou se aproximar de uma amiga de sua filha chamada Keslei mas também sem êxito; que no mês de março deste ano o Sd Lobo mostrou no celular dele um registro de que o declarante estava com mandado de prisão e que a polícia federal estava procurando a mesma, que era para ela procurar um advogado, nesta oportunidade o Sd Lobo realizou diversas consultas neste sistema com os nomes dos parentes da declarante chegando a mostrar para a mesma; que na data de ontem 14/08 (domingo) uma amiga de sua filha chamada Keslei Mendes recebeu através do “messenger” várias mensagens de um indivíduo chamado Vinicius Martins Almada que seria policial federal, perguntando se a mesma conhecia a declarante pois segundo ele teria um mandado de prisão contra a mesma chegando a mandar algumas mensagens para a menina; que sua filha Jessica recebeu as mensagens e nesta oportunidade apresenta as cópias; que Keslei descobriu se tratar de um perfil falso que está sendo utilizado pelo Sd Lobo (...)” (f. 07-08)

Em juízo, a vítima mediata ratificou suas declarações prestadas na fase policial, afirmando que o acusado realizava consultas “em seu celular” de diversas pessoas, que bastava lhe falar o nome; que na ocasião, consultou os nomes de seus irmãos, de suas filhas, entre outras pessoas (arquivo audiovisual).

A corroborar o depoimento de Leonice, têm-se o relatório de checagem, no qual verifica-se que, de fato, o recorrente realizou a checagem de alguns membros da família da Sra Leonice, sendo elas, as filhas Jéssica (f. 160) e Andressa (f. 154); o irmão Paulo Luis (f. 164) e a amiga Kesley Conceição Mendes (f. 161).

Resta claro, portanto, que o acusado Wesley Lobo de Freitas, realizou diversas consultas ao sistema SIGO e revelou dados à pessoa consultada.

Por oportuno, transcrevo trecho do relatório da sindicância, que demonstra o uso indevido do sistema SIGO por parte do réu, pois realizou várias checagens em nome de Leonice, suas filhas e outros familiares, inclusive, em data que estava de folga, *in verbis*:

“6 – Análise dos fatos

Esta encarregada buscando elucidar os fatos encaminhou ofício para DSGI, solicitando uma auditoria no sistema SIGO, em consultas e checagens realizadas pelo Sd Lobo, recebendo na data de 04/10/2016 para ser feita uma análise das informações fornecidas. Depois de analisar e confrontar as informações sobre possível uso indevido do sistema por parte do Sd Lobo, pude observar depois de uma minuciosa verificação que no dia 28/03/2016, o Sd Pm Lobo estando de folga nesta data conforme Escala de Serviço NR.0897 do dia 28/03/16 (segunda), realizou as seguintes checagens de seu aparelho de telefone celular identificado como SIGO_PESSOAL 192.168.1.113:

- 1) Leonice Aparecida Ansaldi Alves às 22h12, f.153;*
- 2) Jessica Aparecida Ansaldi (filha de Leonice) às 22h12, f. 152;*
- 3) Andressa Aparecida Ansaldi Ayala (filha de Leonice) às 22h15, f.146;*
- 4) Jessica Aparecida Ansaldi (filha de Leonice) às 22h15, f. 152;*
- 5) Leonice Aparecida Ansaldi Alves às 22h16, f.153*
- 6) Paulo Luis Freitas Ansaldi (irmão de Leonice) às 22h (...)” (f. 400)*

Restou comprovado também que, mesmo constatando que havia um mandado de prisão contra Leonice, o recorrente deixou de cumpri-lo, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, incorrendo assim, no crime previsto no art. 319, do CPM (prevaricação).

Cumprе salientar que, em se tratando de crimes contra a administração pública, na maioria das vezes, a ação delitiva é praticada na clandestinidade, longe da vista de testemunhas, a palavra da vítima secundária assume particular relevância probatória, porquanto, em perfeita consonância com o bojo probatório, inexistindo indícios a apontar a existência de qualquer mácula no seu depoimento ou animosidade entre ela e o acusado, constituindo prova robusta e capaz de sustentar o édito condenatório.

A respeito trago o julgado:

“APELAÇÃO-CRIME – CONCUSSÃO. Delito formal que costuma ocorrer na clandestinidade, sem a presença de testemunhas. Relevo probatório da palavra da vítima. Condenação mantida. (TJ-PR - APL: 10170108 PR 1017010-8 (Acórdão), Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz, Data de Julgamento: 07/05/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1594 29/06/2015)

Mantenho a condenação do réu pela prática dos crimes previstos no art. 325, §1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, caput, do Código Penal Militar.

Princípio da consunção

A defesa pretende o reconhecimento do princípio da consunção entre os delitos de violação de sigilo funcional e prevaricação.

Razão não lhe assiste.

O princípio da consunção ou absorção configura-se quando o agente pratica mais de um ilícito penal e um deles constitui-se, em verdade, meio de preparação ou execução do outro, devendo ser absorvido pelo mais danoso. Ou seja, é imprescindível uma sucessão de condutas com um nexo de dependência.

Consoante posicionamento da Corte Superior³⁴:

34 STJ - AgRg no REsp 1344850/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 10/09/2013.

“(...) admite que um crime de maior gravidade, assim considerado pela pena abstratamente cominada, possa ser absorvido, por força do princípio da consunção, por crime menos grave, quando utilizado como mero instrumento para consecução deste último, sem mais potencialidade lesiva”

Na hipótese, das provas amealhadas aos autos, mais precisamente os interrogatórios do réu, os depoimentos da vítima secundária, bem como, o relatório da sindicância, extrai-se que o recorrente, além de ter revelado fato de que tinha ciência em razão do cargo, deixou de praticar ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, ou seja, não há nexos de dependência entre as condutas ilícitas, são duas ações totalmente autônomas.

Desta feita, mostra-se impossível o reconhecimento de crime único, vez que o recorrente cometeu o delito de violação de sigilo funcional em contexto fático distinto e independente da conduta de prevaricação, caracterizando-se, portanto, delitos autônomos.

Assim, incabível o reconhecimento da consunção entre as condutas tipificadas nos artigos 325, § 1º, I e II, do Código Penal, e art. 319, *caput*, do Código Penal Militar.

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento ventilado, inexistente violação ou negativa de vigência.

Dispositivo

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

Noticiário



Fórum da Capital sedia curso de Gestão das Medidas Socioeducativas - 09/04/2019

Hoje e amanhã (10), o plenário do Tribunal do Júri no Fórum da Capital sedia o curso Gestão das Medidas Socioeducativas Restritivas e Privativas de Liberdade em MS, realizado pela Superintendência de Assistência Social (SAS), com apoio do Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) e da Escola Judicial de MS (Ejud).

Na abertura do evento, a Desa. Elizabete Anache, que responde pela CIJ, falou sobre o tema “Coordenadoria da Infância e as Medidas Socioeducativas”, expondo a grande preocupação do Poder Judiciário em dispensar a atenção necessária à infância e juventude. Destacou a importância de se proporcionar estrutura adequada às unidades de atendimento e aos gestores das medidas socioeducativas. “É preciso haver uma sensibilização das autoridades, a fim de que as unidades se ajustem aos padrões do Sinase (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo)”.

Também explicou que, no caso das medidas socioeducativas, o papel da Coordenadoria é atuar como verdadeiro órgão articulador do Poder Judiciário com os demais Poderes e com a rede de atendimento, assumindo, portanto, função mais administrativo-representativa.

Discorreu sobre os projetos em andamento na CIJ, em especial a Justiça Restaurativa. “A Justiça Restaurativa promove a resolução de conflitos de forma pacífica e educativa, oportunizando as pessoas a falar de seus sentimentos e consequências sofridas, possibilitando ao ofensor a responsabilização e reparação dos danos causados. Isso significa que a Justiça Restaurativa contribui para uma cultura de paz”, disse a coordenadora.

O juiz Mauro Nering Karloh, da Vara da Infância e da Adolescência da Capital, lembrou que as medidas socioeducativas são aplicadas aos adolescentes que estão começando a vida e têm ainda a oportunidade de serem recuperados. “Considero este um curso importante para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista sua repercussão direta na área das medidas socioeducativas infantojuvenis”.

Importante lembrar que o objetivo do curso é adicionar conhecimento e novas habilidades aos servidores que exercem funções de liderança no sistema socioeducativo estadual e oportunizar uma melhoria na gestão das unidades socioeducativas.



Juiz Mauro Nering Karloh participou da abertura do evento

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Valorização: Mulheres quebram barreiras no Judiciário de MS - 09/04/2019

A história mostra que, ao longo dos séculos, o homem sempre foi considerado o protetor, o patriarca, o mantenedor. A mulher era a dependente e, muitas vezes, incapaz de provar seu valor. Para a mulher sobrava apenas o papel de mãe e esposa.

Contudo, essa cultura foi mudando e a mulher construiu carreira acadêmica e profissional, mesmo sofrendo ainda algum tipo de discriminação. Nos dias atuais, a mulher já assume o papel de provedora familiar. É ela que cuida do orçamento da família, sendo a maior fonte de renda, cuida dos filhos, da casa, do marido, além de ter – na maioria das vezes – mais de um emprego.

Desde sua instalação em 1979, o Poder Judiciário de MS teve em seu quadro funcional mais mulheres que homens como servidores. A exceção fica para a magistratura, onde a presença feminina sempre foi mais tímida. A primeira desembargadora foi Dagma Paulino dos Reis, hoje aposentada e fora do país.

Depois dela vieram Marilza Lúcia Fortes (falecida), Tânia Garcia de Freitas Borges, Maria Isabel de Matos Rocha (aposentada), Dileta Terezinha Souza Thomaz e Elizabete Anache. No último concurso para a magistratura, dos 18 empossados apenas cinco são mulheres e Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva é uma delas.

Entre as servidoras, a escrivã Romilda Fagundes de Freitas, lotada na 5ª Vara Cível da Capital, é a mais antiga, tendo ingressado no dia 21 de janeiro de 1980, e a mais recente a ingressar no Poder Judiciário, no dia 12 de fevereiro de 2019, é Lorena Trelinski Vieira, lotada na 1ª Vara Cível da comarca de Naviraí.

Como será que essas mulheres enxergam a valorização da mulher no século XXI, em um cenário tipicamente masculino? Thielly lembra que a ocupação de cargos de chefia e de direção pela mulher é recentíssima em termos históricos e, apesar de caminhar em passos lentos, há indiscutível avanço na luta pela igualdade. Ela acredita que aos poucos a mulher tem conquistado seu espaço e demonstrado ser capaz de desempenhar atividades antes exclusivas do homem.

“Tenho um olhar muito otimista sobre todo este processo e acredito que avançaremos cada vez mais. Se há pouco menos de 100 anos à mulher era defeso até o direito ao voto, e hoje há pequena, mas não menos expressiva, quantidade de mulheres ocupando cargos na magistratura (37%, segundo o CNJ, no ano de 2018), por exemplo, temos muito a comemorar e devemos acreditar no progresso”.

Romilda acredita que houve um significativo avanço das mulheres dentro do Judiciário Guaicuru, uma vez que o cargo de escrivão era predominantemente ocupado por colegas do sexo masculino. “Os próprios jurisdicionados viam com dúvidas a posição da mulher neste cargo tão importante. Já os colegas de cartório sempre respeitaram a hierarquia, mesmo sendo chefiados por uma mulher”, relata.

Com pouco mais de um mês integrando a justiça de MS, Lorena acredita que a fim de conquistar seu espaço em um ambiente tipicamente masculino, a mulher precisa enfrentar diversas barreiras impostas pela sociedade, muitas vezes, machista. “Sobretudo, deve se esforçar muito mais que os homens para que seus trabalhos sejam reconhecidos, visto que encara, frequentemente, dúvidas sobre a sua capacidade e seu potencial”, defende.

A juíza acredita que as pioneiras derrubaram muralhas. Em seu entender, todas as conquistas estão calcadas na luta de mulheres que não se calaram e não se curvaram às dificuldades de seu tempo. “Temos que ter a exata compreensão de que nenhum espaço ou direito é conquistado sem luta. Em silêncio, não avançaremos. É um caminho sem volta”, opina Thielly.

Para Lorena, há muito tempo as pioneiras, guerreiras que derrubaram muralhas de preconceitos impostos pela sociedade, vêm lutando pelos direitos das mulheres e deixaram um legado de conquistas, dentre as quais o direito de votar, estudar, trabalhar, que parecem tão simples, porém no início foi negado ao sexo feminino.

“A Constituição Federal de 1988 garantiu a igualdade entre homens e mulheres, contudo ainda estamos aquém de conseguir a igualdade de fato. Estamos caminhando, paulatinamente, para a diminuição da desigualdade de gênero e temos muito a evoluir. Não podemos perder a esperança nem deixar de lutar para que de um dia tenhamos um mundo justo, igualitário e sem violência contra as mulheres”, acredita Lorena.

Romilda também acredita que as pioneiras derrubaram muralhas e deixaram um legado para as novas gerações. “Sem dúvida, uma vez que hoje verifica-se com facilidade o número de mulheres ocupando mais cargos, o que demonstra o legado que as pioneiras deixaram para as colegas mulheres”.

“As pioneiras nos deixaram exemplo, inspiração, coragem, resignação. Não falo apenas de ícones famosos e consagrados. Falo de nossas mães, avós, mulheres anônimas que silenciosamente suportaram o peso da desigualdade e da falta de reconhecimento de direitos. São sobreviventes de uma sociedade em que não tinham voz. Temos muito a avançar, mas, pelo menos, hoje já somos ouvidas”, garantiu Thielly.

Sobre sua experiência de mais de 35 anos no Judiciário, analisando o crescimento da mulher na justiça de MS, Romilda afirma que, desde o início, com a criação do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, sempre foi respeitada no meio pelos colegas e superiores. “No entanto, sempre existiram dificuldades relacionadas ao gênero, as quais foram sendo superadas com força, dedicação e perseverança”, conclui.

Para Thielly, a mulher, seja como juíza, dona de casa ou em qualquer outra função, não pode ter vergonha de si mesma. “Não pode se envergonhar daquilo que torna nossa trajetória mais difícil que a dos homens. Ao contrário, tem que se orgulhar. São justamente nossas características peculiares e nossas diferenças que nos definem e dão o tom de nossa atuação. Após uma manobra indesejada de uma motorista no trânsito, dizer ‘tinha que ser mulher’ ou criticar uma decisão judicial proferida por uma magistrada, sob a alegação de que fora lastreada na emoção, como se não fôssemos ou não pudéssemos ser racionais, são exemplos de pensamentos discriminatórios automáticos e muito corriqueiros. Precisamos de todos, homens e mulheres em igualdade de condições e de direitos. A sociedade só tem a ganhar”, finaliza a juíza.

A experiência no Judiciário de MS de Lorena ainda é curta, mas ela confessa estar muito feliz pela conquista pessoal. “Passamos em um concurso em que não há diferença entre homens e mulheres, aqueles que atingem os melhores resultados são os que conquistam as vagas. Na minha comarca, somos a maioria e isso me alegra, pois demonstra que estamos conquistando nosso espaço, sendo tratadas de igual para igual. Não queremos privilégios, queremos apenas um tratamento igualitário, respeitando nossas diferenças”.



Romilda Fagundes de Freitas, lotada na 5ª Vara Cível da Capital

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Busca ativa e aplicativo ajudam “adoções necessárias” em Bataguassu - 11/04/2019

Em Bataguassu, comarca distante 336 km de Campo Grande, apenas no começo deste ano foram realizados dois procedimentos de adoção de crianças e adolescentes que dificilmente seriam inseridos em família substituta. Um caso é de grupo de três irmãos que já estão no Estado de São Paulo. Na tarde desta terça-feira (9), um casal veio de Niterói-RJ para a concessão da guarda provisória de um menino de 12 anos. Os procedimentos foram realizados com a prática da busca ativa e a aproximação entre eles foi feita com videochamadas do aplicativo de mensagem WhatsApp.

A busca ativa é uma forma voluntária em que representantes dos grupos de adoção do país auxiliam na busca de pretendentes, já habilitados no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), facilitando o encontro com crianças e adolescentes das chamadas “Adoções Necessárias”, aquelas de difícil colocação em família substituta, como os grupos de irmãos, crianças com mais de cinco anos, com doenças físicas ou mentais.

Segundo o juiz da 2ª Vara de Bataguassu, Cezar Fidel Volpi, o Judiciário local tem realizado esforços, com o apoio dos Grupos de Adoção, com o objetivo de garantir a convivência familiar das crianças e adolescentes que estejam afastadas do convívio dos pais biológicos.

O juiz conta que o caso, em que foi realizada a audiência desta semana, é de um menino de 12 anos, em que já se havia tentado a inserção em família adotiva, mas sem sucesso, por isto a preocupação com o sucesso desta nova tentativa.

“Fizemos todas as tratativas e contatos necessários, inclusive utilizando a aproximação e os contatos pelas videochamadas do WhatsApp, para que o casal e o adolescente se conhecessem e realizassem os vínculos afetivos. Agora tivemos o cuidado de solicitar que os pretendentes, que moram no Estado do Rio de Janeiro, viessem pessoalmente participar da audiência, antes de receber a guarda provisória”, explicou Volpi.

Agora o processo será encaminhado para o foro de Niterói-RJ, por carta precatória, para o acompanhamento do estágio de convivência, que tem duração de três meses.

Conheça – A busca ativa é um trabalho que auxilia na busca por adotantes, prévia e regularmente habilitados no CNA, para crianças e adolescentes denominados “de difícil colocação”. São eles grupos de irmãos que não devam ser separados, crianças acima de 5 anos, que tenham deficiências físicas e/ou mentais.

É um auxílio legítimo e constitucionalmente autorizado e prestado pela sociedade civil ao Estado, na busca e localização de habilitados à adoção.

A busca ativa sempre é realizada com o voluntariado não remunerado e jamais em atividade que implique em qualquer tipo de retribuição ou contrapartida, consistente no auxílio prestado pela sociedade civil aos órgãos públicos competentes, incumbidos da efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, na busca por adotantes previamente habilitados para aqueles que, por seu perfil, encontrem dificuldade para colocação em família adotiva.

Atualmente as equipes técnicas das varas da infância e da adolescência, cientes desta realidade, não raro e cada vez mais, buscam auxílio dos grupos de apoio à adoção nos quais tenham confiança na seriedade de sua atuação na localização de adotantes para suas crianças de difícil colocação, não raro ainda não destituídas ou em processo de destituição do poder familiar.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Começa mais uma etapa da construção da Apac de Campo Grande - 11/04/2019



O projeto de criação da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac) em Campo Grande está mais perto de se realizar. Na manhã desta quinta-feira (11), em uma solenidade no Tribunal de Justiça de MS, foi formalizada a doação de uma máquina de fabricação de tijolos, que serão utilizados na construção da sede da Apac. Participaram da cerimônia representantes de diversos segmentos que atuam na ressocialização de presos e o supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, esteve presente, representando o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro.

A Apac é uma forma diferenciada de tratar a questão carcerária. Focada no indivíduo, visa humanizar as prisões, melhorando as condições dos presídios e da vida dos encarcerados, para que eles finalizem sua pena integrados à sociedade e não voltem a delinquir.

A máquina de fabricação de tijolos foi doada pelo Instituto Ação pela Paz, do Estado de São Paulo. O equipamento ficará no complexo da Gameleira, em Campo Grande, e detentos do regime semiaberto trabalharão na confecção dos tijolos. A sede da Apac será construída em um terreno doado pela prefeitura de Campo Grande, na BR 060 (saída para Sidrolândia).

O Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques exaltou a iniciativa que, aos poucos, ganha corpo e em breve estará em funcionamento, contribuindo com a execução da pena com um modo mais humanizado.

Segundo ele, a cerimônia de hoje “é um passo gigante para a continuidade e implementação da Apac em Campo Grande. É um sistema de execução de pena alternativo, mas que certamente virá somar com todos aqueles sistemas previstos na legislação da execução penal e de forma diferente, fazendo com que se oportunize aos reeducandos a busca pela ressocialização. Este é um dos fundamentos e pilares da lei de execução penal e que, infelizmente, às vezes não se consegue se chegar a bom termo, por falta de estrutura e por uma série de circunstâncias, que faz com que não consigamos levar a ressocialização aos detentos”, disse Mendes Marques, que explica que, em última análise, o sistema penal brasileiro não prevê a pena permanente (perpétua), de modo que no retorno destas pessoas elas sejam capazes de conviver em sociedade.

A presidente da Apac de MS, Helita Barbosa Serejo Lemos Fontão, ressaltou a atuação do Des. Ruy Celso Barbosa Florense, que foi grande incentivador da criação da Apac. Helita, que é defensora pública aposentada, contou como surgiu a iniciativa no país.

“Com as Apacs, acabaremos com algumas prisões, que muito mais endurecem do que corrigem, não sendo esse, felizmente, o caso das prisões do nosso Estado de Mato Grosso do Sul. Claro que alguém que cometeu um crime tem que pagar pelas suas faltas, isso faz parte do nosso sistema, mas é importante investir em ressocialização e oportunidades para essas pessoas”, disse a presidente da Apac.

O evento contou com a participação do juiz da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Mário José Esbalqueiro Jr., do diretor-presidente da Agepen, Aud de Oliveira Chaves, do presidente do Conselho do Instituto Ação pela Paz, Jayme Brasil Garfinkel, e de autoridades políticas, judiciárias, militares e eclesiásticas.

Lançamento – Nesta cerimônia, também foi lançado e distribuído exemplares do livro “Criação da Apac”, de autoria da presidente da Apac de MS, Helita Barbosa Serejo Lemos Fontão. A obra conta com o prefácio redigido pelo presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, em que fala da expectativa da implementação da Apac em Campo Grande, que trará mudanças na política carcerária de MS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Dia do Desarmamento Infantil: A criança (des)armada - 15/04/2019

Nesta segunda-feira (15) é comemorado o Dia do Desarmamento Infantil, realizado para que seja feita a conscientização da população com o debate das consequências que os incentivos ao uso de armas de fogo por crianças podem provocar na vida destes futuros adultos.

Confira abaixo o texto do juiz Giuliano Máximo Martins, titular da 1ª Vara Cível de Aquidauana, em alusão ao Dia do Desarmamento Infantil.

“Um mundo melhor depende da conscientização de todo um conglomerado de pessoas, mas pode começar com pequenas atitudes, dentro e fora de casa. Não é uma questão de debater se as armas de fogo são boas ou ruins para as crianças, o que obviamente seria respondido que não, mas apenas de tentar introjetar na conduta infantil o exemplo de que as armas possuem efeito nocivo, mesmo as de brinquedo. Essa é a campanha do Desarmamento Infantil, que traz no dia 15 de abril seu ápice.

Ainda que a infância permita brincar de bandido e mocinho, de usar espadas dos heróis do cinema e de disseminar o malvado inimigo, a conduta humana e a formação da personalidade da pessoa se faz pela reprodução de atitudes anteriores. A persistência na violência e nas armas internaliza a cultura do medo e da violência, o que para uma pessoa com personalidade em desenvolvimento se mostra negativo para um saudável crescimento. Não se pretende afastar a brincadeira por completo, apenas de bem preparar os que estão dela participando. É uma questão de orientação.

Mais apropriado seria armar a criança com livros, com lápis e caneta, com sonho e esperança, com exemplos de vida e com a certeza de que poderá agir com serenidade se encontrar uma arma de fogo verdadeira, sem cair nas artimanhas e ideologias dos adeptos à violência e defesa pessoal. Antes mesmo de criticar uma ou outra opinião sobre o desarmamento, interessante é o debate do tema, que se torna ainda mais chamativo quando se trata de uma criança.

O Dia do Desarmamento Infantil, enfim, não tem escopo único de desarmar, pretende também alavancar a discussão e bem esclarecer o tema para os próprios infantes e seus pais. Não é retirando os brinquedos em forma de arma que o problema se resolve. Melhor armar a alma das crianças, tornando-as seguras para enfrentar as vicissitudes da vida”.

Sobre este tema, o professor doutor Paulo Paes, da Universidade Federal de MS, fala sobre o fetiche da arma trazido, principalmente, nos filmes e jogos de computador, que crianças e adolescentes tem acesso, quase irrestrito, nos dias atuais.

Segundo Paes, o que se deve fazer é não expor crianças a situações em que elas tenham contato com armas, incluindo locais privados ou públicos, inclusive evitando conversas sobre armas e a utilização de brinquedos em forma de armas.

“Quando uma criança é exposta a situações que banalizam o uso de armas de fogo ela introjecta uma concepção de que armas são objetos lúdicos aos quais podem ter livre acesso e sentirem prazer ao portar um instrumento tão terrível que somente serve para matar, causando uma ‘banalidade do mal’”, disse.

O professor elenca seis formas de prevenir o acesso de crianças às armas: coibir severamente o acesso de crianças e adolescentes a armas; proibir e evitar a utilização de armas como brinquedo infantil; proibir e evitar a exposição de crianças a filmes, jogos e sites que “fetichizam” as armas e o seu uso; fazer campanhas públicas e midiáticas, muito bem direcionadas, para que as armas passem a ser compreendidas socialmente como um sério problema e não como uma solução; tornar mais severa a censura conforme a idade de filmes que exaltam a violência e o uso de armas no cinema na televisão e na internet; e realizar campanhas presenciais com variados públicos em escolas, comunidades e demais instituições públicas e comunitárias para esclarecer, de forma ativa, o máximo de pessoas, sobre os reais perigos de uma arma de fogo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Campus da UFMS passa a contar com manutenção de presos - 16/04/2019

Está em funcionamento há cerca de 30 dias um convênio da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) com o Conselho da Comunidade de Campo Grande para contratação de mão de obra prisional para prestação de serviços gerais e de jardinagem. Inicialmente, foram abertas 15 vagas, cujos presos estão cumprindo jornada de trabalho na Cidade Universitária, localizada na Av. Costa e Silva, no bairro Pioneiros. No mês de maio, o quantitativo deve dobrar, sendo que até o mês de julho a ampliação deve chegar a 60 vagas.

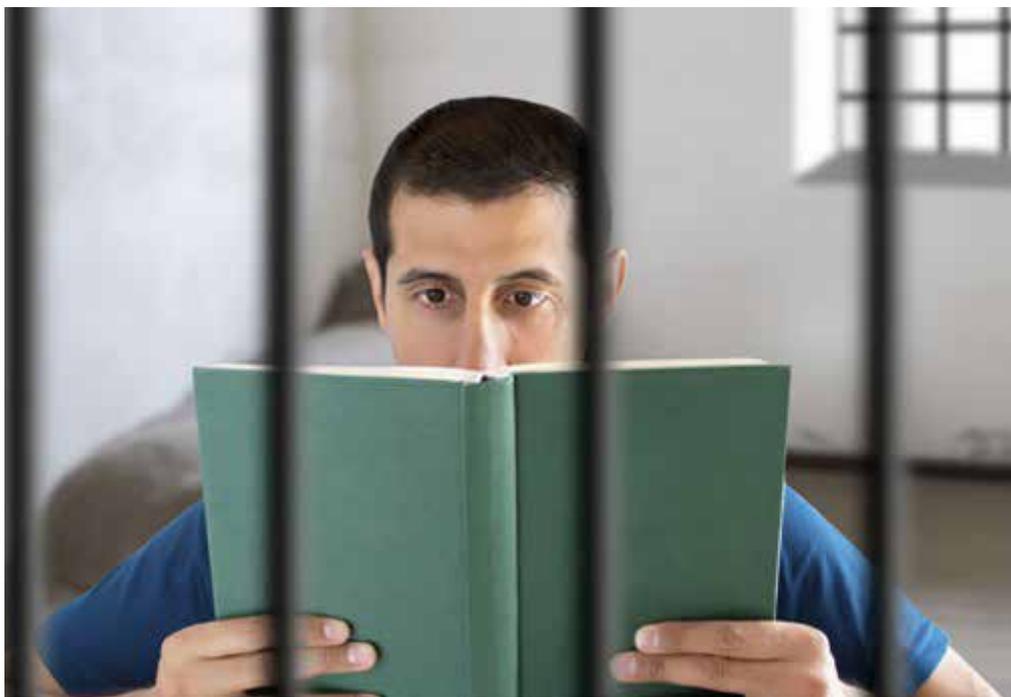
A seleção dos reeducandos é feita pelo Conselho da Comunidade, que também realiza o transporte diário e o pagamento do salário dos detentos. Neste momento, os trabalhos estão concentrados em pequenos reparos da parte hidráulica, elétrica, alvenaria e pintura, sendo que a partir de maio o grupo começará a atuar também na limpeza de toda área verde e até julho toda a parte de manutenção da universidade esteja nas mãos dos presos.

Por meio da parceria, a instituição de ensino reduzirá gastos com a contratação de pessoal para serviços de apoio, bem como contribuirá com a reinserção do reeducando na sociedade.

Outras instituições já optaram pelo uso da mão de obra prisional para serviços de manutenção, como a Prefeitura do Parque dos Poderes, onde 25 presos prestam serviços diariamente. Outros 20 detentos são contratados pelo Parque das Nações Indígenas. Todos eles encaminhados pelo Conselho da Comunidade de Campo Grande.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Varas de Execução Penal instituem possibilidade de remição de pena pela leitura 16/04/2019



Está publicada no Diário da Justiça desta terça-feira (16) uma portaria conjunta das Varas de Execução Penal que institui a possibilidade de remição de pena pela leitura. A contagem de tempo para fins de remição será feita à razão de quatro dias de pena para cada 30 dias de leitura e a medida será válida para os estabelecimentos carcerários de regime fechado, semiaberto e presídio militar em Mato Grosso do Sul.

A remição pela leitura já era aplicada pelas varas criminais das comarcas de Aquidauana (2015), Nova Andradina (2015) e Paranaíba (2014). Com a portaria, a prática fica normatizada para ser utilizada pelos juízos criminais em todas as comarcas sul-mato-grossenses. Assim, o participante terá a possibilidade de remir até 48 dias de sua pena por ano.

Importante lembrar que a participação do preso deve ser voluntária, podendo fazer parte os reeducandos capazes de elaborar uma resenha da obra literária lida ou participar de prova aplicada com apoio de professores.

O acervo de livros disponibilizados para os presos será composto por obras selecionadas por professores da UFMS, responsáveis por avaliar os trabalhos apresentados pelos condenados, que terão 30 dias para leitura e posteriormente 10 dias para resenha.

A seleção dos presos aptos a participar e a orientação das atividades serão feitas por comissões presididas pelo diretor da unidade prisional. Formada a turma de participantes, será realizada uma oficina de leitura para que os detentos sejam informados da necessidade de se alcançar os objetivos propostos para a remição da pena pela leitura.

A portaria segue a Recomendação nº 44, do Conselho Nacional de Justiça, na qual é estabelecida a determinação de que se deve estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura aos apenados que não tenham assegurados o direito ao trabalho, educação e qualificação profissional.

De cada resenha serão cobradas a estética, a limitação ao tema e a fidedignidade. Cada trabalho entregue será analisado observando-se a compreensão e a compatibilidade com o livro escolhido para leitura, e o resultado da análise será enviado ao juízo. O Ministério Público e a defesa serão ouvidos pelo magistrado e este decidirá sobre o aproveitamento e a correspondente remição.

Em caso de plágio detectado, o trabalho não será aproveitado para fins de remição, ainda que o reeducando apresente outra resenha sobre a mesma obra. Os livros devem ser adquiridos em 90 dias e cada unidade prisional receberá, no mínimo, 20 exemplares.

Se o preso extraviar ou danificar o exemplar a ele emprestado, responderá por dano ou apropriação indébita, além de prática de falta disciplinar de natureza grave. A portaria é assinada pelos juízos da 1ª e 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, da Vara da Justiça Militar Estadual, da 3ª Vara Criminal de Dourados e da Vara de Execução Penal do Interior (VEPin).

“A leitura contribui para o processo de reinserção social do custodiado, porque agrega valores ético-morais à sua formação. Além disso, as unidades penais de regime fechado em MS oferecem poucas vagas para estudo regular, trabalho e qualificação. Assim, não poderíamos ficar inertes a uma dura realidade brasileira: o tempo ocioso depõe contra a dignidade do ser humano”, disse o juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, que responde pela VEPin e é um dos juízes proponentes da nova medida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ tem serviço de conciliação para acidentes com danos materiais - 23/04/2019

Dirigir todos os dias pela cidade é um desafio e uma necessidade nos tempos atuais. Por mais que se tenha cuidado, a possibilidade de se envolver em um acidente é grande, mesmo que seja uma batida pequena, com apenas danos materiais. Para estes casos, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul disponibiliza para as cidades de Campo Grande, Dourados, Três Lagoas e Corumbá um serviço itinerante do Juizado de Trânsito. No atendimento os envolvidos saem com um acordo firmado, não sendo necessário comparecer ao Juizado para ingressar com um processo. O serviço é totalmente gratuito. Na Capital, a Van está disponível das 7 às 22 horas todos os dias, inclusive nos feriados. Basta ligar para o número 159 ou 0800-6471333.

A Secretaria de Comunicação do TJMS acompanhou uma tarde de atendimentos em uma das duas Vans do Trânsito que atendem em Campo Grande. O serviço é vinculado à 9ª Vara do Juizado Especial da Capital e o juiz responsável é Djailson de Souza. Em duas horas foram acompanhados dois chamados.

O primeiro caso aconteceu na Av. Gury Marques, na Região Sul de Campo Grande, e envolveu um ônibus e uma camionete. Em um declive, a camionete perdeu a tração e desceu de ré, colidindo com o para-brisa do ônibus. O motorista do coletivo avisou a empresa, dona do veículo, que ligou na central de atendimento do Juizado de Trânsito. Em poucos minutos a unidade móvel chegou ao local.

Na Van do trânsito, atuam um conciliador e um policial militar, além do motorista. No atendimento são levantados os dados dos envolvidos, a dinâmica do acidente e verificado se os documentos dos veículos e dos motoristas estão em dia. Além disto, o acidente não pode envolver vítimas nem dano ao patrimônio público.

Depois de o policial militar fazer o boletim de ocorrência e o conciliador explicar o procedimento de conciliação, que dispensa a abertura de processo judicial, os dois motoristas entraram em um acordo para que o proprietário da camionete pagasse o dano de forma parcelada. Isto evitou um novo processo e os custos de uma ação judicial.

Gilson é o dono da camionete que se envolveu no acidente com o ônibus. Ele explicou que estava levando seu veículo para uma oficina, quando se envolveu no acidente. Também contou que não conhecia o serviço do Juizado de Trânsito. “Eu achei bom. Apesar de estar desempregado, vou ter que arcar com essa batida. Graças a Deus ninguém se machucou, isto é o que importa”, ressaltou o motorista.

Segundo o conciliador Gilvan Vieira Nunes, quase todos os atendimentos finalizam com um acordo. Para ele, o serviço da Van do Trânsito é aprovado pela população, que conhece como o serviço funciona e que dá resultado. “No atendimento, nós aplicamos a técnica da conciliação, reforçamos e explicamos para as partes as normas de circulação de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e orientamos sobre a possibilidade de se fazer acordo com os benefícios de resolução do conflito de modo consensual”, explica o conciliador.

O acordo, conta Gilvan, torna-se um título executivo judicial, que pode ser cobrado em juízo, ou seja, caso a parte que tenha o dever de realizar o conserto não o faça, a outra parte pode executá-la judicialmente. Por isto, o acordo é uma boa forma de resolver o problema de uma batida de trânsito. Contudo, caso os envolvidos não queiram um acordo, tudo é reduzido a termo. Todas as informações são coletadas e, a partir disto, inicia-se o processo.

No segundo atendimento, na região central de Campo Grande, o motorista João Paulo, que dirigia um Fiat Uno Mille, se descuidou e bateu atrás de um Hyundai HB20, conduzido por João Francisco, que diminuiu a velocidade para aguardar outro carro que parou em sua frente. Ele então entrou em contato com a seguradora, que solicitou que entrasse em contato com o Juizado de Trânsito.

João Francisco também não conhecia o serviço do Juizado, mas gostou do resultado. “Eu avisei que meu carro tem menos de seis meses da compra e então eu queria que fosse arrumado dentro da concessionária em que eu comprei. E foi isto que ficou acordado com o rapaz que causou o acidente”, disse o motorista, contando que fazer o acordo foi uma ótima decisão.

Sobre este caso, o conciliador explica que o entendimento é de que se o carro foi adquirido zero km, há, pelo menos três anos, o proprietário do veículo tem direito de solicitar o reparo na concessionária.

Estatísticas – O Juizado de Trânsito foi criado e inaugurado no ano de 2002 e de lá para cá o número de atendimentos, na Capital, só tem aumentado. Naquele ano, e nos seguintes, a média foi de 1.000 atendimentos em 2002, para 2.500 em 2004.

As estatísticas mais recentes mostram que entre os anos de 2012 e de 2018, a média de atendimento foi de 4 mil, sendo que em 2013 houve um aumento, para quase 5 mil atendimentos.

Conheça – O serviço do Juizado de Trânsito foi criado em 2002 em Campo Grande e logo os atendimentos foram estendidos para outras comarcas, com grande densidade demográfica. Foi o caso de Corumbá e Três Lagoas que, em janeiro de 2014, foram contemplados com o atendimento. Em novembro do mesmo ano foi a vez da comarca de Dourados contar com o atendimento.

É importante lembrar que não há atendimento quando o acidente envolve carros oficiais ou resulte dano ao patrimônio público (como postes, semáforos), quando ocorrem óbitos ou feridos de algum envolvido, ou, ainda, nos casos em que haja indícios de crime de trânsito, como, por exemplo, conduzir veículo sob a influência de álcool ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz representa TJMS no 6º Enastic.je em Recife-PE - 25/04/2019

O juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo, da 1ª Vara do Juizado Especial da Capital, está em Recife-PE, representando o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no 6º Enastic.je, que acontece até esta sexta-feira (26). O evento tem o objetivo de debater sobre as principais tecnologias aplicadas à Justiça estadual e trará cases aplicados à realidade do Judiciário, como soluções de Inteligência Artificial desenvolvidas e utilizadas por tribunais do Brasil. Ainda conta com debates com especialistas da área, no intuito de compartilhar ideias e experiências para um progresso ainda mais eficaz.

Nesta quinta-feira (25), o juiz Vitor Guibo participa, no período da tarde, como mediador do workshop Judiciário Exponencial com Método Data Drive Canvas, com equipe Judiciário Exponencial e iMaps. Esta é uma atividade prática, dentro do evento para desenvolvimento de processos criativos, e o magistrado sul-mato-grossense conduzirá o grupo a resolver um problema existente na atuação do Judiciário estadual e, no final, apresentará o resultado do grupo.

O evento foi realizado em 2018 em Campo Grande e contou com o apoio do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. O 6º Enastic.je, realizado em Recife-PE, tem três dias atividades e começou ontem (24). O evento reúne magistrados e servidores de Tribunais de todo o País, além de especialistas na área de Tecnologia da Informação e da participação de empresas do ramo, que buscam novas estratégias de negócios e produtos que poderão, no futuro, facilitar e melhorar o trabalho jurisdicional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conselho da Comunidade da Capital é reconhecido como um dos melhores do país 07/05/2019



Nesta segunda-feira (6), o Salão Negro, na sede do Palácio da Justiça, em Brasília (DF), sediou a solenidade de entrega do Selo Resgata, uma forma de reconhecimento destinado a empresas que contratam presos, egressos do sistema prisional e pessoas que cumprem penas alternativas.

O ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, e o diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Fabiano Bordignon, fizeram a entrega do Selo a 198 empresas de 15 estados, e o Conselho da Comunidade de Campo Grande foi um dos agraciados. O juiz titular da 2ª Vara de Execução Penal da Capital, Albino Coimbra Neto, representou o Judiciário sul-mato-grossense na entrega da homenagem.

De acordo com o magistrado, o Ministro Moro ressaltou a necessidade de parcerias para que o sistema funcione com eficiência. O juiz Albino Coimbra destacou que o selo recebido é o reconhecimento do sistema de trabalho que vem sendo realizado em Mato Grosso do Sul, no qual a ressocialização efetivamente acontece. “Nós buscamos cada vez mais parcerias para incentivar a contratação de presos do sistema semiaberto e isso, inclusive, impacta na diminuição da superlotação do sistema presidiário”, comentou.

Numa conta bem simples, um preso que ganha um dia a cada três trabalhados, em um ano pode acelerar o cumprimento de sua pena em mais de 100 dias.

“O trabalho em busca de parceria tem bons resultados, embora falte mais envolvimento de órgãos municipais e até estaduais”, explica o juiz, acrescentando que na iniciativa privada sempre tem sucesso, como um exemplo recente, no qual uma rede de supermercados ampliou de 14 para 200 os presos em serviço. A ampliação favorece em números, mas também melhora as oportunidades, considerando que foram estruturadas duas unidades escolares na rede de supermercados, nas quais os presos, de 10 em 10, passarão por cursos profissionalizantes de segmentos como o de hortifrutigranjeiros e que pode proporcionar, inclusive, um emprego nas unidades, depois do cumprimento da pena.

Destaque-se que, ao conceder ao Conselho da Comunidade da Capital a honraria, o Depen reconheceu que a instituição ajuda a mudar paradigmas, superar preconceitos, criar oportunidades e fortalecer a cidadania com a absorção de mão de obra de pessoas privadas de liberdade, cumpridores de penas alternativas e egressos do sistema prisional.

Na prática, a entrega do Selo Resgata é forma de reconhecimento da responsabilidade e comprometimento social da entidade que, em parceria com o Poder Judiciário, por meio da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), atuou na execução do projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade, idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto, como um exemplo prático da filosofia restaurativa, um caminho para que a execução penal possa cumprir o seu papel de reintegrar o preso à sociedade.

Nos últimos dois anos, o juiz Mário José Esbalqueiro Jr. atuou na 2ª Vara de Execução Penal (VEP) da Capital e participou das atividades envolvendo o Conselho da Comunidade. Destaque-se que, ao longo dos cinco anos de existência do projeto, com as reformas foi possível beneficiar 8.834 alunos, em 10 escolas, resultando em uma economia de R\$ 7,5 milhões para os cofres públicos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Programa do TJMS serve de exemplo para modificação na LEP - 08/05/2019

Foto: Assessoria de Imprensa - Senadora Soraya Thronicke

Nesta terça-feira (7), foi apresentado pela senadora de MS, Soraya Thronicke, na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, o relatório do Projeto de Lei do Senado 580/2015 que prevê a obrigatoriedade de o condenado ressarcir o Estado de suas despesas no presídio. A iniciativa já é aplicada em MS, pelo programa “Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade”, e o idealizador, juiz Albino Coimbra Neto, apresentou à Senadora ontem, durante reunião em Brasília, a experiência exitosa do trabalho prisional no regime semiaberto da capital. O PLS visa alterar a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP).

A legislação atual já prevê este ressarcimento, contudo diversos dispositivos inviabilizam este dever do preso de indenizar o Estado. A proposta é tornar obrigatória e facilitar para aqueles que não tem condições, quitarem este débito trabalhando durante o cumprimento de sua pena. “O PLS visa a obrigação do condenado indenizar o Estado com as despesas de sua manutenção na prisão. Ela deve existir ainda que ele não tenha condições econômicas, pois poderá valer-se do produto de seu trabalho. Já o condenado que reúne condições econômicas deve promover o ressarcimento independente de realizar atividade remunerada enquanto cumpre pena”, disse a Senadora de MS.

O Projeto de alteração da LEP já passou pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado e, após passar pela CDH, deve seguir para votação.

Soraya Thronicke ressaltou que a indenização tem natureza cível, não se tratando de nova punição ao condenado. Ela citou, ainda, exemplos, em todo o país, de presídios que realizam a ressocialização por meio do trabalho, com destaque para as iniciativas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na pessoa do juiz Albino Coimbra Neto, que já reformou dez Escolas Estaduais na Capital, com trabalho dos presos, inclusive sendo os materiais utilizados na obra custeados com dinheiro do trabalho dos presos, que atuam em órgãos públicos e em empresas dentro e fora do presídio semiaberto da Gameleira.

“O trabalho abre portas para uma vida muito mais digna, com o trabalho os presos recebem qualificação profissional e passam a ter acesso a vagas de emprego. Isto traz benefícios para sua autoestima, ocupar o tempo e a mente e serem preparados para desafios futuros. Também traz como benefícios a remição de pena”, disse a Senadora na Comissão, dizendo que o desconto deve ser na ordem de 25% da remuneração do preso.

Conheça – A Lei de Execução Penal prevê deveres que o condenado deve cumprir. Em seu art. 39 estão elencados os deveres como a indenização à vítima ou aos seus sucessores, além da indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho. E é neste ponto que o Projeto de Lei do Senado 580/2015 quer tornar obrigatório o ressarcimento ao Estado, frente aos custos do preso durante o cumprimento de sua pena.

Em Campo Grande, já existe regulamentação, por meio da Portaria nº 001/2014, da 2ª Vara de Execução Penal da Capital, que normatizou o trabalho dos apenados, dentro e fora do presídio, instituindo o desconto de 10% de suas remunerações, cujo valor é depositado em conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e fomentar o trabalho prisional, tal como o programa Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade. A normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29, § 1º, “d”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa realiza ação em escola de comunidade indígena - 14/05/2019

A equipe da Justiça Restaurativa Escolar da Coordenadoria de Infância e da Juventude reuniu-se, na última quinta-feira (9), com os professores e funcionários da Escola Municipal Sulivan Silvestre Oliveira - Tumune Kalivono, para construir um plano de ações em conjunto com a comunidade escolar indígena.

A ação visa a construção coletiva do planejamento da “Escola Referência em Justiça Restaurativa Escolar”, além da vivência por todos os participantes do círculo de construção de paz, conclamando à sensibilização, compreensão e envolvimento para permitir que a escola possa ser uma comunidade de aprendizagem permanente a favor da cultura de paz e da não-violência.

O objetivo desta ação em equipe é construir com a comunidade a partir do sonho de cada participante, criar um sonho coletivo, que todos sejam autores a favor da cultura de paz e não-violência no ambiente, provocando a descentralização, o engajamento e o senso de comunidade na implementação da proposição de “Escola Referência em Justiça Restaurativa”, praticando os valores: “empoderamento” e “esperança”, fortalecendo as práticas realizadas e ampliando o número de comprometidos.

Na visão da professora Louise Vieira de Peralta, este momento superou as expectativas e obteve um conhecimento indescritível do alcance deste programa. “O meu sentimento é de gratidão”, conta a professora.

“Sonhar para planejar, planejar para realizar, realizar para celebrar foi o objetivo do encontro realizado com o corpo administrativo e pedagógico da Escola Municipal Sulivan Silvestre Oliveira - Tumune Kalivono”, ressaltou Giovanni Figueiredo, professor e facilitador da escola.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é destaque em resultado da 13ª Semana da Justiça pela Paz em Casa 16/05/2019



Juíza Jacqueline Machado no Encontro em Brasília

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sediou nesta quarta-feira (15) o 2º Encontro das Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e representando a justiça sul-matogrossense no evento estava a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em Mato Grosso do Sul. No encontro foi apresentado o resultado da 13ª semana da Justiça pela Paz em Casa e o Tribunal de Justiça de MS obteve destaque com o segundo lugar em sentenças de mérito na mobilização no período de 11 a 15 de março.

Ela considerou importante o evento entre coordenadoras e coordenadores com o grupo de trabalho que desenvolveu o questionário de avaliação de risco da mulher em situação de violência. O encontro teve a presença das conselheiras do CNJ Daldice Santana, Cristina Ziouva, Maria Tereza Uille Gomes, do ministro Rogério Schietti Cruz (STJ), e da juíza auxiliar do CNJ Flávia Pessoa.

“O questionário servirá para embasar as decisões de medidas protetivas de urgência. Na Casa da Mulher de Campo Grande já é utilizado um questionário semelhante, que auxilia muito o trabalho do magistrado. Foram também apresentados os resultados da 13ª semana da Justiça pela Paz em Casa e o TJMS conquistou o segundo lugar em sentenças de mérito”, disse Jacqueline.

À noite, ela representou MS na abertura do curso A Mulher Juíza, Desafios da Carreira e Atuação pela Igualdade de Gênero. O curso é uma iniciativa da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), com o apoio do CNJ.

Levantamento feito em 2018 pelo CNJ revelou o perfil sociodemográfico da magistratura brasileira: a participação das mulheres no Judiciário ainda é menor que a de homens – 37% mulheres e 63% homens. A pesquisa revelou que as mulheres ainda progridem menos na carreira jurídica em comparação com os homens.

Elas representam 44% no primeiro estágio da carreira (juiz substituto), quando competem com os homens por meio de provas objetivas e passam a corresponder a 39% dos juizes titulares. No entanto, o número de juízas se torna menor de acordo com a progressão na carreira: representam 23% das vagas de desembargadores e 16% de ministros dos tribunais superiores.

“As mulheres representam mais da metade da população brasileira, no entanto a magistratura brasileira é majoritariamente masculina e branca. Grata por este dia e por ouvir mulheres que abriram caminhos”, concluiu a juíza de MS ao falar dos eventos.

Além de Jacqueline Machado, de Mato Grosso do Sul participam as juízas Helena Alice Machado Coelho, Samantha Ferreira Barione, Mariana Rezende Ferreira Yoshida, Carolinne Vahia Concy, Luíza Vieira Sá de Figueiredo, além da desembargadora aposentada Maria Isabel de Matos Rocha.

Luíza Figueiredo participa também como facilitadora da Oficina Gênero e suas Interseccionalidades.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadora quer Núcleo Integrado para proteção da infância - 17/05/2019

Nesta sexta-feira (17), a Coordenadora da Infância e da Juventude de MS, Des. Elizabete Anache, participou de uma audiência pública sobre o Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, realizada na Câmara Municipal de Campo Grande.

Em sua fala, a magistrada apontou algumas formas de o Poder Público atuar contra esta mazela, entre elas, citou a criação de Núcleos de Atendimento Integrado, serviço já previsto na legislação.

Da audiência pública participaram vereadores da Capital, representantes do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e outras instituições da sociedade civil, como parte da ação Maio Laranja e em alusão ao dia de enfrentamento do Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, lembrado no dia 18 de maio.

Elizabete Anache disse que a violência sexual de crianças e adolescentes é um problema grave e não é simples de ser resolvido, mas a melhor forma de se combater esse crime é falar e enfrentar o problema. Segundo a desembargadora, existem vários eixos de atuação, mas os principais são o familiar e o Poder Público.

“Na maior parte das vezes o agressor está dentro da própria casa ou é alguém próximo. Então é na família que é o primeiro filtro onde se conhece e se constata o abuso e a prevenção é o que se precisa fazer. A família tem que saber onde está seu filho, observar as variações de comportamento, observar todas as influências que estão recebendo. Enfim, vigiar e, se for constatado o abuso, denunciar”, disse ela.

A magistrada lembrou algumas iniciativas que o Poder Público deveria adotar para acabar ou, pelo menos, mitigar os abusos sexuais. “É necessário criar mais creches e mais vagas, para que os pais que trabalham, não deixem seus filhos sozinhos ou com conhecidos, evitando possíveis abusos. Outra frente é melhorar a questão habitacional, pois muitas famílias vivem em moradias precárias, muitas vezes em barracos ou casas com apenas um cômodo, e as crianças e adolescentes são expostas a relações sexuais de seus pais e padrastos. Além disto, o art. 88 do ECA já preconiza a Criação de Núcleos Integrados de Atendimento, ou seja, um lugar com serviços públicos centralizados, em que a criança receba um atendimento mais ágil, a exemplo da Casa da Mulher Brasileira”, afirmou a desembargadora.

A situação é grave e para a promotora Fabrícia Barbosa Lima, que participou da audiência pública, o papel de todos é a denúncia para que os casos diminuam. “É possível fazer denúncia, valendo-se do anonimato, ligando para o disk 100 e também para o 190. Uma minoria de casos chega ao conhecimento das autoridades e o MP trabalha com as poucas provas que tem acesso para punir os agressores”, disse a promotora.

A audiência pública na Câmara Municipal foi proposta pelo vereador André Salineiro e, em sua fala, ele salientou que os legisladores da Capital estão preocupados e engajados com o problema do abuso infantil. Segundo Salineiro, o Brasil já tem boas leis, faltando apenas colocar em prática o que já foi normatizado.

“Nós criamos, em âmbito municipal, a legislação que regulamentou a Justiça Restaurativa na Escola, uma realidade que o Poder Judiciário de MS já aplica com muito êxito. Não acredito que criar mais ou endurecer leis irá resolver o problema. Temos que investir na prevenção e no acolhimento”, disse o vereador.

Saiba mais – O Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes foi instituído com a Lei Federal nº 9.970/2000 porque no dia 18 de maio de 1973 a menina Araceli foi sequestrada, violentada e cruelmente assassinada no Espírito Santo. Ela tinha apenas 8 anos. Seu corpo foi encontrado seis dias depois carbonizada e os seus agressores, jovens da classe média alta, nunca foram punidos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Campanha une Poderes no combate ao feminicídio em MS - 27/05/2019



Foi lançada na manhã desta segunda-feira (27), no auditório da Governadoria, a Campanha Estadual de Combate ao Feminicídio, instituída pela Lei Estadual nº 5.202, realizada em conjunto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na solenidade, o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, destacou o empenho e as ações da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, atualmente liderada pela juíza Jacqueline Machado, para diminuir a incidência e aprimorar o atendimento a estas mulheres. “Precisamos expor os fatos, combater esse crime e trabalhar na causa. Esperamos que o aspecto pedagógico da Lei do Feminicídio sirva para que o homem pense duas vezes antes de cometer tal ato, porque a pena é grande”.

Em seu discurso, o governador Reinaldo Azambuja ressaltou que é necessária a participação de toda a sociedade na proteção de mulheres vítimas de violência. “O Governo faz campanha publicitária e convoca instituições, mas precisamos da participação de todos para evitar que mulheres continuem sendo vítimas, principalmente dentro do lar. Quem ama não mata”, frisou o governador.

Tipificado em 2015, o feminicídio é o assassinato de mulheres – motivado por violência doméstica ou discriminação de gênero. É única modalidade de crime que cresceu no Estado no primeiro quadrimestre de 2019, na comparação com o mesmo período do ano passado. As estatísticas foram reveladas por Reinaldo Azambuja.

“Reduzimos índices de vários crimes: 38% menos roubos a estabelecimentos comerciais; 28% menos latrocínios; 28% menos roubos a veículos; e 13% menos homicídios dolosos. Mas no feminicídio tivemos aumento de 8,33%; e nas tentativas de feminicídio aumento de 100%”, lamentou o gestor.

Conscientização – O objetivo da Campanha de Combate ao Feminicídio em MS é informar e conscientizar a sociedade civil sobre as formas de violência contra a mulher e suas consequências, como o feminicídio. Serão realizadas diversas atividades pelos 79 municípios: caminhadas, panfletagens, blitzes educativas, palestras e rodas de conversa. É prevista a participação da atriz e ativista Luiza Brunet na campanha.

No Estado, a Lei 5.202, de autoria do Executivo, instituiu o dia 1º de junho como “Dia Estadual de Combate ao Feminicídio”. A normativa também regulamenta a “Semana Estadual de Combate ao Feminicídio”.

Desde que a lei passou a vigorar em 2018, 124 mulheres morreram em Mato Grosso do Sul. Outras 160 mulheres sobreviveram as tentativas de feminicídio.

Organização – A Campanha de Combate ao Feminicídio em Mato Grosso do Sul é realizada em conjunto pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Além destes, os principais parceiros da iniciativa são o Ministério Público Estadual (MPMS) e a Defensoria Pública.

Além do presidente do TJMS e do Governador do Estado, marcaram presença no lançamento o presidente da ALMS, deputado estadual Paulo Corrêa; o Des. Ruy Celso Barbosa Florence; o procurador-geral de Justiça de MS, Paulo Passos; a subsecretária de Cidadania de MS, Luciana Azambuja; a subsecretária de Políticas Públicas para Mulheres de MS, Giovana Correa Vargas; e os secretários estaduais Eduardo Riedel (Governo e Gestão Estratégica), Antônio Carlos Videira (Justiça e Segurança Pública) e Maria Cecília Amendola da Motta (Educação).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do Portal do Governo de Mato Grosso do Sul

TJMS está em primeiro entre Cortes estaduais com boas práticas de ODS da ONU 27/05/2019



Com base no 1º Relatório de Atividades da Agenda 2030 no Poder Judiciário Brasileiro, da ONU e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul figura em primeiro lugar entre as Cortes estaduais com maior número de Boas Práticas cadastradas sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS). O TJMS é o segundo colocado quando considerado todos os Tribunais e ramos do Poder Judiciário no Brasil. São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas a serem atingidas no período de 2016 a 2030.

Pelo relatório, estão cadastradas 487 boas práticas, sendo 54 criadas e realizadas pelo Poder Judiciário MS. O relatório pode ser acessado pelo link <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/agenda2030/boas-praticas>, dentro do sítio eletrônico do CNJ.

Os resultados já alcançados simbolizam um marco indelével de inovação no Poder Judiciário Brasileiro, colocando o jurisdicionado como foco principal dos serviços prestados pela Justiça.

Saiba mais – São 17 os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis, propostos pela Organização das Nações Unidas (ONU), em sua Agenda 2030, e buscado pelo Poder Judiciário em sua atuação:

- 1 - Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
- 2 - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- 3 - Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
- 4 - Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
- 5 - Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
- 6 - Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos;
- 7 - Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
- 8 - Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos e todas;
- 9 - Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;

- 10 - Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;
- 11 - Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
- 12 - Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
- 13 - Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos;
- 14 - Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
- 15 - Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;
- 16 - Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;
- 17 - Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS adere ao movimento ElesPorElas HeForShe pela igualdade de gênero 05/06/2019



O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Paschoal Carmello Leandro, assinou na manhã desta quarta-feira (5), na sala de reuniões da Presidência, o termo de adesão e plano de trabalho do movimento ElesPorElas HeForShe, da ONU Mulheres Brasil. O documento foi assinado ainda pela representante interina da ONU Mulheres Brasil, Ana Carolina Querino e tem por objetivo um novo pacto civilizatório no qual líderes e organizações são mobilizadas para ações mais efetivas.

O TJMS é o terceiro tribunal do país a aderir ao movimento e o primeiro a ter um plano de trabalho, com ações concretas, que compreende cooperação das duas instituições entre 2019 e 2020. As ações se dividem em articulação e defesa do acesso das mulheres à justiça, ações formativas, ações de mobilização social e monitoramento e avaliação, fundamentadas no ordenamento jurídico brasileiro e em normativas internacionais sobre direitos humanos das mulheres.

Na assinatura do termo de adesão, o presidente do TJ ressaltou a importância deste movimento da ONU Mulheres Brasil para mudar a cultura brasileira e instituir a igualdade de gênero. “Estamos em busca de alternativas para dar continuidade a todos os projetos já em andamento. Nós temos feito o possível em várias frentes, inclusive o nosso Comitê de Gênero, Raça e Diversidade, sob a coordenação do Des. Odemilson Fassa, está em pleno trabalho e tem debatido o assunto tentando dar um apoio não só aos nossos servidores mas também para a população sul-mato-grossense. Temos trabalhos sociais intensos, programas sociais, ações estas que desenvolvemos em benefício do jurisdicionado. Sejam bem-vindos, com certeza essa parceria vai dar certo, toda nossa equipe está à disposição de vocês”, destacou o Des. Paschoal Carmello Leandro.

A representante interina da ONU Mulheres Brasil enalteceu a importância do engajamento do TJMS com o acesso das mulheres à justiça; iniciativas para atender grupos vulneráveis, entre elas mulheres indígenas e mulheres negras; prevenção à violência contra as mulheres e engajamento de homens com a igualdade de gênero. “O TJMS tem desenvolvido projetos diferenciados com foco em direitos das mulheres, inclusive mobilizando homens para relações equitativas. A adesão ao movimento ElesPorElas – HeForShe fortalecerá esse trabalho e possibilitará mais colaboração para que mulheres indígenas e mulheres negras sejam mais bem integradas nas iniciativas aos temas de gênero no estado do Mato Grosso do Sul”, afirma Ana Carolina Querino.

Para a coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica, juíza Jacqueline Machado, a adesão à campanha ElesPorElas HeForShe é um grande passo para integrar os homens nesse tema da igualdade de gênero, previsto na Agenda 2030 (ODS 05), dentro do próprio Judiciário. “Por isso o CNJ criou o laboratório de inovação, inteligência e objetivos de desenvolvimento sustentável, a fim de unir conhecimento e cooperação em prol das metas globais da ONU. Entendo que os ODS devem ser pauta de todos que creem na ética, na humanidade, na igualdade e solidariedade entre os povos, o que vem ao encontro dos objetivos do Poder Judiciário de MS”, ressaltou a magistrada.

Participaram do ato de assinatura a gerente de projetos da ONU Mulheres, Fernanda de Carvalho Papa, e a assessora do escritório do órgão, Isabel Clavelin.

Trabalho conjunto – O anúncio da cooperação técnica reforça parceria já iniciada entre as duas instituições por meio da adaptação local das Diretrizes sobre Femicídio, desde 2016, e ações formativas, como cursos de comunicação nos anos de 2018 e 2019.

A partir da adesão, o TJMS e a ONU Mulheres Brasil passam a colaborar, no período 2019-2020, para as seguintes iniciativas fundamentadas no ordenamento jurídico brasileiro e em normativas internacionais sobre direitos humanos das mulheres: ações de articulação e advocacy para acesso das mulheres à justiça, ações formativas, ações de mobilização social e monitoramento e avaliação.

Entre os destaques, estão as ações de mobilização social, que se destinam ao engajamento de diferentes grupos sociais, com vistas à sensibilização, conscientização e engajamento com a igualdade de gênero, empoderamento de mulheres e meninas, eliminação do racismo e de outras formas de violação de direitos humanos sob a liderança do TJMS em apoio ao movimento ElesPorElas HeForShe e ao mandato da ONU Mulheres Brasil.

Dentre os pontos de intensa mobilização estão o Dia Laranja pelo Fim da Violência contra as Mulheres, articulada no dia 25 de cada mês, e os 16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres, ambos relacionados à campanha internacional do Secretário-Geral da ONU “UNA-SE pelo Fim da Violência contra as Mulheres”, e o apoio à campanha Vidas Negras, da ONU Brasil, pelo fim do racismo e da violência letal contra a juventude negra.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da ONU Mulheres Brasil

Novas Mídias: TJ e ONU capacitam mulheres indígenas em Dourados - 06/06/2019

Até sexta-feira (7), a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) sedia o curso Mulheres Indígenas e Novas Mídias. A intenção é desenvolver atividades para capacitar mulheres indígenas para a produção e divulgação de conteúdos em mídias alternativas e fortalecer a rede de enfrentamento à violência contra as mulheres na cidade de Dourados.

Esta é a primeira vez que o curso Mulheres Indígenas e Novas Mídias é realizado em todo o país, direcionado para pessoas indígenas, jornalistas, estudantes e comunicadores. Destaque-se que a facilitação será responsabilidade de uma mulher indígena: a cineasta Graciela Guarani.

O evento é uma realização do Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, e da ONU Mulheres, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, a Faculdade Intercultural Indígena (Faind), Faculdade de Ciências Humanas (FCH/UFGD), a Unesco, além do apoio da Voz das Mulheres Indígenas.

A cerimônia de abertura foi iniciada com uma reza indígena, que lotou o palco do anfiteatro do Ceud, e uma apresentação cultural, que impactou os presentes. Palestraram sobre o tema central do evento Cleidiana Ramos, doutora em Antropologia; Graciela Guarani, comunicadora, cineasta, fotógrafa, oficina de audiovisual, e Isabel Clavelin, da ONU Mulheres.

Compuseram a mesa a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar; a gerente de projetos da ONU Mulheres, Fernanda Papa; Suzie Vito, do grupo Voz das Mulheres indígenas; Marisa Lomba, da Faculdade de Ciências Humanas/UFGD; Adriana Sales, do Núcleo de Assuntos Indígenas (NAIN); Ana Carolina Santana Moreira, do Núcleo de Diversidade de Gênero e Sexual/UFGD; Vanderleia Rocha, da Faculdade Intercultural Indígena, e Jaqueline Gonçalves Porto, da aldeia Jaguapiru.

Para a juíza Jacqueline Machado, o evento é muito importante, pois é necessário permitir que as mulheres indígenas tenham voz, que sejam ouvidas. No entender da magistrada, elas sofrem todos os tipos de violências que as mulheres sofrem, mas tem uma vulnerabilidade a mais pelo fato de serem indígenas.

Jacqueline mencionou a parceria com a ONU para expressar que a união deve render bons frutos e muito disso se deve à administração do TJMS, que tem envidado todos os esforços para que a Coordenadoria da Mulher consiga firmar termos de cooperação tão importantes.

“A mulher indígena está na mídia, mas de uma forma estereotipada. Precisamos que ela venha para a mídia e diga a situação em que vive dentro das aldeias, a situação de vulnerabilidade que a atinge e a violência que vive hoje. Queremos estar no lugar de escuta para que essas mulheres digam as dificuldades que têm no acesso à justiça, como podemos abrir as portas do Judiciário e entregar uma justiça que seja proveitosa, já que por vezes a prestação jurisdicional atual não é eficaz para a mulher indígena, no meio onde ela vive”.

Nos próximos dois dias de trabalho serão abordadas questões como mulheres indígenas, saúde, acesso aos direitos no contexto de enfrentamento ao racismo, etnocentrismo e à violência em sociedade, além da abordagem sobre comunicação, mídias sociais, ética e princípios da solidariedade e justiça social.

Para a manhã desta quinta-feira está programada uma visita em uma aldeia indígena, a Aldeia Bororó, na área rural de Dourados, e a retomada do curso no período vespertino. O encerramento será na sexta-feira (7), às 13 horas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário reafirma engajamento à agenda socioambiental - 26/06/2019**Foto: Comunicação/CNJ**

Presidentes dos tribunais superiores reafirmaram em seminário nesta quarta-feira (26), em Brasília, o engajamento do Poder Judiciário à agenda socioambiental. A Justiça brasileira poderá incorporar em 2020, de forma inédita, a chamada Agenda 2030, conjunto de 17 metas globais estabelecidas pelas Nações Unidas (ONU) de preservação do meio ambiente e de desenvolvimento sustentável. O respeito ao meio ambiente, no entanto, está previsto na Constituição Federal desde sua promulgação, em 1988, lembrou o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, na solenidade de abertura do VI Seminário de Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário, realizado na sede do Superior Tribunal de Justiça (STJ). As servidoras Érika Rosa, diretora executiva da Presidência, e Tatiana Barbosa Rodrigues, gestora socioambiental, representam o TJMS no evento.

O ministro considerou o momento atual como de amadurecimento da sustentabilidade como política pública do Judiciário, principalmente desde a aprovação da Resolução CNJ n. 201, em março de 2015. O normativo determinou aos tribunais brasileiros o monitoramento constante da economia de recursos materiais nas suas unidades administrativas, sob a coordenação do Conselho. “Mensalmente chegam ao CNJ dados detalhados sobre o consumo de papel, gastos com água e energia elétrica, consumo de combustível, material destinado à reciclagem, entre outros. Esse conjunto de informações é importante para que o Poder Judiciário faça uma gestão eficiente e assertiva, que estimule condutas de trabalho que contribuam para um Brasil mais sustentável para as futuras gerações”, disse o ministro.

A representante da ONU Meio Ambiente no Brasil, Denise Hamú, disse que a escala dos problemas ambientais tem mudado ao longo dos anos, com a pressão demográfica, as emissões de CO2, as mudanças climáticas e o uso insustentável dos recursos naturais. De acordo com a responsável pela principal autoridade global sobre meio ambiente no país, é oportuna a parceria estabelecida com a Justiça do Brasil.

Determinação do CNJ – O corregedor nacional de Justiça, ministro Humberto Martins, lembrou que a implantação de um plano de logística sustentável no âmbito do Judiciário não é um ato discricionário, mas uma determinação do Conselho Nacional de Justiça, disciplinada na Resolução n. 201, de 2015, que instituiu e estabeleceu as competências das unidades socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário.

Martins afirmou ser política prioritária da Corregedoria Nacional oferecer apoio ao planejamento estratégico sustentável da Justiça brasileira, sensibilizando as autoridades e gestores sobre a importância da eficiência administrativa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agência CNJ de Notícias

Pacto Nacional pretende dar efetividade a direitos na Primeira Infância - 26/06/2019

Durante toda a terça-feira (25), a Coordenadora da Infância e Juventude de MS, Desa. Elizabete Anache, e a juíza Katy Braun do Prado, titular da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso da Capital, estiveram em Brasília representando a magistratura sul-mato-grossense no Seminário do Pacto Nacional pela Primeira Infância.

O Pacto Nacional pela Primeira Infância reuniu de forma inédita as principais instituições da República, além de diversas entidades da sociedade civil ligadas à infância, em torno da missão de reduzir a vulnerabilidade social das crianças brasileiras para lhes garantir seus direitos. O objetivo do pacto firmado entre autoridades dos três poderes é dar efetividade a direitos que, embora previstos em lei, não são assegurados aos brasileiros com menos de seis anos.

Para a desembargadora Elizabete Anache, a importância da assinatura do pacto decorre da participação das principais instituições da República e de cerca de 40 entidades da sociedade civil ligadas à infância, todas imbuídas do mesmo propósito: reduzir a vulnerabilidade social das crianças brasileiras para lhes garantir seus direitos.

De acordo com a magistrada, o Brasil possui uma das legislações mais avançadas no mundo em matéria de direitos da infância, mas é preciso que as políticas públicas sejam voltadas para dar prioridade para a infância. Ela lembra também que a comunidade científica internacional recomenda que os governos invistam em políticas públicas, serviços e programas que promovam os cuidados necessários para o desenvolvimento integral da criança de zero a seis anos.

“Um dos aspectos mais importantes é que nessa fase da vida se tem uma janela de oportunidades, pois é de zero a seis anos que se organizam as competências emocionais cognitivas, sociais e motoras, a partir das quais o desenvolvimento adulto acontecerá”, explicou a Desa. Elizabete Anache.

Em um dos workshops, a juíza Katy Braun apresentou o Projeto Dar à Luz, executado em Mato Grosso do Sul desde 2011, como uma oportunidade de prestar apoio à gestante que tenciona colocar seu filho para adoção. A gestante é ouvida por uma psicóloga e uma assistente social, recebe orientação sobre como conduzir com responsabilidade a gestação, as implicações de sua decisão, além de orientações sobre como agir diante de eventuais assédios para entregar de forma ilegal a criança.

Idealizado pela própria juíza, o projeto objetiva oferecer um serviço de acolhimento, apoio e orientação às mulheres/mães que desejam entregar seus filhos em adoção, favorecendo a reflexão sobre o processo de decisão e sobre a importância da entrega responsável.

“Nós já acompanhamos muitas gestantes que, ao obterem alta hospitalar, entregam seus bebês no Fórum, de forma legal. É importante que todos saibam que não é crime dar o filho para adoção. Crime de abandono de incapaz é deixá-los na rodoviária, em portas de residências alheias, em terrenos baldios e abortar”, explica Katy.

Programação – Durante a manhã, duas palestras prenderam a atenção dos participantes. A primeira abordou a importância das políticas públicas para a proteção e promoção do desenvolvimento de crianças na Primeira Infância, e a segunda discutiu os avanços do Marco Legal da Primeira Infância e a necessidade de regulação.

Houve ainda a apresentação do projeto “Justiça Começa na Infância: fortalecendo a atuação do sistema de justiça na promoção de direitos para o desenvolvimento humano integral”, pelo juiz Richard Pae Kim, Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica do Conselho Nacional de Justiça.

No período vespertino foi realizado o painel A interface entre o Sistema de Justiça e as políticas de Assistência Social, Educação, Saúde, Cultura e Direitos Humanos na proteção às crianças na Primeira Infância, seguido de quatro workshops temáticos e apresentação de boas práticas implementadas na Região Centro-Oeste e no Tocantins.

Assinaram o documento pelo Governo Federal o ministro da Educação, Abraham Weintraub, a ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, Damares Alves, o ministro da Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, Osmar Terra, além dos ministros interinos da Saúde, João Gabbardo, e da Justiça e Segurança Pública, Luiz Pontel de Souza.

Representaram o Sistema de Justiça a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, o presidente do Colégio Geral dos Defensores Gerais, o defensor José Fabrício Silva de Lima, e o presidente do Conselho Federal da OAB, Felipe Santa Cruz, além do presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), ministro José Múcio Monteiro. A deputada que preside a Frente Parlamentar da Primeira Infância, Leandre Dal Ponte, representou o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



Jurisprudência Cível

Des. Alexandre Bastos

Apelação nº 0817296-04.2014.8.12.0001 - Campo Grande	032
Mandado de Segurança nº 1411250-11.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	037
Agravo de Instrumento nº 1414634-79.2018.8.12.0000 - Campo Grande	042

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Agravo de Instrumento nº 1412166-45.2018.8.12.0000 - Corumbá.....	048
Mandado de Segurança Cível nº 1412981-42.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	060
Apelação Cível nº 0002227-38.2009.8.12.0001 - Campo Grande.....	068

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Ação Rescisória nº 1402621-48.2018.8.12.0000 - Dourados	084
Direta de Inconstitucionalidade nº 1408615-91.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	092
Apelação Cível nº 0804767-76.2016.8.12.0002 - Dourados	104

Des. Divoncir Schreiner Maran

Apelação nº 0807150-93.2017.8.12.0001 - Campo Grande	108
Apelação Cível nº 0800868-27.2017.8.12.0005 - Aquidauana.....	112
Agravo de Instrumento nº 1402956-33.2019.8.12.0000 - Coxim.....	115

Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1414022-44.2018.8.12.0000 - Campo Grande	120
Apelação Cível nº 0029054-57.2007.8.12.0001 - Campo Grande.....	128
Apelação Cível nº 0809943-70.2015.8.12.0002 - Dourados	139

Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0829426-55.2016.8.12.0001 - Campo Grande	148
Agravo de Instrumento nº 1404775-05.2019.8.12.0000 - Campo Grande	154
Direta de Inconstitucionalidade nº 1404646-97.2019.8.12.0000 - Campo Grande.....	158

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0800556-84.2014.8.12.0028 - Bonito.....	165
Apelação nº 0047561-51.2016.8.12.0001 - Campo Grande	175
Apelação Cível nº 0811026-19.2018.8.12.0002 - Dourados	179

Des. João Maria Lós

Apelação nº 0831398-94.2015.8.12.0001 - Campo Grande	184
Apelação nº 0045626-30.2003.8.12.0001 - Campo Grande	188
Direta de Inconstitucionalidade nº 1400599-17.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	191

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento nº 1414136-80.2018.8.12.0000 - Campo Grande	197
Apelação Cível nº 0803414-70.2018.8.12.0021 - Três Lagoas	201
Agravo de Instrumento nº 1401923-08.2019.8.12.0000 - Ponta Porã	211

Des. Julizar Barbosa Trindade

Agravo de Instrumento nº 1401675-42.2019.8.12.0000 - Campo Grande	215
Apelação Cível nº 0842137-92.2016.8.12.0001 - Campo Grande.....	220
Apelação Cível nº 0024685-44.2012.8.12.0001 - Campo Grande.....	224

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0839516-30.2013.8.12.0001 - Campo Grande	229
Apelação nº 0807460-65.2018.8.12.0001 - Campo Grande	237
Apelação nº 0841363-28.2017.8.12.0001 - Campo Grande	241
Apelação nº 0801130-23.2016.8.12.0001 - Campo Grande	247
Agravo de Instrumento nº 1403117-48.2016.8.12.0000 - Três Lagoas	253

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0018044-40.2012.8.12.0001 - Campo Grande	258
Apelação nº 0025004-07.2015.8.12.0001 - Campo Grande	262
Agravo de Instrumento nº 1403241-26.2019.8.12.0000 - Angélica	266

Des. Marco André Nogueira Hanson

Mandado de Segurança nº 1404581-39.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça.....	270
Agravo de Instrumento nº 1407815-29.2018.8.12.0000 - Campo Grande	279
Apelação Cível nº 0900510-82.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....	288

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo de Instrumento nº 1403971-37.2019.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul.....	292
Apelação nº 0839209-42.2014.8.12.0001 - Campo Grande	296
Apelação Cível nº 0800462-34.2017.8.12.0028 - Bonito	302

Relator Des. Nélio Stábile

Apelação nº 0801625-70.2017.8.12.0021 - Três Lagoas	305
Apelação Cível nº 0801128-32.2017.8.12.0029 - Naviraí	310
Agravo de Instrumento nº 1409383-80.2018.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul	312

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0801548-76.2017.8.12.0016 - Mundo Novo	314
Apelação nº 0803400-86.2018.8.12.0021 - Três Lagoas	321
Apelação Cível nº 0002270-05.2010.8.12.0012 - Ivinhema	329

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1400531-33.2019.8.12.0000 - Três Lagoas	344
Apelação Cível nº 0806861-71.2015.8.12.0021 - Três Lagoas	351
Agravo de Instrumento nº 1405912-22.2019.8.12.0000 - Nova Andradina	360

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Direta de Inconstitucionalidade nº 1413753-39.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	365
--	-----

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

Ação Rescisória nº 1401312-60.2016.8.12.0000 - Campo Grande	370
Apelação nº 0800371-73.2018.8.12.0006 - Camapuã	400
Agravo de Instrumento nº 1414594-97.2018.8.12.0000 - Bataguassu	404

Relator Des. Vilson Bertelli

Apelação nº 0817394-23.2013.8.12.0001 - Campo Grande	411
Mandado de Segurança Cível nº 1402433-21.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	415
Apelação Cível nº 0800835-95.2017.8.12.0018 - Paranaíba	418

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0800880-98.2018.8.12.0007 - Cassilândia	421
Agravo de Instrumento nº 1401951-73.2019.8.12.0000 - Anastácio	425
Apelação nº 0813592-17.2013.8.12.0001 - Campo Grande	429

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação nº 0808369-15.2015.8.12.0001 - Campo Grande	433
Agravo de Instrumento nº 1413667-68.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul	439
Apelação Cível nº 0013269-79.2012.8.12.0001 - Campo Grande	442

Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Agravo de Instrumento nº 1401555-96.2019.8.12.0000 - Terenos	447
Apelação Cível nº 0804284-62.2015.8.12.0008 - Corumbá	451
Apelação Cível nº 0835336-29.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....	457

Jurisprudência Criminal

Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Apelação nº 0004805-07.2015.8.12.0019 - Ponta Porã	463
Apelação nº 0000102-26.2016.8.12.0010 - Fátima do Sul	473
Apelação Criminal nº 0001075-62.2013.8.12.0017 - Nova Andradina	481

Relatora Des^a Elizabete Anache

<i>Habeas Corpus</i> nº 1403234-34.2019.8.12.0000 - Sidrolândia	489
Recurso em Sentido Estrito nº 0048837-54.2015.8.12.0001 - Campo Grande	494
Agravo de Execução Penal nº 0017380-62.2019.8.12.0001 - Campo Grande	507

Relator Des. Emerson Cafure

Apelação nº 0000631-37.2011.8.12.0037 - Itaporã	511
Apelação nº 0001304-86.2014.8.12.0049 - Água Clara	517
Recurso em Sentido Estrito nº 0840613-26.2017.8.12.0001 - Campo Grande	533

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Execução Penal nº 0000472-16.2019.8.12.0037 - Itaporã	537
<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1403096-67.2019.8.12.0000 - Itaquiraí	541
Apelação Criminal nº 0009035-18.2017.8.12.0021 - Três Lagoas	545

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação nº 0005334-94.2013.8.12.0019 - Ponta Porã	550
Recurso em Sentido Estrito nº 0000761-65.2017.8.12.0021 - Três Lagoas	564
Desaforamento de Julgamento nº 1403567-83.2019.8.12.0000 - Rio Verde de Mato Grosso	582

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação nº 0002273-66.2015.8.12.0017 - Nova Andradina	588
Apelação nº 0033071-53.2018.8.12.0001 - Campo Grande	598
<i>Habeas Corpus</i> nº 1404320-40.2019.8.12.0000 - Dourados	603

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Agravo de Execução Penal nº 0000495-59.2019.8.12.0037 - Itaporã	608
Apelação Criminal nº 0005897-15.2018.8.12.0019 - Ponta Porã	611
Apelação Criminal nº 0024986-78.2018.8.12.0001 - Campo Grande	616

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação Criminal nº 0000001-87.2015.8.12.0021 - Três Lagoas.....	626
Apelação Criminal nº 0003331-77.2015.8.12.0026 - Bataguassu.....	632
Apelação Criminal nº 0005403-53.2018.8.12.0019 - Ponta Porã.....	638

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1401356-74.2019.8.12.0000 - Rio Brillhante.....	646
<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1600731-56.2019.8.12.0000 - Maracaju.....	653
Apelação Criminal nº 0008532-85.2017.8.12.0800 - Campo Grande.....	658

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0011675-59.2014.8.12.0001 - Campo Grande.....	690
Apelação Criminal nº 0000312-49.2017.8.12.0008 - Corumbá.....	696

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0839491-75.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....	703
Apelação Criminal nº 0001240-75.2018.8.12.0004 - Amambai.....	707
<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1405720-89.2019.8.12.0000 - Caarapó.....	715

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1404945-74.2019.8.12.0000 - Campo Grande.....	718
Apelação Criminal nº 0000646-73.2016.8.12.0055 - Sonora.....	736
Apelação Criminal nº 0001511-27.2010.8.12.0049 - Água Clara.....	756

Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

Agravo de Execução Penal nº 0000483-45.2019.8.12.0037 - Itaporã.....	766
Revisão Criminal nº 1403962-75.2019.8.12.0000 - Ribas do Rio Pardo.....	769
Apelação Criminal nº 0001427-92.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....	773

Índice de Assuntos



Jurisprudência Cível

Ação anulatória

Débito fiscal. Cobrança de ICMS sobre operações de exportação de mercadorias fora do prazo. Hipótese de imunidade tributária. Penalidade aplicada em percentual que ultrapassa a obrigação tributária. Indevida. (0801625-70.2017.8.12.0021) - Des. Nélio Stábile..... 305

Ação civil pública

Ato de improbidade administrativa. Procedimento licitatório. Direcionamento do certame à empresa vencedora. Abertura de licitação a pedido do prefeito municipal. Favorecimento de secretário municipal. Empresa interposta. Fraude à execução. (0806861-71.2015.8.12.0021) Des. Paulo Alberto de Oliveira..... 351

Blecaute em empresa de energia elétrica. Morte de peixes. Prejuízo aos pescadores. Dano reflexo ao meio ambiente. Prescrição. Extensão do dano. Supressão de instância. (0803414-70.2018.8.12.0021) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso..... 201

Cadastro ambiental rural. Recomposição da área. Imóvel rural sem cursos d'água naturais. Inferior a quatro módulos fiscais. Prazo. Art. 59 da Lei nº 12.651/12. Multa diária incabível. Constitucionalidade reconhecida. (0002270-05.2010.8.12.0012) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa..... 329

Danos ambientais. Princípio da precaução e da prevenção. Possibilidade de inversão do ônus da prova. Princípio in dubio pro natura. Autarquia Estadual fiscalizadora e concedente das licenças ambientais. (1412166-45.2018.8.12.0000) - Des. Amaury da Silva Kuklinski..... 048

Ação coletiva de consumo

Combustível impróprio comercializado. Posto revendedor. Responsabilidade objetiva do fornecedor Código de Defesa do Consumidor. Art. 28, § 5º do CDC. (0013269-79.2012.8.12.0001) Juiz José Eduardo Neder Meneghelli..... 442

Ação de cobrança

Contrato de prestação de serviços. Intermediação e captação de clientes. Escritório de advocacia. Simulação relativa ou dissimulação evidenciada. Negócio jurídico contrário à lei. Art. 34, III e IV, do Estatuto da Advocacia. (0813592-17.2013.8.12.0001) Des. Vladimir Abreu da Silva..... 429

ECAD. Direitos autorais. TV por assinatura. Retransmissão de obras em quarto de hotel. Cobrança indevida. Prescrição trienal. Art. 68, § 3º da Lei 9.610/98. (0809943-70.2015.8.12.0002) Des. Dorival Renato Pavan... 139

Seguro de vida. Suicídio. Segurado no prazo de carência de dois anos. Dever de pagamento da indenização. Afastado. Aplicação do art. 798 do Código Civil e da Súmula 610 do Superior Tribunal de Justiça. (0804767-76.2016.8.12.0002) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte..... 104

Seguro DPVAT. Perícia judicial. Inversão do ônus da prova. Aplicação da teoria das cargas processuais dinâmicas. Art. 373, § 1º, CPC. (1401675-42.2019.8.12.0000) Des. Julizar Barbosa Trindade..... 215

Ação de desapropriação

Avaliação. Indenização. Complementação do laudo. Benfeitorias não avaliadas pelo ente público. Honorários advocatícios. Decreto-Lei 3.365/41. Equidade permitida. (0047561-51.2016.8.12.0001) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho..... 175

Imissão na posse. Preliminar de intempestividade. Ausência dos requisitos legais. Valor venal do imóvel não corrigido. Desproporcionalidade entre o valor oferecido, depositado e o valor de mercado. Violação ao direito de propriedade. Art.5º, XXXIV, Constituição Federal. (1414594-97.2018.8.12.0000) Des. Sideni Soncini Pimentel404

Ação de imissão na posse

Compra de imóvel em leilão extrajudicial da Caixa Econômica Federal. Indenização pelas benfeitorias. Taxa de fruição. 1% sobre o valor da aquisição do imóvel. (0024685-44.2012.8.12.0001) Des. Julizar Barbosa Trindade224

Ação de indenização

Danos morais. Matéria jornalística. Ponderação de valores. Liberdade de imprensa. Direito de personalidade. Conteúdo não viola o direito à imagem e a honra. Direito de informação. Animus narrandi. Ato ilícito não comprovado. (0800556-84.2014.8.12.0028) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho..... 165

Reparação de danos materiais. Acidente de trânsito causado por menor. Emancipação não reconhecida. Demonstração somente do vínculo empregatício insuficiente. Legitimidade da genitora mantida. (0029054-57.2007.8.12.0001) Des. Dorival Renato Pavan..... 128

Responsabilidade civil. Erro médico. Inversão do ônus da prova indevida. Prova negativa. (1404775-05.2019.8.12.0000) Des. Eduardo Machado Rocha 154

Serviços advocatícios. Negligência dos advogados. Erro de direito. Falta de preparo técnico. Desconhecimento do texto da lei e da jurisprudência aplicável. Responsabilidade civil configurada. (0839516-30.2013.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva229

Sinistro. Morte de filho em local público. Desatenção dos pais. Culpa in vigilando. (0800371-73.2018.8.12.0006) Des. Sideni Soncini Pimentel.....400

Ação de inventário

Direito de herança por representação. Ausência de direito por não haver representação na linha ascendente. Direito deferido apenas aos herdeiros do pré-morto na linha descendente. Art. 1.852, do Código Civil. (1409383-80.2018.8.12.0000) Des. Nélio Stábile312

Extinção do processo. Discussão sobre os bens e união estável. Remessa às vias ordinárias. Possibilidade de prosseguimento. Sentença anulada. (0800835-95.2017.8.12.0018) Des. Vilson Bertelli.....418

Venda de imóvel da empresa. Bloqueio de valores. Sociedade entre cônjuges. Comunhão universal de bens. Confusão patrimonial. Bens da sociedade não podem integrar o montante partilhável. Institutos diversos. Direito de liquidar. (1414634-79.2018.8.12.0000) - Des. Alexandre Bastos.....042

Ação de obrigação de fazer

Averbação de usufruto vitalício. Preceito cominatório. Ilegitimidade passiva reconhecida pelo magistrado na origem. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade. (1401555-96.2019.8.12.0000) Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida447

Fertilização *in vitro*. Plano de saúde na modalidade autogestão. Inaplicabilidade do CDC. Exclusão da cobertura. Art. 35-C, da Lei 9.656/1998. (0835336-29.2017.8.12.0001) Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida 457

Plano de saúde. Autogestão. Inaplicabilidade do CDC. Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. Falecimento do titular. Rescisão do contrato do beneficiário dependente. Ausência de ato ilícito. (0829426-55.2016.8.12.0001) Des. Eduardo Machado Rocha 148

Ação de reintegração

Posse. Ocupação irregular de bem público por particular. Mera detenção. Construção. Inexistência de indenização por benfeitorias. Súmula 619 do Superior Tribunal de Justiça. (0803400-86.2018.8.12.0021) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa..... 321

Ação de repetição de indébito

Agravo de instrumento. Indenização por danos morais. Suspensão do processo. Plataforma de conciliação extrajudicial. Site: consumidor.gov.br. Impossibilidade. Violação à garantia de acesso à justiça. (1405912-22.2019.8.12.0000) Des. Paulo Alberto de Oliveira..... 360

Ação de retificação

Registro civil de casamento. Jurisdição voluntária. Restabelecimento do nome de solteira. Ausência de prejuízos a terceiros. Aplicabilidade dos artigos 57 e 109 da Lei de Registros Públicos. Princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. (0811026-19.2018.8.12.0002) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho 179

Ação direta de inconstitucionalidade

Constituição Estadual. Divisão de competência não elaborada. Lei municipal institui a disponibilização de transporte escolar a alunos do ensino fundamental e médio do município. Ausência de vício material de constitucionalidade. Promoção da educação. Art. 6º da Constituição Federal. (1400599-17.2018.8.12.0000) Des. João Maria Lós 191

Feiras livres. Regulamentação. Lei ordinária. Iniciativa da Câmara Municipal de Ladário. Vício de iniciativa por suposta afronta a matéria reservada ao chefe do Poder Executivo Municipal. (1408615-91.2017.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abs Duarte 092

Lei Municipal. Instituição de programa bolsa-atleta. Iniciativa reservada. Chefe do executivo. (1413753-39.2017.8.12.0000) Des. Ruy Celso Barbosa Florence 365

Medida cautelar. Lei Municipal nº 2.863, de 18/11/2014. Pagamento das custas iniciais comprovado. Obrigatoriedade das concessionárias de veículos plantarem árvores para mitigação do efeito estufa. Usurpação de competência. Fumus boni iuris caracterizado. (1404646-97.2019.8.12.0000) Des. Eduardo Machado Rocha 158

Ação monitória

Cheques sustados. Credor originário. Exceções pessoais opostas. Cessão de crédito. Empresa de Factoring. Súmula 531 do Superior Tribunal de Justiça. (0800880-98.2018.8.12.0007) Des. Vladimir Abreu da Silva..... 421

Ação popular

Fixação de subsídio de vereadores. Regra legislativa. Potencial ofensa constitucional. Irregularidade material. Risco de lesão ao erário. (1403241-26.2019.8.12.0000) Des. Marcelo Câmara Rasslan..... 266

Ação reivindicatória

Extinção por ausência de interesse de agir. Direito real de habitação. Direito deferido à companheira supérstite e seus familiares. (0842137-92.2016.8.12.0001) Des. Julizar Barbosa Trindade..... 220

Ação renovatória

Locação. Falecimento da autora. Extinção do processo. Intimação do espólio. Sucessão processual. Ausência de observância ao art. 11, II, da Lei 8.425/91 e Art. 313, § 2º, II, do Código de Processo Civil. Sentença anulada. (0800462-34.2017.8.12.0028) Des. Marcos José de Brito Rodrigues..... 302

Ação rescisória

Acidente de trânsito. Seguro obrigatório. Revelia da seguradora. Julgamento antecipado da lide. Condenação da requerida ao pagamento integral para invalidez parcial. Falta de análise do grau de invalidez. Violação literal a norma jurídica. Nulidade do processo. Perícia médica. Súmula 474 do Superior Tribunal de Justiça. (1402621-48.2018.8.12.0000) - Des. Claudionor Miguel Abss Duarte..... 084

Mérito. Violação literal de dispositivos de lei não evidenciada. Inexistência de novos documentos. Impossibilidade de invalidar confissão de terceiro. Direito personalíssimo. Prova falsa. (1401312-60.2016.8.12.0000) Des. Sideni Soncini Pimentel..... 370

Agravo de instrumento

Ação de inventário. Isenção do ITCMD. Legislação aplicável. Fato gerador à data do óbito. Art. 126 do Código Tributário Nacional. Ausência dos requisitos legais. (1401951-73.2019.8.12.0000) Des. Vladimir Abreu da Silva 425

Embargos à execução. Pessoa jurídica. Relação de consumo. Vulnerabilidade técnica. Inversão do ônus da prova. Teoria finalista. Aplicabilidade do CDC. (1403971-37.2019.8.12.0000) Des. Marcos José de Brito Rodrigues... 292

ICMS. Serviço de telecomunicações. Serviço essencial. Alíquota estadual fixada em 27%. Não atendimento ao princípio da seletividade. (1414022-44.2018.8.12.0000) Des. Dorival Renato Pavan..... 120

Liquidação de sentença. Fazenda pública. Honorários contratuais. Requisição de pequeno valor. Súmula vinculante 47 do Supremo Tribunal Federal. (1402956-33.2019.8.12.0000) Des. Divoncir Schreiner Maran ... 115

Restauração de prédio tombado. Acordo entre o Estado e o Ministério Público Estadual. Descumprimento pelo ente público. Sequestro. Multa cominatória. (1401923-08.2019.8.12.0000) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso 211

Alvará judicial

Falecimento do titular. Depósito em conta bancária. Transmissão causa mortis. Incidência do ITCD. Isenção legal afastada. Expedição do alvará condicionada ao prévio recolhimento do tributo. (0807150-93.2017.8.12.0001) Des. Divoncir Schreiner Maran 108

Apelação cível

Ação de despejo. Falta de pagamento. Locatária sujeita à recuperação judicial. Juízo natural. Não sujeição aos efeitos da recuperação. Execução provisória do despejo. Dispensa de caução. (0801130-23.2016.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva 247

Ação de indenização. Inscrição no rol de inadimplentes. Prévia notificação do devedor. Anotações anteriores. Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça. (0801548-76.2017.8.12.0016) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa 314

Ação de remoção de ato ilícito. Matéria jornalística informativa. Relato de conversa telefônica interceptada. Inexistência de ofensas à honra e à imagem. Dano moral não configurado. (0025004-07.2015.8.12.0001) Des. Marcelo Câmara Rasslan 262

Relação jurídico-tributária. ICMS. Locação de máquinas e equipamentos. Previsão de prazo para a hipótese de não incidência do tributo. Inconstitucionalidade incidental declarada pelo órgão especial. Não incidência do tributo estadual. (0817296-04.2014.8.12.0001) Des. Alexandre Bastos 032

Sociedade uniprofissional de médicos. Natureza jurídica não empresarial. Incidência do ISSQN sobre valor fixo. Tratamento tributário diferenciado. Art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968. (0018044-40.2012.8.12.0001) Des. Marcelo Câmara Rasslan 258

Concurso público

Entrevista. Constatação de autodeclaração. Pretensão de remarcação. Força maior. Doença. Remarcação. Inexistência de previsão editalícia. (1404581-39.2018.8.12.0000) Des. Marco André Nogueira Hanson....270

Vagas destinadas às cotas. Exclusão na entrevista. Candidato aprovado na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e estágio junto ao Ministério Público Federal na condição de cotista. Certidão de nascimento atesta a cor parda. (1411250-11.2018.8.12.0000) - Des. Alexandre Bastos 037

Cumprimento de sentença

Bem de família. Imóvel utilizado para fim comercial. Penhorabilidade. Substituição do bem penhorado. Impossibilidade. Inobservância do regramento legal aplicável. (1400531-33.2019.8.12.0000) Des. Paulo Alberto de Oliveira 344

Excesso de execução. Violação da coisa julgada. Avaliação de imóvel penhorado. Existência de equívoco. Perícia judicial. Conhecimento técnico. Litigância de má-fé. Não configurada. (1407815-29.2018.8.12.0000) Des. Marco André Nogueira Hanson 279

Direito sucessório

União estável do de cujus. Regime de separação legal de bens. Relacionamento na vigência do Código Civil de 1916. Distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros. Inconstitucionalidade. Plano de partilha. Direito real de habitação. Imóvel deve ser excluído da sucessão, por ter sido recebido pelo de cujus a título de herança. (1403117-48.2016.8.12.0000) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.....253

Embargos à execução fiscal

Excesso de execução. Arguição de nulidade da penhora. Prejudicial de prescrição intercorrente. Levantamento de bens no registro de imóveis. Eleição do imóvel a cargo do oficial analista. Ordem de bens do artigo 11 da LEF. Construção para garantia do juízo. (0841363-28.2017.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva241

Execução fiscal contra massa falida. Tributos impagos sobre o total da operação ou valor agregado. Multas e juros de mora contra massa falida. Exclusão dos juros após a decretação da falência. Súmula 192 e 565 do Supremo Tribunal Federal. (0002227-38.2009.8.12.0001) - Des. Amaury da Silva Kuklinski 068

Tributação. Incorporação direta. Construção feita pelo incorporador em terreno próprio. Não incidência do tributo ISS. (0831398-94.2015.8.12.0001) Des. João Maria Lós 184

Embargos de terceiro

Penhora de fração ideal de bem imóvel. Instrumento particular de compra e venda anterior à execução. Ausência de registro na matrícula do imóvel. Ausência de má-fé. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade. (0808369-15.2015.8.12.0001) Juiz José Eduardo Neder Meneghelli..... 433

Exceção de pré-executividade

Execução de contrato assinado como garante solidário e não avalista. Tratamento distintos da Lei Civil e Processual Civil. Ilegitimidade passiva do devedor afastada. Entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. (1413667-68.2017.8.12.0000) Juiz José Eduardo Neder Meneghelli..... 439

Execução fiscal

Agravo de instrumento. Sucessão tributária. Empresas constituídas na mesma data. Aquisição de fundo de comércio não demonstrada. Art. 133, do Código Tributário Nacional. (1414136-80.2018.8.12.0000) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso 197

Exceção de pré-executividade. Responsável tributário. Transferência do imóvel em momento anterior à ocorrência do fato gerador. Substituição da certidão de dívida ativa. Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. (0045626-30.2003.8.12.0001) Des. João Maria Lós..... 188

Mandado de segurança

Estatuto da criança e adolescente. Vedação de entrada de crianças e adolescente em eventos open bar acompanhados dos pais ou responsável. Excesso do ato impugnado. (1402433-21.2019.8.12.0000) Des. Wilson Bertelli 415

Equipamentos eletrônicos. Identificação de vagas em estacionamentos particulares. Propriedade privada. Preliminar de ausência de interesse de agir. Competência legislativa da União. (0839209-42.2014.8.12.0001) Des. Marcos José de Brito Rodrigues 296

Liberdade de crença. Edital de seleção interna. Direito fundamental. Liberdade religiosa não se sobrepõe aos princípios da legalidade, isonomia e vinculação ao edital. (0807460-65.2018.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva 237

Prevenção do mandamus. Legitimidade passiva do secretário de Estado. Meio coercitivo para recebimento do tributo. Registro especial e prévio no regime de pagamento do ICMS. Regularidade fiscal dos sócios. Distinção entre pessoas físicas e a pessoa jurídica. Princípio constitucional do livre exercício na atividade econômica. (1412981-42.2018.8.12.0000) - Des. Amaury da Silva Kuklinski..... 060

Nepotismo

Nomeação da esposa do prefeito. Cargo de diretora presidente de fundação. Cargo político. Não incidência da súmula vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. Distinção entre cargos políticos e administrativos. (0804284-62.2015.8.12.0008) Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida 451

Nomeado para cargo em comissão. Genro da secretária estadual de outra pasta. Inexistência de relação de subordinação. Alegada ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa. Inocorrência. (0900510-82.2017.8.12.0001) Des. Marco André Nogueira Hanson 288

Recurso de apelação

Responsabilidade civil de profissional liberal. Dentista. Falha na prestação de serviço. Não comprovada. Inexistência do dever de indenizar. Gratuidade da justiça da parte litigante. Honorários periciais devidos pelo Estado. (0817394-23.2013.8.12.0001) Des. Wilson Bertelli 411

Registro civil

Requerimento de adoção do sobrenome do padrasto. Permitido por lei. Autor menor contando com 12 anos. Impossibilidade. (0801128-32.2017.8.12.0029) Des. Nélio Stábile 310

Retificação. Alegação de errônea grafia do nome do avô paterno. Ausência de provas seguras. Princípio da realidade registral. Art. 109, da Lei de Registros Públicos. (0800868-27.2017.8.12.0005) Des. Divoncir Schreiner Maran..... 112

Jurisprudência Criminal

Agravo em execução

Excesso de execução. Pena restritiva de direito imposta como condição ao regime aberto. Súmula 493 do Superior Tribunal de Justiça. (0000472-16.2019.8.12.0037) Des. Geraldo de Almeida Santiago	537
Imposição de pena de prestação de serviços à comunidade cumulada com o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto. Bis in idem. Violação ao princípio da legalidade. (0000495-59.2019.8.12.0037) Des. José Ale Ahmad Netto	608
Monitoramento eletrônico. Pescador profissional. Pedido de ampliação da área de inclusão. Impossibilidade. (0017380-62.2019.8.12.0001) Des ^a Elizabete Anache	507
Prestação de serviços à comunidade. Condições especiais. Pena privativa de liberdade no regime aberto. Impossibilidade. Espécie de pena. Bis in idem. Afronta ao princípio da Legalidade. (0000483-45.2019.8.12.0037) Sr. Juiz Waldir Marques	766

Apelação criminal

Crime de favorecimento à prostituição. Exploração sexual de criança ou adolescente. Casa de prostituição. Absolvição. Erro de tipo não reconhecido. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade. (0003331-77.2015.8.12.0026) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva	632
Estupro de vulnerável. Continuidade delitiva. Atos libidinosos. Gravação unilateral. Prova lícita. (0001304-86.2014.8.12.0049) Des. Emerson Cafure	517
Filmagem e registro de cenas de sexo envolvendo criança ou adolescente. Divulgação de vídeo com cenas de sexo explícito. Pornografia infantil. Caracterizada a majorante do artigo 240, § 2º, II, do ECA. (0000631-37.2011.8.12.0037) Des. Emerson Cafure	511
Fiscalização ambiental. Obstar ou dificultar ação fiscalizadora. Artigo 69 da Lei 9.605/98. Pedido absolutório. Procedência. Atipicidade formal e material da conduta. (0000312-49.2017.8.12.0008) Des. Ruy Celso Barbosa Florence	696
Homicídio culposo no trânsito na direção de veículo automotor. Absolvição mantida. Teoria da imputação objetiva. Autocolocação da vítima em risco. (0011675-59.2014.8.12.0001) Des. Ruy Celso Barbosa Florence	690
Lavagem de capitais. Organização criminosa. Pedido de restituição de valor apreendido. Impossibilidade. Bens que interessam ao processo. (0839491-75.2017.8.12.0001) Des. Zaloar Murat Martins de Souza	703

Crime contra a relação de consumo

Venda de produtos impróprios para consumo. Preliminares. Inversão na oitiva das testemunhas de acusação e defesa. Carta precatória. Exceção prevista no artigo 222, § 1º, do Código de Processo Penal. Ausência de prejuízo. Materialidade demonstrada. Dolo comprovado. (0002273-66.2015.8.12.0017) Des. Jonas Hass Silva Júnior	588
---	-----

Desaforamento

Medida excepcional. Dúvida sobre imparcialidade dos jurados. Réu vereador por vários mandatos consecutivos. Influência política. Artigo 427 do Código de Processo Penal. (1403567-83.2019.8.12.0000) Des. Jairo Roberto de Quadros	582
--	-----

Estelionato

Comunicação falsa de crime. Pedido de revogação da preventiva ou concessão da liberdade provisória. Custódia necessária para garantia da ordem pública. (1404320-40.2019.8.12.0000) Des. Jonas Hass Silva Júnior 603

Estupro de vulnerável

Preliminar de nulidade. Ausência de intimação do advogado. Pretensão absolutória por ausência de provas. Provas robustas e coerentes. Causa de aumento da pena. Continuidade delitiva. Abuso sexual por longos anos. Art. 226, II, do Código Penal. (0001511-27.2010.8.12.0049) Juiz Lúcio R. da Silveira 756

Falsidade ideológica

Informação falsa. Documento público e privado. Carga horária. Violação de dever com a administração pública. Artigo 92, I, do Código Penal. (0000001-87.2015.8.12.0021) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva 626

Furto

Furto tentado. Conjunto probatório seguro. Depoimento de policiais. Artigo 202 do Código de Processo Penal. Validade. Patamar de redução pela tentativa. Extensão do iter criminis percorrida. Circunstância judicial desfavorável. (0005403-53.2018.8.12.0019) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva 638

Recurso do Ministério Público para reconhecimento das qualificadoras do rompimento de obstáculo, escalada e emprego de chave falsa. Inércia da autoridade policial. Continuidade delitiva. Nova dosimetria. Regime prisional alterado para o semiaberto. Artigo 44, I, do Código Penal. (0033071-53.2018.8.12.0001) Des. Jonas Hass Silva Júnior..... 598

Habeas corpus

Aborto com resultado morte. Ocultação de cadáver. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Reiteração criminosa. Decreto prisional devidamente fundamentado. (1403234-34.2019.8.12.0000) Des^a Elizabete Anache..... 489

Ameaça. Violência doméstica. Descumprimento de medidas protetivas. Prisão preventiva decretada. Risco de reiteração delitiva. (1403096-67.2019.8.12.0000) Des. Geraldo de Almeida Santiago 541

Estelionato. Associação criminosa. Revogação da prisão preventiva. Medida constritiva necessária. Garantia da ordem pública. Reiteração delitiva. Coação ilegal não evidenciada. (1405720-89.2019.8.12.0000) Des. Zaloar Murat Martins de Souza 715

Homicídio Qualificado

Excesso de prazo na conclusão processual. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ausência de desídia. Devido processo legal respeitado. Súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça. (1600731-56.2019.8.12.0000) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques 653

Interceptação telefônica. Excepcionalidade da medida. Ilegalidade das prorrogações em prospecção. Intimação do Ministério Público. Contaminação de provas. Índícios suficientes da autoria. Demonstração da materialidade. Submissão ao Tribunal do Júri. In dubio pro societate. (0000761-65.2017.8.12.0021) Des. Jairo Roberto de Quadros 564

Sequestro. Organização criminosa. Crime hediondo. Concurso material. Prisão temporária convertida em preventiva. Ordem pública. (1404945-74.2019.8.12.0000) Juiz Lúcio R. da Silveira 718

Pesca predatória

Crime ambiental. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Comunicação falsa de crime. Mesmo contexto fático. Crime único. Penas alternativas restritivas de direitos. (0001075-62.2013.8.12.0017) Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz 481

Prevaricação

Violação de sigilo funcional. Provas robustas da autoria. Princípio da consunção. Delitos autônomos. (0001427-92.2018.8.12.0001) Juiz Waldir Marques 773

Receptação

Prisão em flagrante efetuada pela guarda municipal. Segurança social. Preliminar de ilicitude da prova. Autoria e materialidade comprovadas. Pena-base redimensionada. Regime alterado para o semiaberto. (0024986-78.2018.8.12.0001) Des. José Ale Ahmad Netto 616

Recurso em sentido estrito

Delito de difamação. Rejeição da queixa-crime. Afirmção proferida no exercício da advocacia e no interesse do defendido. Nexo de causalidade. Imunidade profissional reconhecida. (0840613-26.2017.8.12.0001) Des. Emerson Cafure 533

Homicídio simples. Art. 61, inciso II, alíneas “e” e “h” do Código penal. Gravação ambiental. Prova lícita. Materialidade e indícios suficientes de autoria. Desclassificação para homicídio culposo. (0048837-54.2015.8.12.0001) Des^a Elizabete Anache 494

Revisão criminal

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e posse de munições de uso permitido. Alegação de nulidade. Defesa técnica. Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. Princípio da Consunção. Não evidenciado. (1403962-75.2019.8.12.0000) Juiz Waldir Marques 769

Roubo

Furto e roubo impróprio. Concurso de crimes. Princípio da insignificância. Habitualidade delitiva. Crimes de espécies distintas. Súmula 582 do Superior Tribunal de Justiça. (0009035-18.2017.8.12.0021) Des. Geraldo de Almeida Santiago 545

Roubo majorado. Explosão de agência bancária. Condenação mantida. Pena preservada. Princípio da consunção. Iter criminis do delito de roubo absorveram os crimes meios. (0000646-73.2016.8.12.0055) Juiz Lúcio R. da Silveira 736

Roubo simples. Adoção da teoria da apprehensio ou amotio. Prescindibilidade da posse mansa e pacífica. Súmula 582 do Superior Tribunal de Justiça. Condenação mantida. (0005897-15.2018.8.12.0019) Des. José Ale Ahmad Netto 611

Sequestro

Concussão. Princípio da consunção. Inocorrência. Crimes independentes. Concurso material mantido. Existência de circunstanciais judiciais negativas. Penas fixadas em observância ao artigo 69 do Código Penal Militar. (0008532-85.2017.8.12.0800) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques 658

Tráfico de drogas

Concessão do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Redutora aplicada no patamar de 1/4. Ocorrência de bis in idem. Afastamento da hediondez do tráfico privilegiado ex officio. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (0004805-07.2015.8.12.0019) Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz 463

Desclassificação do delito imputado para o de menor potencial ofensivo. Declinação da competência. Juizado Especial Criminal. Recurso improvido. Nulidade da sentença. Prescrição da pretensão punitiva. (0000102-26.2016.8.12.0010) Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz 473

Índice de Assuntos

<i>Habeas corpus</i> . Revogação da prisão preventiva. Tese superada. Superveniência de novo título judicial. Prisão domiciliar. Impossibilidade. (1401356-74.2019.8.12.0000) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques	646
Quantidade elevada de droga. Pena base. Confissão espontânea reconhecida. Atenuação de 1/6. Tráfico privilegiado. Inviabilidade da alteração do regime e substituição da pena. (0001240-75.2018.8.12.0004) Des. Zaloar Murat Martins de Souza	707